

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

Segunda época, año VI, N°1-2018

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae
Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae
Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra
Jorge Baraona | Universidad de los Andes
Mario Fernández | Universidad de Chile
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile
Luis Ortiz | Universidad de Chile
Fernando Barros | Abogado
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal
Corrección de texto y estilo:
Santiago Aránguiz Pinto

Administración:

Av. Pedro de Valdivia 1646
(56-2) 2420 7416
www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año VI, N°1-2018

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

ISSN 0717-716X

Registro de propiedad intelectual N°XXX.XXX

Santiago de Chile

Año 2018

ÍNDICE

7	EDITORIAL
9	APORTES
9	Francisco Orrego Vicuña CRISIS Y RENOVACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO DISCURSO DE INCORPORACIÓN DEL PROFESOR FRANCISCO ORREGO VICUÑA COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES
23	Edmundo Vargas RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO
59	ARTÍCULOS
59	Elvira Badilla Poblete EL DERECHO INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO EN LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE
89	María Angélica Benavides Casals LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA
109	Ximena Fuentes Torrijo LA INCORPORACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL AL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

- 129 Enrique Navarro Beltrán
TRATADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CHILENO
- 163 Humberto Nogueira Alcalá
CONSTITUCIÓN REFORMADA EN 2005, TRATADOS INTERNACIONALES Y
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
- 193 Marisol Peña Torres
LA APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS
POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO
- 221 Claudio Troncoso Repetto
DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO CHILENO. ALGUNAS REFLEXIONES
ACERCA DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y DESAFÍOS FUTUROS
- 247 Francisco Zúñiga Urbina
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y ACTIVISMO EN EL SISTEMA JUDICIAL
HOY. APUNTES CRÍTICOS
- 269 TRABAJO ALUMNA UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
- 269 Denisse Hernández J.
LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO ELECTORAL CHILENO A LA LUZ
DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE
DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)
- 293 NORMAS DE PUBLICACIÓN

EDITORIAL

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

SEGUNDA ÉPOCA, AÑO VI, N°1-2018

El presente número de la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae está destinado al estudio de la dógmatica y jurisprudencia de dos grandes materias.

La primera de ellas, tiene relación con la reforma procesal civil, que se está actualmente estudiando en nuestro ordenamiento jurídico en el Congreso Nacional.

Para desarrollar este tema, contamos con los destacados profesores Cristián Maturana, José Pedro Silva, Nicolás Frías y Raúl Tavolari, quienes además participaron en la comisión que formó en su momento el Ministerio de Justicia para abordar este proyecto.

El primero, realiza un análisis respecto a la regulación de los recursos en el proyecto del Código Procesal Civil. Luego, los profesores Silva y Frías, abarcarán los principios procesales que incorporará el nuevo Código Procesal Civil. Finalmente, el destacado profesor Tavolari, se referirá a cómo estaría desarrollado el proyecto en razón de una nueva ejecución civil.

La segunda materia que incluye este número, tiene relación con las exposiciones realizadas en un seminario realizado por la Facultad de Derecho de esta misma Casa de Estudio, sobre “La Consulta Indígena y los Proyectos Empresariales”, tras la ratificación del Convenio N°169, de la OIT y su entrada en vigencia en el año 2009.

Para explicarnos los desafíos en torno a la ejecución de este Convenio, el procedimiento de la consulta indígena y la jurisprudencia de los tribunales de justicia, contamos en primer lugar con un artículo del profesor Enrique Navarro, que efectúa un análisis general de los tratados y de cómo ha

resuelto el Tribunal Constitucional, respecto específicamente del alcance del Convenio 169.

Luego, la profesora María Luisa Baltra desarrolla la consulta indígena del Convenio y su reglamentación.

Más adelante, el abogado Álvaro Durán colabora con un artículo relacionado a los requisitos de procedencia de la consulta indígena establecidos en el Convenio 169, como en su reglamento.

Específicamente sobre el proyecto Paguanta y su adecuación al Convenio, la abogada Carolina Pincheira explica sus componentes.

Finalmente, incluimos –como anexo– un trabajo realizado por el profesor Enrique Navarro junto a la colaboración de dos ex alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Macarena Diez y Fernanda Navea, que fue presentado en el marco de un Convenio suscrito con el Tribunal Constitucional, sobre la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en relación al Convenio 169.

CRISIS Y RENOVACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO DISCURSO DE INCORPORACIÓN DEL PROFESOR FRANCISCO ORREGO VICUÑA COMO MIEMBRO CORRESPONDIENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

(Buenos Aires, 28 de septiembre de 2017)

Excelentísimo Señor Presidente de la Academia,
Distinguidos Académicos Miembros de la Corporación,
Señores Profesores y muy queridos amigos,
Señoras y Señores,

Esta ilustre Academia me ha conferido el honor de designarme como Académico Correspondiente de la República de Chile, por iniciativa de mi muy distinguido y querido amigo el Profesor y Juez Hugo Caminos. Le agradezco, al igual que a los miembros de esta histórica institución, el honor que ello significa, que espero pueda contribuir a fortalecer las tradiciones jurídicas compartidas por nuestras naciones.

Nos reúne esta tarde la consideración de como el marco del derecho internacional contemporáneo se ve enfrentado hoy a una situación de crisis y de renovación. Jueces, académicos y profesionales del derecho se ven hoy confrontados a una paradoja relacionada con las muchas interpretaciones que el derecho internacional evidencia, algunas en la búsqueda de una contribución genuina al desarrollo de esta disciplina en tanto que otras engloban toda suerte de teorías que buscan desestabilizar las premisas que han guiado los esfuerzos de construir un marco jurídico internacional que rija la sociedad global.

Un primer aspecto que debe tenerse presente es de la necesidad de establecer los límites entre lo razonable y lo irrazonable en el marco de la necesaria evolución e interpretación del derecho internacional, ejercicio que comprende

todo los grandes temas de esta disciplina, desde las fuentes del derecho internacional, los sujetos de este ordenamiento y un conjunto de aspectos que pertenecen a la estructura básica de la disciplina, incluyendo el uso de la fuerza, la solución de controversias, la jurisdicción, los océanos, el medio ambiente y la responsabilidad internacional.

UNA NATURALEZA CENTRADA EN LA TRADICIÓN Y LA ADAPTACIÓN

En la búsqueda de ese límite, un aspecto sobresale en cuanto a su importancia. El derecho internacional ha mantenido lo esencial de su naturaleza y estructura durante tiempos inmemoriales, lo que no ha sido obstáculo a un significativo desarrollo, modernización y adaptación en función de las cambiantes necesidades de la sociedad internacional. Igualmente cabe tener presente que muchos puntos de vista contemporáneos que buscan reinterpretar el derecho internacional llevándolo más allá de sus límites naturales se inspiran en altos ideales que merecen respeto y admiración, pero cuya compatibilidad con la estructura tradicional parece dudosa, al menos por un tiempo previsible.

Pero es igualmente necesario tener presente que en ocasiones esos ideales no se inspiran en la búsqueda de nuevas perspectivas intelectuales sino en un propósito de instrumentalizar el derecho internacional en función de finalidades ideológicas o políticas ajenas al marco del derecho, lo que ha influido crecientemente en las perspectivas de gobiernos, organizaciones internacionales y los tribunales en detrimento de la credibilidad y efectividad de este orden jurídico.

En estrecha relación con lo anterior es que debe dibujarse la línea que separa lo permisible de lo que no lo es en la interpretación del derecho internacional contemporáneo. Surge poderosa la necesidad de alcanzar un reequilibrio del orden jurídico internacional que haga posibles interpretaciones que sean respetuosas de su esencia a la vez que permitan la evolución necesaria que hoy exige la comunidad internacional.

Es la búsqueda de ese nuevo equilibrio la que inspira estas palabras en este solemne acto de la Academia. El ejercicio no es simple de llevar a cabo, pero sí deja en claro que los extremos difícilmente contribuirán a este propósito.

Tales extremos deben ser aislados a la luz de sus efectos dañinos para la viabilidad del orden jurídico internacional.

Una primera observación guarda relación con la interacción entre el derecho y la sociedad internacional. En la medida que el derecho internacional difiera de la naturaleza de la sociedad internacional que aspira a regir habrá una medida inevitable de resistencia por parte de los principales actores del sistema político internacional. Por el contrario, en la medida en que el marco conceptual sea compatible con el contexto político subyacente, si bien verá probablemente un progreso más lento, este llevará a un mayor grado de convencimiento general y por consiguiente a la permanencia de sus normas e instituciones. No se trata, por consiguiente, de incorporar conceptos que difieren de las realidades internacionales sino de la manera como esos conceptos tradicionales pueden llevarse con mayor efectividad a la práctica.

Los fracasos encontrados en el propósito de otorgar mayor vigencia al papel del derecho internacional en el ordenamiento de la sociedad internacional no han sido pocos. Sin embargo, la contribución ordenadora del derecho internacional tampoco ha sido escasa, como lo demuestra la disponibilidad de medios pacíficos para la solución de controversias o la creciente cooperación en ámbitos de especial importancia, como el comercio, las inversiones y la tecnología.

Los principios en que descansa el concepto de la coexistencia pacífica, según lo concibiera Nehru en el contexto de la difícil etapa de la guerra fría, representan un esfuerzo de pragmatismo entre el orden y el poder. Las realidades de la globalización y del nacionalismo avanzan y retroceden al mismo tiempo, dando lugar a las muchas paradojas del sistema político y jurídico contemporáneo. Si acaso un verdadero orden jurídico internacional que sea común a la humanidad en su conjunto y sus muchas variaciones puede alcanzarse es todavía una pregunta en búsqueda de una respuesta.

No obstante, las muchas teorías que se han planteado respecto de la naturaleza del derecho internacional, el hecho es que todo ordenamiento jurídico es la expresión de la natural evolución de la sociedad, siempre en búsqueda de estructuras compatibles con las presiones requeridas por un cambio. Por ello es que en este ámbito la modernización no sea incompatible con la tradición. Es así como la exigencia de un consentimiento en la formación del derecho no ha sido un obstáculo para el desarrollo de la cooperación internacional. El papel del Estado y los individuos ha cambiado a lo largo de ese proceso de evolución, pero ninguno ha perdido sus características básicas. Tampoco el

papel desempeñado por las organizaciones internacionales ha significado cambios de carácter estructural sino más bien de desarrollos funcionales.

Tampoco es nueva la idea de una estructura jerárquica en el derecho internacional, incluyendo la importante influencia del derecho natural tanto en sus orígenes como en el presente. Con frecuencia el derecho internacional positivo es la expresión de altos valores morales aun cuando cambie la terminología para expresarlos. Diferente es por cierto el caso de las aspiraciones destinadas a remodelar el derecho internacional y sus estructuras sobre la base de imponer esos valores a una sociedad caracterizada por la diversidad, debiendo predominar el respeto de los valores propios de un mundo multicultural.

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA NECESIDAD DE SU REEQUILIBRIO

La diferencia de puntos de vista acerca de la naturaleza del derecho internacional también se ve reflejada en la discusión sobre el papel de las fuentes de este marco jurídico. Mientras desde el punto de vista de la tradición, la teoría de las fuentes del derecho internacional es lo suficientemente amplia como para acomodar los cambios requeridos por la sociedad internacional, para quienes postulan una nueva fundamentación esa tradición sería un obstáculo para alcanzar nuevos objetivos políticos, económicos y sociales.

El consentimiento en la formación del derecho internacional ha sido severamente criticado como una expresión de voluntarismo. La realidad es, sin embargo, muy diferente pues en no pocas ocasiones la expresión de ese consentimiento ha sido el vehículo para transformar altos valores morales propios del derecho natural en un derecho positivo que surge de entendimientos comunes. Muchos de los desarrollos que caracterizan el derecho de los tratados muestran la creciente flexibilidad del derecho internacional en su materialización, siendo el derecho internacional económico y el relativo al medio ambiente claros ejemplos de cómo el consentimiento puede facilitar la adaptación a realidades cambiantes.

Lo anterior permite observar que el límite de la legitimidad y de la efectividad está dado en esta materia por la función de un consentimiento cada vez más flexible o la incorporación de conceptos de un proceso autónomo de creación del derecho, que permitiría crear normas del derecho internacional independientemente de la voluntad de los Estados. También ello es lo que

establece el límite del hoy llamado “soft law”, que en algunas expresiones busca nuevamente prescindir de la voluntad de los Estados. Cuando ello llega al límite de lo razonable, no solo afecta al derecho internacional sino también altera el normal funcionamiento de la democracia constitucional pues el proceso se traduciría en sustituir la voluntad de los ciudadanos, expresada por medio de sus gobiernos, por un punto de vista unilateralmente proclamado por los autores de tales iniciativas.

Cuando se examinan los alcances de la costumbre internacional en el derecho internacional contemporáneo, las diferencias de opinión son todavía más agudas, oscilando entre el estricto cumplimiento de los requisitos tradicionales y una identificación con conceptos que solo pueden considerarse como la aspiración de sus proponentes. Las relatividades del proceso que lleva a la formación de una norma de costumbre no han sido un obstáculo insuperable, gradualmente resuelto por la doctrina y la jurisprudencia.

Debe observarse que el papel de los Estados y las organizaciones internacionales, la uniformidad de la práctica o el grado de participación en la formación de la costumbre son todos elementos conducentes a su aceptación universal. Nada de ello es el resultado de opiniones de mayoría o minoría, pero sí es claramente el fundamento de la exigencia de un *opinio juris* en el proceso de formación de normas consuetudinarias. Nuevamente este equilibrio es una garantía de legitimidad que a la vez sirve para prevenir el recurso al autoritarismo en el derecho internacional en el que solo se aceptara como derecho los dictados de grupos de presión.

También cabe observar las diferencias que caracterizan el recurso a los principios generales del derecho. En ausencia de normas convencionales o consuetudinarias la opción preferida de jueces y abogados es la aplicación de principios generales del derecho. Ello puede ser un criterio amparado por el derecho, como también una herramienta que busca prescindir del consentimiento y más bien busca justificar los resultados deseados. Esos límites se ven traspasados en ocasiones que llevan a su reemplazo por referencias vagas a principios de justicia y equidad separados del derecho, fenómeno que está también alcanzando a los tribunales nacionales.

Diferencias todavía mayores se observan acerca del papel de la equidad. Sin duda que esta es una herramienta que otorga gran flexibilidad, pero ello no significa que deba situarse más allá del derecho o en contravención a sus normas. La clasificación de la equidad en las categorías de *infra legem*, *preater legem* or *contra legem* evidencia con claridad los límites del papel que ella tiene,

lo que incluso se ha traducido en serias dificultades en su aplicación por la Corte Internacional de Justicia.

La anterior discusión no es meramente doctrinaria pues sus efectos se observan igualmente en la caracterización de los actos de los Estados y las organizaciones internacionales. El principal punto de contención es si acaso los actos de los Estados son el producto de su consentimiento en la formación del derecho y la costumbre o nuevamente la expresión de fuentes autónomas que buscan el logro de objetivos deseados por sus proponentes.

El hecho, sin embargo, es que si bien un acto unilateral puede tener algunos efectos jurídicos no puede entenderse como la expresión de una fuente autónoma del derecho internacional pues requerirá de la concurrencia de otras manifestaciones de voluntad para establecer una relación jurídica obligatoria. Similar es la situación de los actos de organizaciones internacionales, que siempre dependerán de la voluntad de los Estados o su renuente transferencia a órganos internacionales. Ello ha llevado al creciente control de su legalidad por tribunales internacionales, regionales y nacionales todavía incipiente pero claramente expresiva de que la concurrencia de voluntades no puede ser sobrepasada sin consecuencias o de manera contraria al derecho.

La creciente influencia del derecho internacional en la vida de los Estados ha llevado a que la clásica controversia entre el dualismo y el monismo como elemento caracterizador de su naturaleza se encuentre ampliamente superada en la práctica. La práctica constitucional de muchos países permite hoy día que ambos conceptos tengan un papel importante que desempeñar en la aplicación del derecho internacional, sin que necesariamente deba mediar un proceso de incorporación o transformación del derecho internacional en derecho nacional.

En cualquiera de estas alternativas doctrinarias, sin embargo, el control estatal ha estado presente en la formación y aplicación del derecho internacional. Un reciente fenómeno tiende a introducir una muy seria distorsión en este proceso de integración pues en ocasiones se busca eludir esos consensos necesarios mediante conferencias y reuniones internacionales destinadas a imponer un punto de vista parcial en la sociedad, que inevitablemente se traducirá en una pérdida de legitimidad del derecho internacional.

EL PAPEL CAMBIANTE DE LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las dificultades que enfrentan la naturaleza y las fuentes del derecho internacional no podrían dejar de tener consecuencias para el papel de los sujetos de este ordenamiento. Se sostiene con frecuencia que el Estado ya no es el sujeto principal de este ordenamiento, con una soberanía disminuida que debe dar lugar al papel creciente de las organizaciones internacionales.

Siendo evidente que el concepto de la soberanía estatal se ha llevado en ocasiones a extremos inaceptables, como las manifestaciones extremas de nacionalismo y su incompatibilidad con valores morales y jurídicos, ninguna de estas distorsiones representa el verdadero sentido de la soberanía. Por el contrario, el derecho internacional nació efectivamente para proteger esos valores y asegurar su eficacia mediante la solución pacífica de controversias y la consiguiente estabilidad en las relaciones entre potencias soberanas en competencia.

Todo hace previsible que el sistema continuará fundamentado en la soberanía de los Estados y su papel central en la formación, aceptación y aplicación del derecho internacional. A la vez, es evidente que esa soberanía no carece de límites y cambios en su razón de ser. La más importante sea probablemente que la soberanía del Estado esté al servicio de la sociedad y no a la relación inversa, llevado a la aceptación de las muchas obligaciones que han reconocido al individuo como el verdadero sujeto del derecho internacional, como siempre se entendió que debía ser el caso.

Lejos de caer en la obsolescencia, la soberanía busca hoy su adaptación a las necesidades de una sociedad cambiante. Un elemento esencial de este proceso es el respeto de las diferentes culturas y tradiciones propias de un mundo multicultural, sin que se pueda pretender imponer un punto de vista a una sociedad tan diversa como la del mundo actual. De esta manera, la soberanía ya no debe ser un antagonista de la diversidad.

Como consecuencia de su evolución, el sistema internacional ha registrado grandes progresos en materia de cooperación internacional y el funcionamiento de sus instituciones, superando en el ámbito de sus competencias el quehacer tradicional de los Estados. Hay, sin embargo, no pocos casos en que la organización ha destinado sus mejores esfuerzos a su propio servicio o se han transformado en entidades políticas ajenas a los intereses de la comunidad que está llamada a servir.

La paradoja de esta situación es que instituciones nacidas para corregir los abusos cometidos en el plano nacional han incurrido en ocasiones ellas mismas en tales excesos, llevando a un creciente control de los Estados y su judicatura para asegurar la protección de los derechos afectados. El paradigma de que las organizaciones internacionales puedan sustituir el papel de los Estados no ha podido en consecuencia materializarse debidamente, excepto en materias y actividades muy específicas. En este contexto el control judicial sobre los actos de tales organizaciones se ha incrementado a la vez que se ha hecho crecientemente necesario, incluyendo las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y algunos organismos especializados.

La más importante de las funciones del derecho internacional es, y ha sido siempre, la protección de los derechos del individuo en un marco de normas morales y jurídicas. La expansión del derecho internacional humanitario y la protección de los derechos humanos es la más vivida expresión del esfuerzo que comenzó al término de la guerra de los treinta años. Muchas veces se ha ignorado la importancia de sus orígenes y el propósito de refundar el derecho internacional no ha favorecido el adecuado desarrollo de esa protección.

El reconocimiento de la personalidad objetiva de los individuos ha sido hasta ahora más bien teórico que práctico. Su acceso a los mecanismos de protección de sus derechos y a los marcos procesales adecuados, ha sido más bien limitado, por más que se exprese lo contrario. La disponibilidad de instrumentos internacionales y regionales concebido para asegurar esa protección ha sido en gran medida lograda, pero ese no es el caso de algunas de las instituciones encargadas de su materialización, sobre todo cuando se mezclan los derechos fundamentales con derechos que se busca justificar a la luz de circunstancias coyunturales.

La obligatoriedad en el cumplimiento de estas últimas decisiones se ha visto proporcionalmente afectada. Un ejemplo vivido de este fenómeno ha sido el actuar de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en que la protección del individuo pasó a un papel secundario frente a prioridades políticas de sus temarios y decisiones. El resultado fue la abolición de esta Comisión y su reemplazo por el Consejo de los Derechos Humanos, que también comienza a mostrar síntomas de la misma enfermedad. Similar ha sido también el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya completa reorganización institucional bien podría seguir el ejemplo de otras experiencias.

Los mecanismos procesales para el acceso y participación de los individuos también muestran síntomas de ineficacia, predominando en oportunidades el interés de la institución por sobre el de sus beneficiarios. Un distinguido autor fue quien observó que la carencia de mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos del individuo, equivale a no disponer de derecho alguno.

Es en esta materia que el derecho internacional enfrenta su principal paradoja. La protección de los derechos del individuo buscaba limitar el papel de los Estados por la insuficiencia de las políticas e instituciones en garantizar su protección. Esas mismas deficiencias se observan hoy día en el trabajo de algunas importantes instituciones internacionales. La violación de derechos y del debido proceso no está ausente de dichas organizaciones, lo que otorga justificación para que la protección revierta al Estado de nacionalidad y sus tribunales.

UN DESARROLLO INCIPIENTE DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y LA JURISDICCIÓN

Es un hecho que la solución de controversias se encuentra todavía distante de las necesidades del derecho internacional contemporáneo y su evolución. Un ejemplo de lo anterior se observa en el hecho de que las controversias sobre temas financieros, el comercio o las inversiones nunca han sido llevadas a la Corte Internacional de Justicia, a pesar de que ellas ocupan la principal atención de los gobiernos. La muy limitada participación de los individuos en el sistema de solución internacional de controversias, impedido como está de llevar sus reclamaciones directamente a tales mecanismos y acceder a sus procedimientos a título propio, es otra limitación de serios alcances.

Nuevas formas de jurisdicción se han intentado para superar algunas de estas dificultades, buscando asegurar que la legítima soberanía de los Estados pueda armonizarse con el respeto de los derechos humanos. El principio de la jurisdicción universal ha buscado otorgar a los Estados la necesaria autoridad en relación a algunos crímenes que de otra manera quedarían sin juzgar por las limitaciones del sistema de principios jurisdiccionales. Sin embargo las distorsiones no tardarían en aparecer pues en ocasiones se buscó en este principio justificar la intervención de un Estado en los asuntos de otro. La jurisdicción penal internacional y su corolario en términos del principio de la complementariedad han tenido importancia en compatibilizar los intereses de los Estados con la protección de los derechos humanos en el marco del

derecho internacional, pero tampoco ha estado libre de distorsiones en el ámbito de acción de la Corte Penal Internacional.

UN FENÓMENO QUE PERMEA EL DERECHO INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO

Muchos otros aspectos centrales del derecho internacional podrían analizarse a la luz de las mismas necesidades de reequilibrio entre los principios tradicionales y las innovaciones necesarias en su aplicación. El uso de la fuerza ofrece el claro ejemplo de como nuevos recursos a la violencia internacional han reabierto el debate acerca del límite a la prohibición del uso de la fuerza pues nada podría justificar que un Estado sea atacado sin consecuencias, ya no mediante una guerra convencional sino mediante el uso del terrorismo y otras acciones escudadas en el anonimato de la cobardía.

Similar búsqueda de un reequilibrio se observa en los conceptos que rigen la responsabilidad internacional de los Estados, en que sus principios básicos se ven confrontados con nuevas teorías acerca de quién puede reclamar y con qué título. El propósito de reconocer a la comunidad internacional como sujeto del derecho internacional es una nueva manifestación de los esfuerzos que buscan prescindir de la soberanía de los Estados. La contribución de la Comisión de Derecho Internacional y de su relator especial, el hoy juez James Crawford, permitieron incorporar algunas importantes precisiones en esta discusión que había, como muchas otras, procurado fortalecer los intereses políticos por sobre las consideraciones estrictamente jurídicas.

UNA CONTRIBUCIÓN NECESARIA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y DE CHILE

En el contexto de esta ceremonia que renueva los vínculos intelectuales entre la República Argentina y Chile, no podría dejar de referirme al interés compartido en torno a algunos temas especialmente sensibles para ambas naciones. Estos son los de las normas que rigen espacios de gran significación, con particular referencia al derecho del mar, la Antártida y el medio ambiente. La cooperación en estos espacios ha avanzado hacia normas e instituciones más estructuradas, lo que debe ser naturalmente bienvenido.

La pregunta que permanece sin respuesta, sin embargo, es si acaso el modelo de cooperación internacional que se ha seguido, con fuerte énfasis en el papel de las instituciones internacionales, es uno que habrá de perdurar o deberá además tomar en cuenta otros intereses centrales.

El concepto de la libertad de los mares cumplió un papel decisivo en la evolución de este ordenamiento, pero con el tiempo mostraría también sus vacíos, especialmente en cuanto a los abusos que siguieron en materia de explotación de la pesca y los recursos naturales. La reacción inescapable ante esta realidad fue la expansión del mar territorial, el surgimiento de la zona económica exclusiva y el perfeccionamiento de los derechos sobre la plataforma continental, todo ello magistralmente equilibrado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Pero aun así, quedaron importantes zonas de vacío, como fue el caso de los fondos marinos fuera de la jurisdicción nacional y de la pesca en alta mar. La idea del patrimonio común de la humanidad no fue exitosa y hubo de ser complementada por la participación de intereses privados con la capacidad económica y tecnológica para la explotación de ese espacio.

En el caso de la pesca en alta mar la cooperación internacional demostró en gran medida ser ineficaz pues la sobreexplotación de sus recursos continúa inalterada, con contadas excepciones de algunos acuerdos regionales. La adaptación del derecho a la realidad es todavía una tarea pendiente en que deberá incluirse el papel de los Estados ribereños y de los operadores privados en un régimen que asegure la conservación y sustentabilidad de estos recursos.

El caso de Tratado Antártico es otra materia en que la efectividad de la cooperación internacional ha interactuado apropiadamente con los intereses nacionales. Por lo mismo, nuevamente aquí las ideas de internacionalización del continente o de su consideración como patrimonio común de la humanidad serían enteramente antagónicas con el equilibrio de intereses que hoy rige en ese continente, en particular del papel desempeñado por las Partes Consultivas y su contribución a la investigación científica y la administración de los regímenes de recursos naturales. En algún momento no lejano deberá, sin embargo, también ocuparse del caso de los recursos minerales.

Pareciera necesario desde ya que las Partes Consultivas originales reasuman un papel central en estas materias, sin que quepa confundirlas con el papel secundario de aquellas Partes incorporadas siguiendo una estrategia política,

pero cuya contribución al desarrollo de la Antártida es más bien un símbolo de prestigio que de contribución real a sus políticas.

Un tercer ámbito en el cual la cooperación debe organizarse de tal manera de tener en cuenta el interés de los Estados y otros participantes es el de la protección ambiental. Los progresos que se han llevado a cabo entre el Protocolo de Montreal de 1987 y el Acuerdo de París de 2015 han sido posibles en la medida en que esos otros intereses se han tenido en cuenta, evitando formas de antagonismo con la contribución de los Estados y los actores económicos, donde nuevamente han influido factores ajenos a la ciencia, el derecho y la objetividad que muchas veces buscan proseguir intereses ideológicos ajenos a una preocupación genuina por el medio ambiente.

Por esta misma razón es que los principios esenciales del derecho ambiental han sido cuidadosamente definidos con miras a no contradecir los intereses que se busca proteger. El principio precautorio, el concepto de la equidad intergeneracional, la responsabilidad común pero diferenciada, entre muchos otros ejemplos, se han abstenido de interpretaciones extremas que amenazan con descarrilar el sistema en su conjunto.

DERECHO Y SISTEMA POLÍTICO INTERNACIONAL

La discusión acerca de muchos de estos temas está vinculada a una realidad que se observa en todo el sistema del derecho internacional, que en esencia consiste en asegurar su compatibilidad con las características prevalecientes de la comunidad internacional y el orden que hasta ahora las rige. El derecho internacional es el fiel reflejo de las virtudes e imperfecciones de ese orden. Las aspiraciones de lograr un perfeccionamiento de este orden y su evolución encuentran su límite en la estructura del sistema internacional, materia que depende fundamentalmente de definiciones políticas que esperan una respuesta.

El derecho internacional ha hecho una contribución fundamental a la evolución de la sociedad internacional al incorporar perspectivas que llevan al perfeccionamiento de los objetivos compartidos de la paz internacional, la dignidad humana y el bienestar, pero todo ello dentro de los límites que imponen las actuales estructuras políticas. La distinción entre lo que es el derecho y lo que quisiéramos que fuera es un requerimiento fundamental de una evolución estable. Idealismo y realismo están en una confrontación

constante que exige que todo progreso dependa de cómo estos dos valores legítimos logren armonizarse, determinando la compatibilidad del cambio y la modernización con las tradiciones esenciales que deben salvaguardarse. Este es el nuevo desafío del reequilibrio necesario del derecho internacional.

Agradezco muy sinceramente a esta ilustre Academia la oportunidad que me ha brindado de exponer las inquietudes que me asisten en torno a una disciplina por todos nosotros tan querida y admirada.

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2017

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

RELATIONS BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND INTERNAL LAW¹

EDMUNDO VARGAS²

Resumen: El texto plantea una profunda reflexión sobre temas de Derecho Internacional Público y su relación con el derecho nacional. Recorre aspectos como la incorporación de tratados, jerarquía y posibles conflictos. Hace especial mención al caso de los tratados sobre derechos humanos. Respecto a éstos se entrega una visión histórica completa así como su tratamiento en el derecho chileno.

Palabras clave: Derecho nacional y derecho internacional, tratados de derechos humanos, tratados y Constitución.

Abstract: The text raises a deep reflection on issues of Public International Law and its relation to national law. It covers aspects such as the incorporation of treaties, hierarchy and possible conflicts. It makes special mention of the case of human rights treaties. Regarding these, a complete historical vision is given as well as its treatment in Chilean law

Key words: National law and international law, human rights treaties, constitution and treaties.

¹ Este trabajo es parte de la obra Derecho Internacional Público ya publicada del profesor.

² Abogado Universidad Católica de Valparaíso, postgrado en la Universidad de Estudios Sociales de Roma. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Chile.

I. ASPECTOS GENERALES

1. Problemas que plantean las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno

A fines del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX el debate en torno al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno constituyó uno de los principales asuntos de la teoría general del derecho internacional, originando una ardua polémica doctrinaria entre aquellos que sostenían la total independencia y separación entre ambos ordenamientos jurídicos –los llamados dualistas– y quienes, como los llamados monistas, afirmaban la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno, a los que consideraban como solo dos ramas de un mismo sistema jurídico.

Sin embargo, en la actualidad, los abundantes precedentes judiciales y soluciones legislativas que los diversos Estados han dado a este problema, ha significado que este asunto ya no pueda ser encarado desde una perspectiva exclusivamente doctrinaria y que en su tratamiento deba recurrirse preferentemente a las prácticas y normas existentes, tanto internacionales como internas.

Por otra parte, si bien dualistas y monistas pretendieron con sus doctrinas dar una respuesta global a todo el problema de la relación entre los dos ordenamientos jurídicos, resulta evidente que la complejidad que ha adquirido este asunto ha hecho que esas doctrinas por sí mismas no sean idóneas para lograr una explicación de todas las materias y asuntos que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

En realidad, este tema presenta diversos aspectos que por razones metodológicas y de claridad conviene separarlos. La primera dificultad radica en precisar cuál es el campo que le corresponde a cada uno de esos dos ordenamientos jurídicos, en otras palabras, cómo se puede determinar cuándo un asunto se encuentra reservado a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados y cuándo, consecuentemente, no le cabe al derecho internacional adoptar un pronunciamiento.

Una segunda disyuntiva consiste en estudiar si es posible la incorporación del derecho internacional, como tal, al orden jurídico interno de un Estado. Es específicamente en relación a este problema donde las doctrinas dualistas y monistas pueden ser más apropiadamente utilizadas. Mientras la primera

niega esa posibilidad si no se produce una previa transformación del derecho internacional en derecho interno, el monismo, al proclamar la unidad entre ambos ordenamientos jurídicos, acepta que dentro de un Estado pueda producirse una recepción automática del derecho internacional.

Por último, como tercer problema, vinculado al anterior pero de diversa entidad, está el determinar cuál de los ordenamientos jurídicos prima en caso de conflicto entre los dos. Tal problema, a su vez, debe ser resuelto según si el conflicto se produce en el ámbito internacional o dentro de la esfera interna de un Estado.

Por esto, a continuación, se estudiarán separadamente en este capítulo cada uno de estos tres asuntos, dejando para una sección final el análisis de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno dentro del sistema jurídico chileno.

2. Los asuntos reservados a la jurisdicción doméstica de los Estados

En todo sistema de derecho interno, cualquiera que sea su grado de socialización, los particulares poseen una esfera de acción en la que no puede intervenir el Territorio. Del mismo modo, en el derecho internacional hay materias en las que una Nación puede actuar de acuerdo a su propia voluntad porque aquél, sea convencional o consuetudinario, no ha establecido reglas o normas de ninguna especie: estos son los asuntos reservados a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados, los que se rigen únicamente por el correspondiente derecho interno.

De conformidad con el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, ninguna disposición de la Carta podrá autorizar a las Naciones Unidas para intervenir en “los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”. Esta disposición, al igual que aquella que se contenía en el párrafo 8 del artículo 15 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y en la que se señalaba que el Consejo de la Sociedad no podía recomendar a las partes de una controversia ninguna solución cuando el desacuerdo versare sobre alguna cuestión “que el derecho internacional deja a la competencia exclusiva” de las partes, esto ha planteado algunos problemas derivados principalmente de las dificultades existentes para precisar cuándo un tema debe ser considerado como perteneciente a la jurisdicción interna de los países.

Ha sido especialmente en la práctica de los órganos de Naciones Unidas donde con más frecuencia se han presentado dificultades en relación a

la determinación de lo que se debe entender por un asunto reservado a la jurisdicción interna de los Estados. Tales dificultades se han originado por la resistencia que han opuesto algunos territorios para cumplir ciertas obligaciones internacionales aduciendo para ello la excepción de la jurisdicción interna que consagra la Carta. Las materias respecto de las cuales más se llegó en el pasado a plantear esta situación, han sido las que se han referido a los derechos humanos y las libertades fundamentales, a la erradicación del colonialismo y a la autodeterminación de los pueblos. Hoy día existe un amplio consenso que tales cuestiones han dejado de pertenecer exclusivamente a la jurisdicción interna de las Naciones, desde que se encuentran regulados por el derecho internacional.

El tema, pues, consiste en dar respuesta a la siguiente interrogante, ¿cuál es el ámbito de la jurisdicción exclusiva de los Estados en el que la comunidad internacional organizada no puede intervenir y en el que no le es dable al derecho internacional adoptar un pronunciamiento?

Para responder de manera adecuada a esta interrogante, es necesario hacer una distinción fundamental, consistente primeramente en averiguar si un asunto en un determinado momento se encuentra regido o no por el derecho internacional; y, en segundo término, precisar si ese tema, por su propia naturaleza, es susceptible o no de llegar a ser regulado por el derecho internacional.

En el primer caso, para determinar si una materia pertenece a la jurisdicción doméstica de los Países, basta con saber que él no se encuentra regido por el derecho internacional. De tal manera que, actualmente, pertenece íntegramente al campo del dominio reservado de las Naciones todo aquello que se refiera al ingreso de los extranjeros, ya que no existen normas de derecho internacional que le impidan a una nación actuar en esta materia como lo estime más conveniente.

En cambio, ¿existen cuestiones que por su propia naturaleza estén siempre reservados a la jurisdicción interna de los pueblos? Pareciera que no. En realidad no puede sostenerse que existan asuntos que sean esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados y que, por lo tanto, no sean susceptibles de ser o de llegar a ser regulados por el derecho internacional. Así, por ejemplo, antes la determinación de los aranceles aduaneros quedaba entregada por entero a la legislación interna de los países, pero, en la actualidad, con la expansión del comercio internacional, es de los temas más típicamente regulados por normas internacionales; lo mismo sucede con los derechos

humanos, los que en la actualidad se encuentran regulados por importantes instrumentos internacionales. Por ello ha observado Kelsen que:

“No hay asunto cuya regulación esté reservada, por su propia naturaleza, al derecho nacional y que no sea susceptible de ser reglado por el derecho internacional. No existe asunto que por su naturaleza sea únicamente (exclusivamente) de la jurisdicción interna del Estado, o que por su propia naturaleza no pueda reglarse por una norma general o individual con derecho internacional. Es decir, asuntos en los que no pueda disponerse obligación alguna mediante una norma general o individual de derecho internacional. El derecho internacional puede reglar todo asunto, aun aquellos que normalmente solo son reglados por el derecho nacional y que, por ello, se consideran asuntos internos, por ejemplo, las cuestiones constitucionales, tales como la forma de gobierno, la adquisición o pérdida de la nacionalidad, los problemas religiosos, las cuestiones de inmigración y los aranceles, los problemas de derecho civil y de procedimiento civil. Todas estas materias pueden ser regladas por una norma de derecho Internacional, y lo están efectivamente cuando son, por ejemplo, el objeto de una convención internacional”³.

Por lo tanto, un determinado motivo se considerará reservado a la jurisdicción doméstica de un Territorio en el caso de que este no se encuentre regulado por una de las fuentes formales del derecho internacional; pero nada obsta a que posteriormente ese mismo asunto llegue a ser regulado por una norma de derecho internacional, substrayéndoselo así a la jurisdicción interna del Estado.

El carácter, dado que, de reservado a la jurisdicción interna de los Países pueda ofrecer una determinada materia, es una cuestión esencialmente relativa que depende del desarrollo de las relaciones internacionales, tal como lo observara la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos. Interpretando el artículo 15 párrafo 8 del Pacto de la Sociedad de Naciones, la Corte Permanente sostuvo el siguiente criterio:

“La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva de un Estado es una cuestión esencialmente relativa, la que depende

3 Kelsen, Hans, (1965). *Principios de Derecho Internacional Público* (trad.). (Buenos Aires), p. 164.

del desarrollo de las relaciones internacionales. En el Estado actual del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado”⁴.

II. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DE LOS ESTADOS

1. La explicación dualista

El llamado dualismo tiene en el alemán Heinrich Triepel⁵ y en el italiano Dionisio Anzilotti⁶ a sus más caracterizados exponentes. De acuerdo a esta teoría, el derecho internacional y el derecho interno constituyen dos sistemas jurídicos independientes y separados, los que nunca llegan a confundirse, por lo cual no puede plantearse un conflicto entre ellos.

Para los dualistas, dentro de una nación solo puede regir el derecho interno, ya que el derecho internacional regula únicamente las relaciones entre los Estados. En la concepción dualista, ambos ordenamientos poseen fuentes diferentes, pues mientras uno se origina por la voluntad unilateral del País, el otro emana de la voluntad común de varios Pueblos. Asimismo, los destinatarios de las normas son distintos. Estas en la Ley interno están dirigidas a los individuos, ya sea en sus relaciones recíprocas o en sus relaciones con el Territorio; en cambio, los únicos sujetos de la justicia internacional son los Estados. Por último, señalan los dualistas, ambos tienen una estructura muy desigual, ya que solo en la Ley interna cuenta con instituciones apropiadas para el cumplimiento coactivo de las normas. En otras palabras, para los dualistas son tan fundamentales las diferencias existentes entre ambos derechos que ello se traduce en la independencia, separación e incomunicación del derecho internacional con respecto al derecho interno.

Tan tajante separación plantea un problema. ¿Qué sucede cuando la Ley internacional exige que una determinada conducta sea llevada a cabo por

4 Serie B. N° 4. p. 24.

5 Véase especialmente: Triepel, Heinrich, (1899). *Volkerrecht Und Lander Srecht*. Liepzig. (Traducido al italiano como *Diritto internazionale e diritto interno*). Torino (1913). Y al francés (1920) como, *Droit International et Droit Interne.*, y *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, (París, RCADI, año 1).

6 Véase especialmente, Anzilotti, Dionisio, (1905). *Il diritto internazionale nei giudici interni*. (Bologna). (1955) *Corso di diritto internazionale*. (Padova).

los particulares dentro de un País? Por ejemplo, supóngase que dos Países fronterizos celebran un tratado para combatir una epidemia como la fiebre aftosa y el tratado exige a los ganaderos de ambos países adoptar ciertas medidas en relación a los animales, como vacunarlos o aislarlos de los enfermos. Para los dualistas, el tratado no podría alcanzar a los particulares y ni siquiera a los órganos administrativos de los Estados encargados de la observancia de las cláusulas del tratado, si este no ha sido previamente transformado en la justicia interna, por lo que, en el ejemplo señalado, habría que dictar las correspondientes normas legislativas internas, que permitan el cumplimiento del tratado por parte de los correspondientes órganos internos encargados de su aplicación.

De acuerdo, pues, a esta explicación, dentro de una Nación solo puede regir la Ley interna debiendo el derecho internacional ser transformado en derecho interno para que tenga eficacia dentro de un Territorio.

De esa manera, las obligaciones impuestas por una norma de derecho internacional a los particulares o a los órganos administrativos de un Estado no emanan de aquélla, sino de la ley o el decreto interno que se dicta para darle cumplimiento a la norma de derecho internacional. Como señala Triepel, la justicia internacional equivale a un mariscal de campo que da órdenes a los generales, pero no a los soldados; por lo tanto, las obligaciones, que surjan del conjunto de normas internacionales lo serán únicamente para los órganos legislativo (dictar las leyes) o ejecutivo (dictar los decretos) que permitan su cumplimiento sin que éstas sean directamente exigibles a los particulares o a los órganos administrativos o judiciales de una nación.

2. La explicación monista

El monismo encuentra en Hans Kelsen a su más importante expositor⁷. También deben incluirse entre los principales partidarios de esta explicación a los otros integrantes de la llamada Escuela de Viena, Joseph Kunz⁸ y Alfred

7 Véase especialmente Kelsen, Hans, (1926). *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*. (RCADI, año 14). *La transformation du droit international en droit interne*. (RGDIP, año. 34). (1949). *Teoría General del Derecho y el Estado* (trad.). (México). (1965). *Principios del Derecho Internacional Público* (trad.). (Buenos Aires).

8 Véase especialmente Kunz, Joseph, (1925). *La primauté du droit international*. (RDILC), y (1954). *Teoría del Derecho Internacional*. (CADDI, vol. II).

Verdross⁹ y asimismo, aunque bajo una fundamentación diferente, al francés George Scelle¹⁰.

El monismo –tal como ha sido expuesto por Kelsen– toma como punto de partida la unidad del conjunto de las normas jurídicas, todas las cuales dependen de un orden rigurosamente jerárquico y en el cual las normas de derecho interno se encuentran subordinadas a las del derecho internacional.

De acuerdo a esta explicación, el derecho internacional y el derecho interno no constituyen sino dos ramas de un mismo ordenamiento jurídico, entre las cuales es posible una comunicación. Tal como señala Kelsen:

“El derecho internacional y el derecho nacional no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, si las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo. No es posible, desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí”¹¹.

En la concepción monista, el derecho internacional no solo rige las relaciones entre los Estados, sino también es parte integrante del ordenamiento jurídico de los Estados, sin que sea necesario transformarlo en derecho interno. De ahí que las normas del derecho internacional puedan ser aplicables automáticamente dentro de un país y llegar incluso a obligar directamente a los particulares o a los órganos del Estado, si dichas normas internacionales se bastan a sí mismas.

Tal incorporación directa de la justicia internacional al ordenamiento jurídico de las Naciones no significa que no sea necesario, a veces, un acto interno de complementación o implementación, como acontece con la publicación de los tratados; pero tal acto no equivale a transformar la Ley internacional en interno. Tampoco implica una transformación el hecho de que un tratado para que sea válido requiera de una aprobación legislativa. Como señala el mismo Kelsen:

“Muchas Constituciones establecen que todos, o ciertos tratados deben ser aprobados por el órgano legislativo a fin de ser válidos. Tal aprobación no es

9 Véase especialmente Verdross, Alfred, (1974). *Derecho Internacional Público* (trad.). (Madrid).

10 Véase especialmente Scelle, George, (1932). *Précis de Droit de Gens*. (París, volumen I).

11 Kelsen, Hans, (1965). *Principios del Derecho Internacional Público* (trad.). (Buenos Aires), *op. cit.*

una transformación, es la participación del órgano legislativo en la conclusión del tratado, es decir, participación en la creación del derecho internacional”¹².

De este modo, para los monistas, la transformación de una norma internacional en interna solo operaría en aquellos casos en que el conjunto de normas jurídicas internas expresamente exija a los órganos administrativos y judiciales aplicar únicamente las normas internas. De no mediar esa limitación, el derecho internacional puede incorporarse directamente al ordenamiento jurídico de los Territorios.

3. La incorporación del derecho internacional en la práctica de los Estados

Aunque en la práctica internacional ninguna de las dos doctrinas expuestas se encuentra completa y plenamente aceptada y, en la actualidad, la polémica entre dualistas y monistas tiende a desvanecerse, puede afirmarse que, tanto en la doctrina como en la actitud de las legislaciones de los Estados, la tendencia preponderante es la de una mayor aceptación del monismo.

En efecto, ya en la Constitución de 1776 de los Estados Unidos de América se expresa que los tratados forman parte integrante de la legislación estadounidense, toda vez que en virtud del párrafo II del artículo 6, se declara que

“Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulguen y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la Nación”.

Igualmente, en Gran Bretaña, donde no existe una Constitución escrita, desde el siglo XIX la jurisprudencia ha venido considerando como una norma del *common law* el aforismo según el cual *international law is a part of the land*, o sea que el derecho internacional forma parte del derecho interno.

Por su parte, varias de las modernas Constituciones europeas proclaman la incorporación automática de todas las normas de derecho internacional, aun de las no convencionales, al ordenamiento jurídico interno del Estado. Así, en el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania se expresa:

¹² Kelsen, Hans, (1965). *Principios del Derecho Internacional Público* (trad.). (Buenos Aires), p. 302.

“Las reglas del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y obligaciones directamente para los habitantes del territorio federal”.

También el artículo 8 de la Constitución de Portugal dispone: “Las normas y los principios de derecho internacional general o común forman parte del derecho portugués”.

La Constitución italiana adopta un similar criterio al prescribir en su artículo 10 que “El ordenamiento jurídico italiano se adapta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”.

A su vez, la Constitución de Austria en su artículo 9 señala: “Las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal”.

Por su parte, otras Cartas Magnas europeas, como la de España (artículo 96) o la de Francia (artículo 55), en cuanto a la incorporación del derecho internacional al derecho interno se refieren únicamente a los tratados internacionales, los cuales, una vez válidamente celebrados, formarán parte del ordenamiento jurídico interno, sin perjuicio de que otras leyes o la jurisprudencia de los tribunales también reconozcan la validez como derecho aplicable dentro del territorio nacional de las normas no convencionales del derecho internacional.

En América Latina algunas constituciones se han referido a este problema. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de la República Dominicana, cuyo artículo 3 párrafo 2 señala:

“La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado...”

La Constitución de Guatemala en su artículo 144, por su parte, dispone:

“El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentran en el territorio de la República, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución, los tratados internacionales y las normas del derecho internacional general aceptadas por Guatemala”.

En el artículo 133 de la Constitución de México se expresa que:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión”.

La Constitución de Panamá en su artículo 4 señala que “La República de Panamá acata las normas del derecho internacional”.

La mayoría de las Cartas Fundamentales actuales latinoamericanas limitan la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno tan solo a los tratados internacionales. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de la Argentina (artículo 75); Costa Rica (artículo 7); Ecuador (artículo 162); El Salvador (artículo 144); Honduras (artículo 16); Paraguay (artículo 141); Perú (artículo 55) y Venezuela (artículo 29). En general, todos esos textos reconocen en forma explícita que los tratados internacionales válidamente celebrados forman parte del ordenamiento jurídico interno. Su jerarquía, empero, no es la misma en las distintas Constituciones, como será estudiado en la sección siguiente.

Como puede apreciarse, las soluciones de los diferentes Estados que se han expuesto no siguen en forma estricta ninguna de las concepciones doctrinarias estudiadas, si bien, en general, éstas se encuentran más cercanas al monismo que al dualismo. Lo importante de destacar es que hoy día prácticamente todos los sistemas jurídicos reconocen la plena validez y aplicabilidad del derecho internacional como parte integrante de los ordenamientos jurídicos internos, aunque, en general, la recepción de la Ley internacional no se produce en forma automática, y se requiere en el caso de los tratados, para que adquieran vigencia interna, seguir los procedimientos prescritos por la Constitución y, en el caso de las normas no convencionales –costumbres y principios generales de derecho– demostrar que estas efectivamente hayan sido reconocidas como tales.

III. LA JERARQUÍA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

1. Consideraciones doctrinarias

Un tercer problema que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno es el de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos

o, lo que es lo mismo, determinar cuál de los dos primos en caso de conflicto entre ellos. Este problema solo puede ser encarado desde el punto de vista de la concepción monista, lo que explica que existan monistas partidarios de la supremacía del derecho internacional y monistas que sustentan la primacía del derecho interno. Los dualistas, como se señaló anteriormente, al proclamar la separación e incomunicación entre los dos ordenamientos jurídicos, en el hecho no dan cabida a la posibilidad de un conflicto.

Desde un punto de vista doctrinario, la primacía de la Ley internacional respecto del derecho interno se presenta como algo evidente. En realidad, el respeto mutuo y la igualdad jurídica entre los Estados, así como su coexistencia pacífica, no podrían aplicarse si no se reconociera un ordenamiento jurídico superior al de los propios Países que dispusiese, como precisamente lo dispone el derecho internacional, la órbita que le corresponde a cada una de las Naciones en sus relaciones recíprocas.

Pero si bien, doctrinariamente, el problema de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos no parece ofrecer mayores dificultades, en la práctica, cuando se presenta un conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno, y un órgano judicial o administrativo es llamado a resolver el conflicto, este problema adquiere una mayor complejidad.

Para determinar, concretamente, cuál de los dos ordenamientos jurídicos prima en caso de conflicto entre ellos, debe distinguirse si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional o del interno de un Territorio.

2. Solución del conflicto dentro del ámbito internacional

En el caso de que el conflicto entre una norma de derecho internacional y de otra de derecho interno se produzca dentro del ámbito internacional como, por ejemplo, ante un tribunal internacional, la preeminencia de la norma de derecho internacional es admitida sin discusión alguna. Por ello mismo es que ningún Estado pueda invocar en sus relaciones internacionales las disposiciones de su derecho interno, ni aun las de su derecho constitucional, para dejar de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional.

Este criterio ha sido reiteradamente sostenido por la jurisprudencia internacional. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva en el asunto del canje de poblaciones greco-turcas expresó:

“Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir a su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos”¹³.

Y en su opinión consultiva en el caso relativo a las comunidades greco-búlgaras, la Corte Permanente sostuvo que:

“Es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que en las relaciones entre las partes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado”¹⁴.

Estos principios han sido en la actualidad incorporados al derecho convencional por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 prescribe:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

3. Solución del conflicto dentro del ámbito interno

Si el conflicto entre una norma de derecho internacional y otra de derecho interno se presenta dentro del ámbito interno de un Estado y es una autoridad judicial o administrativa nacional la llamada a resolverlo, ésta deberá aplicar lo que su correspondiente derecho interno disponga al respecto.

Ahora bien, un examen comparado de las Constituciones, legislaciones y jurisprudencias nacionales, efectuado sobre la base del valor que éstas le atribuyen a la justicia internacional con respecto a la justicia interno, denota que existen básicamente cuatro sistemas diferentes para solucionar el problema de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos. Estos sistemas son los que al derecho internacional o, más específicamente a los tratados, le otorgan un valor: a) supraconstitucional, b) constitucional, c) supralegal, y d) legal.

¹³ Serie B. N° 10, p. 20.

¹⁴ Serie B. N° 17, p. 38.

A) VALOR SUPRACONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

De acuerdo a este sistema, los tratados internacionales pueden prevalecer aun respecto de la Carta Magna del Estado. Este sistema no es muy frecuente. En Europa la Constitución de los Países Bajos dispone en su artículo 91, inciso 3):

“Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos”.

En América Latina, Honduras y el Perú han adoptado una solución similar. Así, el artículo 57, párrafo segundo de la Constitución del Perú, prácticamente idéntico al artículo 17 de la Constitución de Honduras, dispone:

“Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

En estos casos, el tratado prevalece sobre la Carta Fundamental, aunque se exige que el tratado sea aprobado previamente a través del mismo procedimiento que se estipula para la reforma de la Carta Fundamental. La diferencia está en que en el caso de los Países Bajos se produce una derogación de los correspondientes artículos de la Constitución. En cambio, en el sistema adoptado por Honduras y el Perú, los correspondientes artículos de la Constitución quedan en suspenso mientras que el Estado continúa siendo parte en el tratado¹⁵.

B) VALOR CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

También es poco frecuente que los Estados otorguen a los tratados generales u ordinarios un rango constitucional. En cambio, existe una creciente tendencia para asignar a las normas que se contienen en los tratados sobre derechos humanos un valor igual al de la Carta Fundamental, especialmente en cuanto equiparan los derechos y libertades establecidos en los tratados con las garantías personales consagradas en la Carta Magna.

¹⁵ Véase al respecto Álvarez V., J (2001). *Tratados internacionales y ley interna*, p. 83.

Las modalidades de esta equiparación son diversas. En algunos casos, como en las Constituciones de Colombia (artículo 93) o España (artículo 10.02), los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos constituyen un elemento para la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos y libertades fundamentales de orden constitucional. En otras Constituciones hay un reconocimiento explícito, de carácter declarativo, a los derechos humanos que se contienen en los tratados de los que es parte el correspondiente Estado. Algunas constituciones enumeran explícitamente los tratados o instrumentos internacionales a los que atribuyen rango constitucional; otros, los más, hacen referencia genérica a los tratados vigentes.

La Constitución de Argentina de 1994 hace una triple distinción de los tratados y declaraciones internacionales en cuanto a su jerarquía: i) los tratados y concordatos, los que, en general, de acuerdo al artículo 75.2, “tienen jerarquía superior a las leyes”; ii) las declaraciones y tratados sobre derechos humanos que explícitamente se citan en la Constitución,¹⁶ los que tienen jerarquía constitucional; y iii) los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, los que “para gozar de jerarquía constitucional” requerirán luego de ser aprobados por el Congreso, del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Por su parte, el artículo 5 núm. 2 de la Constitución de la República Federativa de Brasil establece que:

“Los derechos y garantías que se contienen en esta Constitución no excluyen otros que resultan del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

En el caso de Colombia, además de las normas sobre interpretación a las que se ha hecho referencia anteriormente, el artículo 94 de la Constitución contiene un reconocimiento a los derechos y garantías contenidos... “en

¹⁶ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

la Constitución y en los convenios internacionales vigentes”, no debiendo entenderse “como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

El artículo 44 de la Constitución del Ecuador, por su parte, establece:

“El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes”.

La Constitución de Nicaragua incorpora a ella en su artículo 46 “la plena vigencia de los derechos humanos” consagrados en varias declaraciones y tratados al expresar:

“En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 2000, después de expresar en su artículo 19 que “los derechos humanos deben ser respetados y garantizados, de conformidad con la Carta Magna, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen...”, dispone en su artículo 23:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

C) VALOR SUPRALEGAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

En algunas modernas Cartas Magnas se prescribe que las normas de derecho internacional tienen un valor superior a las leyes internas, por lo que las primeras siempre primarán sobre éstas. Ya se señaló a ese respecto cómo el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania les confería a las reglas del derecho internacional una prioridad respecto de las leyes internas.

También el artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 les confiere a los tratados un valor superior a las leyes, al disponer que:

“Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados, desde su publicación, tienen una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada tratado o acuerdos, de su aplicación por la otra parte”.

En Francia la mayor jerarquía de los tratados internacionales está limitada únicamente a las leyes, ya que, respecto a las normas constitucionales, según lo dispone el artículo 54 de la Carta Fundamental, en el caso de que un acuerdo internacional conlleve una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no puede ser hecha sino después de una enmienda a ésta.

Una solución similar se encuentra en la Constitución de España, cuyo artículo 95 (1) dispone: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.

En América Latina las Constituciones de Argentina (artículo 75); Costa Rica (artículo 7); Ecuador (artículo 183); El Salvador (artículo 144) y Paraguay (artículo 137) establecen expresamente la supremacía de los tratados sobre las leyes internas, sin perjuicio de que, como ya se estudió, algunas de ellas conceden una jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos.

D) VALOR LEGAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

El sistema de conferirle al tratado internacional el mismo valor que a la ley interna es seguido por los Estados Unidos de América y ciertos países europeos y latinoamericanos. En algunos casos, tal jerarquía se encuentra establecida en la Constitución, como es el caso de México (artículo 133).

Sin embargo, la mayoría de las veces, ante la ausencia de una norma constitucional, el rango legal de los tratados ha sido establecido por la jurisprudencia de los respectivos tribunales nacionales, no existiendo al respecto una solución coincidente. Algunas jurisprudencias nacionales han atribuido a los tratados un valor superior a las leyes, otras en cambio, asignan al tratado un igual valor que la ley, por lo que, en caso de conflicto, debe primar el acto posterior: *lex posteriori derogar priori*.

La adopción de este criterio ha sido explicada en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que se señaló:

“Por la Constitución, el tratado ha sido colocado en el mismo plano, y crea la misma obligación que el acto legislativo. Ambos son calificados por aquel instrumento como la ley suprema del país, y no se da superior eficacia a uno respecto del otro, cuando los dos tratan en forma de dar efecto a ambos, si se puede lograr tal cosa sin hacer violencia al texto de ninguno; pero si son incompatibles, el de fecha posterior predominará sobre el otro, siempre que la estipulación del tratado en el tema sea susceptible de ejecutarse por sí sola. Si el país con el cual se concluyó el tratado no está satisfecho con la acción del cuerpo legislativo, puede presentar sus quejas al Jefe del Poder Ejecutivo y tomar las demás medidas que considere esenciales para la protección de sus intereses. Los tribunales no pueden remediar esa situación”¹⁷.

Debe, sin embargo, observarse que en el caso de que se aplique preferentemente el derecho interno con respecto al derecho internacional, ello no excluye la eventual responsabilidad internacional del Estado. Un problema es el acatamiento que las autoridades judiciales o administrativas deben a su propia legislación y otro es el de la responsabilidad internacional en que el Estado puede incurrir el dejar de cumplir una obligación internacional. Tal responsabilidad, en el ámbito internacional, se configura cualquiera que sea lo que dispongan las correspondientes normas internas.

17 Cit. por E. Jiménez de Aréchaga, (1979). *Whitney con Robertson*. Montevideo. Curso de Derecho Internacional Público, tomo I., pp. 216-217.

IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

1. ASPECTOS GENERALES

Cabe, en primer lugar, destacar –y lamentar– que no exista en la Constitución chilena ninguna disposición general que se refiera a la incorporación del derecho internacional al orden jurídico chileno y al valor jerárquico que se le atribuye a las normas y principios del derecho internacional, lo que contrasta con las modernas Cartas Magnas europeas y latinoamericanas que se han ocupado de este importante asunto¹⁸. La única referencia contenida en la Constitución de 1980 y que surgió de una reforma constitucional de 1989, es una contenida en el artículo 5º inciso 2º, en la que se contempla el deber de los órganos de los Estados de respetar y promover los derechos humanos, garantizados por la Carta Fundamental, “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

A falta de una norma constitucional, han sido la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina de los autores las que se han encargado de precisar y sistematizar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno, no obstante que, como lo advierte Santiago Benadava en una publicación de 1992, no se “puede afirmar que nuestros tribunales hayan elaborado una jurisprudencia constante sobre todos estos problemas. En efecto, los pronunciamientos judiciales son escasos y, a veces, ambiguos o contradictorios. Por otra parte, las situaciones planteadas han sido resueltas sin grandes recursos doctrinales ni demasiada claridad conceptual”¹⁹. Aun así, cabe señalar que con posterioridad a esa publicación han surgido importantes fallos de nuestros tribunales y un valioso aporte de la doctrina, especialmente en lo que respecta a la vigencia en Chile del derecho internacional de los derechos humanos²⁰.

¹⁸ Ver en este mismo Capítulo V, secciones II y III.

¹⁹ Benadava, Santiago (1992). “*Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*”. En *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago, pp. 9 y 10.

²⁰ Además del citado artículo de Benadava y de otro escrito por él treinta años antes y con el mismo título, que inicia en Chile el estudio de esta materia, publicado en la *Revista de Derecho, Jurisprudencias y Ciencias Sociales* (Tomo LIX, enero-abril 1962), cabe también recordar las publicaciones de Veloso, Adolfo, (1982). *Algunos problemas acerca de las relaciones del derecho internacional con el derecho chileno*. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 165; Irigoyen, Jeannette y Muñoz, Andrea, (1977). *El derecho internacional en la Constitución Chilena de 1980*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. VI.; Bustos, Crisólogo,

El problema de la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico chileno no ha ofrecido en la práctica mayores dificultades. Ya se estudió en el capítulo anterior que, por lo general, los tratados internacionales pasan a tener vigencia interna una vez que han sido promulgados y publicados en el Diario Oficial.

Respecto a las fuentes no convencionales –la costumbre y los principios generales de derecho–, la jurisprudencia y la doctrina prevaleciente han considerado, en general, que estas se incorporan automáticamente al derecho chileno y forman parte de él.

En cuanto a las resoluciones de las organizaciones internacionales, las que serán objeto de estudio en sucesivos capítulos posteriores, estas, por lo general, requieren de un acto especial de transformación, sin perjuicio de destacar anticipadamente que, en general, ha sido voluntad del Estado de Chile dar cumplimiento a las resoluciones y a las sentencias de los órganos internacionales de los que Chile es parte.

2. La incorporación y jerarquía del derecho internacional no convencional

Existe una larga tradición jurídica en Chile, desde los comienzos de la República, en cuanto reconocer que el derecho internacional general, tal como este se encuentra contenido en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho²¹, forma parte integrante del ordenamiento jurídico de Chile.

(1984). *La recepción del derecho internacional en el derecho constitucional chileno*. Revista Chilena de Derecho, núm. 523; A. Detzer, John, (1988). *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos*, (Santiago). Con posterioridad a 1992 cabe citar la valiosa contribución que en lo que concierne a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos han efectuado Medina, Cecilia, (1994). *El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno, en Constitución, tratados y derechos humanos*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago.; Nogueira, Humberto, (1996). *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. En Revista Chilena de Derecho, año 23, núm. 2 y 3.; Ríos, Lautaro, (1998). *Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos*. Gaceta Jurídica, núm. 215. De fundamental importancia en esta materia, por los importantes documentos y antecedentes que incluye, es la tercera edición del libro de Llanos, Hugo, (2005), *Teoría y práctica del derecho internacional*. (Santiago, Tomo I).

²¹ La costumbre y los principios generales de derecho como fuentes del derecho internacional han sido estudiados en las Secciones II y III del Capítulo III.

Ya en 1833, el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile expresaba en una nota dirigida al Encargado de Negocios de Francia que “el derecho común de las naciones es una ley de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo hayan derogado”. Ese mismo año el Presidente de la República y su Ministro de Relaciones Exteriores expresaban al Congreso Nacional que: “El derecho común de gentes es en realidad una parte integrante de la legislación del Estado”²².

A falta de un texto constitucional o legal de carácter general sobre la materia, ha sido en especial la jurisprudencia de los tribunales la que ha venido reconociendo que el derecho internacional no convencional se incorpora automática y globalmente al derecho chileno y que incluso puede llegar a prevalecer sobre la legislación interna.

Posiblemente el caso más emblemático al respecto y que ha tenido una considerable influencia posterior ha sido el de *Lauritzen con Fisco* (1955), más conocido como el de “los barcos daneses”. En este caso se discutió la legalidad de la requisición hecha por Chile durante la Segunda Guerra Mundial de cinco naves de propiedad de la empresa danesa de navegación Lauritzen y como debería determinarse la correspondiente indemnización por tal requisición.

Los demandantes, que cobraban al Fisco chileno una elevada indemnización por esas requisiciones, sustentaron su demanda en el derecho internacional consuetudinario, que establecía la obligación de indemnizar conforme a ese ordenamiento cuando se ejercía el derecho de angaria, como había ocurrido con esos barcos; el Fisco, por el contrario, invocó dos leyes chilenas promulgadas en 1939 y 1942 argumentando que la materia debatida debía regirse únicamente por el derecho interno de Chile y no por el derecho internacional, dada la “carencia de capacidad” de los individuos para invocar el derecho internacional, el cual solo rige las relaciones entre los Estados y “solo ellos son verdaderos sujetos en el derecho internacional”.

La Corte Suprema, en una extensa y documentada sentencia de 1 de diciembre de 1955, sostuvo, en lo que atañe al asunto materia de este estudio, entre otras consideraciones, que los demandantes pueden basar su demanda “de acuerdo con los principios de derecho internacional y no según las disposiciones de

22 Cit. por Benadava, Santiago, (1992). “*Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*”. En *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago, op. cit., pp. 18 y 19.

nuestro derecho nacional”; y que “aún en el supuesto de que pudieran tener aplicación las leyes internas, los principios de derecho internacional tienen prevalencia en estos casos”²³.

La incorporación automática del derecho internacional no convencional al ordenamiento jurídico de Chile ha sido también aceptado por los tribunales en numerosas otras ocasiones, especialmente en asuntos referentes a extradición, tanto activa como pasiva; cumplimiento de exhortos y cartas rogatorias; inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero; e inviolabilidad e inmunidad de agentes diplomáticos extranjeros, en los casos anteriores a la entrada en vigor de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas o en los que uno de los Estados no hubiese sido parte de la mencionada Convención. En una resolución de la Corte Suprema de 3 de septiembre de 1969, por ejemplo, dicha Corte dejó sin efecto una sentencia pronunciada por el Sexto Juzgado del Trabajo de Santiago en la que se condenaba al Gobierno de China Nacionalista (que era reconocido por Chile en aquel entonces) aduciendo que:

“La circunstancia de que la República de China no haya aún ratificado la Convención de Viena, no impide aplicar en nuestro país su artículo 31, porque se trata de un principio de derecho internacional común y consuetudinario”²⁴.

Un caso ilustrativo de la voluntad de la Corte Suprema de hacer prevalecer en Chile el derecho internacional tuvo lugar en 1975 cuando el Gobierno había interrumpido sus relaciones diplomáticas con Cuba, lo que no obstó para que el máximo tribunal chileno hiciera prevalecer el derecho internacional respecto a una situación que afectaba a aquel Estado. En 1972 el señor Abraham Senerman vendió al Gobierno de la República de Cuba, representado por su Embajador, Mario García Incháustegui, con inmueble ubicado en la comuna de las Condes destinado a servir de residencia del embajador. Posteriormente, el señor Senerman solicitó la nulidad del contrato de compraventa aduciendo lesión enorme en el precio que se había convenido

23 La sentencia de la Corte Suprema (1955) se encuentra publicada en la “Revista de Derecho y Jurisprudencia”. Tomo LVII. Segunda parte, sección primera. Véase también Detzer, John, (1988). *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos*, (Santiago), *op. cit.* pp. 25-30 y 108-109; y Benadava, Santiago, (1992). “*Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*”. En *nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago, *op. cit.*, pp. 13-15 y 29-31.

24 Párrafo considerativo cuarto. La sentencia se encuentra publicada en el Anuario Chileno de Relaciones Internacionales, N°1, 1969. pp. 197-198.

y pagado. El Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, después de un juicio seguido en rebeldía del demandado, Mario García Incháustegui, accedió a lo solicitado por el demandante y por sentencia del 16 de enero de 1975 declaró la nulidad de la compraventa, la cancelación de la inscripción de la propiedad a nombre de la República de Cuba y la restitución del inmueble a su antiguo propietario.

En tales circunstancias, el Presidente del Consejo de Defensa del Estado se dirigió a la Corte Suprema para que esta, “en uso de sus atribuciones constitucionales y legales”, dejara sin efecto la sentencia del juez del Quinto Juzgado Civil, el cual carecía de jurisdicción y competencia de acuerdo a los principios del derecho internacional para conocer de la demanda aducida en contra de un Estado independiente. La Corte Suprema, procediendo de oficio e invocando los principios de derecho internacional que determinan “que un Estado soberano no debe ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro”, no solo dejó sin efecto la sentencia dictada por el Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago y ordenó que se restableciera la vigencia de la inscripción de dominio a nombre de la República de Cuba, sino también, en razón de las “inexcusables deficiencias del juez titular del Quinto Juzgado”, le impuso una sanción de dos meses de suspensión de sus funciones²⁵.

Las sentencias a las que se ha hecho referencia confirman que, salvo casos aislados, la posición de nuestros tribunales ha sido considerar que el derecho internacional general, expresado en la costumbre internacional y en los principios de derecho internacional, forman parte integrante del derecho chileno y que, por lo general, prevalece sobre las leyes nacionales en caso de conflicto entre uno y otro ordenamiento.

Sin embargo, en la medida que muchas normas y principios que se contenían en el derecho internacional consuetudinario se han transformado en normas convencionales, como ha sucedido con los tratados de extradición o las normas que regulan las inmunidades diplomáticas, los tribunales han procedido a aplicar preferentemente los correspondientes tratados, con lo cual, en la práctica, la incorporación del derecho internacional no convencional ha perdido en la actualidad parte de la importancia que anteriormente tuvo.

²⁵ Los antecedentes del caso y la resolución de la Corte Suprema se encuentran en H. Llanos, (1980). *Teoría y práctica del derecho internacional público* (Santiago, tomo II), pp. 385-388.

3. La incorporación de los tratados internacionales

Como se ha expresado con anterioridad, comúnmente se ha considerado que los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico chileno con los mismos caracteres que las leyes, una vez que han sido promulgados por decreto supremo y publicados en el Diario Oficial. Tal criterio se funda en la asimilación que se ha hecho del tratado a la ley, cuya promulgación y publicación se encuentran regidas por los artículos 6º y 7º del Código Civil. Ese criterio ha sido sostenido invariablemente por los tribunales. Así, la Corte Suprema en una sentencia pronunciada en 1921 sostuvo:

“que los tratados internacionales, si bien son concluidos y firmados por el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones especiales, revisten, sin embargo, los caracteres jurídicos de verdaderas leyes, porque para que tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que la ley”²⁶.

La jurisprudencia de nuestros tribunales también ha dispuesto que un tratado internacional, aunque haya sido ratificado y depositado su instrumento de ratificación, no produce efectos jurídicos en Chile si no ha sido promulgado y publicado en el Diario Oficial. Cuando el 6 de agosto de 1976 fueron expulsados del país mediante un mero acto administrativo los abogados defensores de derechos humanos Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier, se presentó a favor de ellos un recurso de amparo en el que se sostenía que tal acción era contraria al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que había sido ratificado por Chile y que incluso había depositado el correspondiente instrumento de ratificación en la Secretaría General de Naciones Unidas²⁷. La Corte Suprema, sin embargo, en sentencia de 25 de agosto de 1976, resolvió que el Pacto no se encontraba vigente en Chile al no haber sido promulgado como ley de la República y, por lo tanto, no podía derogar el decreto ley de 1973 que sirvió de fundamento para expulsar a Castillo Velasco y Velasco Letelier²⁸. Fallos posteriores de la Corte Suprema dispusieron que, aunque ya había sido promulgado el Pacto Internacional

26 Sucesión Juan Gardai con Fisco. Gaceta de los Tribunales. (1921). Primer trimestre. p. 28. Cit. Por Benadava, Santiago, (1992). “*Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*”. En *nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago, op. cit. p. 36.

27 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Docto. OEA/SER.L.VIII.66. Doc.17. 1985, p. 147.

28 Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXVI, segunda parte., pp. 311 y siguientes.

de Derechos Civiles y Políticos, pero aún no se publicaba en el Diario Oficial, este no podía tener aplicación en Chile²⁹.

Tal criterio de los tribunales respecto de tratados internacionales que se encuentran internacionalmente en vigor, pero que no han sido publicados en el Diario Oficial, ofrece serios inconvenientes y puede llegar a socavar uno de los principios permanentes de la política exterior de Chile, cual es el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales.

4. La jerarquía de los tratados internacionales

El criterio preponderante, tal como ha sido expresado por la jurisprudencia y la doctrina, es que en Chile los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes, tanto si aquéllos han sido concluidos antes o después de la promulgación de una ley. La excepción serían los acuerdos en forma simplificada, en los que no ha mediado una aprobación legislativa³⁰.

Con respecto a las leyes ordinarias, aun aceptando que el tratado en Chile tuviese el mismo valor que la ley, resulta evidente que si el tratado es posterior a la ley, aquél debe prevalecer sobre la ley en virtud de la aplicación del principio *lex posteriori derogat priori*. Ese ha sido el criterio constante de la jurisprudencia, tanto de aquella que ha aceptado que los tratados tienen el mismo valor que las leyes, como la que ha afirmado que los tratados tienen una superioridad jerárquica respecto de las leyes.

Aun respecto de los conflictos suscitados entre un tratado y una ley posterior, después de la reforma constitucional de 2005, cualquier duda que pudiese haber existido con respecto a la primacía de uno u otro, ésta quedó disipada con el añadido de un nuevo párrafo al artículo 54 de la Constitución, según el cual las disposiciones de un tratado “solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional”. Si el tratado pudiese ser derogado o modificado por una ley posterior, ello sería contrario a las normas

29 Sentencias de la Corte Suprema de 22 de octubre de 1984 y de 11 de noviembre de 1986 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Cit. por Benadava, Santiago, (1992). “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”. En *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

30 S. Benadava da dos ejemplos de acuerdos simplificados –uno de 1894 y otro de 1901–, los que en concepto de la Corte Suprema, al no haber sido aprobados por el Congreso Nacional, no pueden prevalecer sobre las disposiciones legales, *op. cit.*, pp. 43 y 54.

generales del derecho internacional, las que, de acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, establecen que no es posible a un Estado invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

La primacía del tratado sobre la ley, que quedó consagrada con la reforma constitucional de 2005, es hoy día comúnmente aceptada por la doctrina³¹.

Con anterioridad a la citada reforma constitucional, el criterio prevaleciente de la jurisprudencia, aunque no unánime, era que prevalecía el tratado respecto a la ley, aunque ésta haya sido posterior. Así, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1988, recaído en el caso de Cía. Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos, en el que se debatía la vigencia de un impuesto establecido con posterioridad a la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (GATT), la Corte sostuvo, entre otras consideraciones:

“...que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, también vigente en este país, se aplica con preferencia al derecho interno. Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes...”³².

Resulta también importante destacar en esta materia la actitud asumida por la Corte Suprema cuando ha reaccionado oportuna y eficazmente frente a resoluciones adoptadas por jueces que al desconocer el derecho internacional hubiesen podido comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Ya se estudió con anterioridad el caso relativo a la sentencia dictada por un juez respecto a la nulidad de la compraventa del inmueble de la Embajada de Cuba. Otro ejemplo ilustrativo al respecto tuvo lugar en 1969 cuando el gobierno del Presidente Ovando de Bolivia nacionalizó en su país el petróleo y un agente oficioso de la Gulf Oil Co., una de las empresas afectadas, solicitó del Segundo Juzgado de Letras de Mayor Cuantía de Antofagasta

31 Ver García Barzelatto, Ana María, (2006). *Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005*. Revista de Derecho Público, año 68, pp. 82-83. Con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, ese era también el criterio preponderante de la doctrina. Así, Barros Jarpa, Ernesto, (1964) señala que: “una ley no puede derogar un tratado vigente, pero un tratado puede derogar una ley”. Santiago, Manual de Derecho Internacional Público, p. 17.

32 Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, segunda parte, sección segunda, p. 12.

las medidas precautorias de retención y prohibición de celebrar actos y contratos respecto de ciertas maquinarias enviadas a Bolivia a través del territorio chileno. El Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, mediante oficio de 4 de diciembre de 1969, puso en conocimiento de la Corte Suprema esos hechos, solicitándole que adoptase las medidas necesarias para que se aplicaran los tratados vigentes entre Chile y Bolivia, en particular el Tratado de Paz, Amistad y Comercio de 1904, la Convención de Tránsito de 1937 y la Declaración de Arica de 1953, interpretativa de los tratados anteriores, suscrita por los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos países. La Corte Suprema se reunió de inmediato y por la unanimidad de sus jueces, después de declarar la plena vigencia de los instrumentos mencionados, dispuso que “Los tribunales chilenos carecen de jurisdicción y competencia para decretar medidas precautorias de retención y de prohibición de celebrar actos y contratos, o de otra índole, respecto a las mercaderías, maquinarias y cualquiera otra clase de carga enviadas a Bolivia, desde el exterior, desde el territorio chileno”, por lo que ordenó dejar sin efecto las medidas precautorias solicitadas³³.

5. Conflicto entre la Constitución y los tratados

La Constitución de 1980 creó como nuevo órgano un Tribunal Constitucional, confiriéndole, entre otras atribuciones, tal como quedó establecido en la Reforma Constitucional de 2005, la de “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado, que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación” y la de “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” (artículos 93, núms. 1 y 3 de la Constitución). Las citadas disposiciones dejaron establecido en el ordenamiento constitucional chileno la subordinación de los tratados a la Constitución.

El control de la constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional tiene fundamentalmente un carácter preventivo. Como lo señala Ana María García Barzelatto, dicho control “es una manera no solo de dejar a

³³ Los antecedentes de este caso, incluyendo la resolución de la Corte Suprema, se encuentran en el Anuario Chileno de Relaciones Internacionales. Núm. 1 correspondiente a 1969.

salvo el principio de la supremacía constitucional, sino también de evitar que una vez celebrado el tratado pueda este ser impugnado por falta de inconstitucionalidad”³⁴.

Sin embargo, mediante la ley 20.381 de 28 de octubre de 2009, que modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si bien reafirmó respecto de los tratados el control constitucional preventivo, a la vez le entregó atribuciones para declarar inaplicables aquellas normas contenidas en un tratado vigente internacionalmente si esas normas eran contrarias a la Constitución. Hasta ahora dicha disposición no ha sido aún aplicada, pero, ciertamente, de haber ocurrido, podría haber llegado a comprometer la responsabilidad internacional de Chile. De ahí que tres de los ministros del Tribunal Constitucional que previamente debieron pronunciarse sobre la constitucionalidad del proyecto de su ley orgánica dejaron expresa constancia de su discrepancia con esas facultades atribuidas a dicho tribunal³⁵. Igualmente, varios profesores de Derecho Internacional pusieron de manifiesto lo errado de ese criterio y las graves consecuencias que ello podría acarrear para Chile³⁶.

6. La situación de los tratados sobre derechos humanos

La Constitución de 1980 fue modificada por la Ley 18.825, de 7 de agosto de 1989, mediante una negociación entre representantes del Gobierno del General Pinochet y de la Concertación de Partidos por la Democracia. Como resultado de esa negociación, se dispuso en su artículo 5º inciso 2º:

34 García Barzelatto, Ana María, (2006). *Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005*. Santiago. Revista de Derecho Público, año 68, *op. cit.*, pp. 81-82.

35 En el voto de minoría del fallo del Tribunal Constitucional de fecha 25 de agosto de 2009, pronunciado sobre la constitucionalidad del proyecto de ley, los ministros del Tribunal Constitucional José Luis Cea, Juan Colombo y Marisol Peña expresaron en su voto disidente: “...no puede declararse la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional vigente, pues ello importaría una suspensión de la misma y una vulneración del artículo 54 número 1, inciso quinto, de la Constitución, una clara responsabilidad internacional para el Estado chileno, al que se le imputaría una violación de las obligaciones que le impone ese tratado y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados...”.

36 Ver artículo de opinión de los profesores de Derecho Internacional Arévalo Cunich, Álvaro; Espaliat Larson, Astrid; Fernández Illanes, Samuel; Gamboa Serazzi, Fernando; Llanos Mansilla, Hugo; Rioseco Vásquez, Alberto; Riveros Marín, Edgardo; Troncoso Repetto, Claudio y Vargas Carreño, Edmundo (2009). *Un fallo del TC sujeto a la crítica*. Diario *El Mercurio*, 22 de septiembre.

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Aunque no existe unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina sobre el alcance de esa disposición, el criterio preponderante hoy día es que el artículo 5° inciso 2° de la Constitución confiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes un valor igual al de la Constitución.

Si bien el Tribunal Constitucional, bajo su antigua integración y antes de la reforma constitucional de 2005, ha sostenido que “no estaba en la mente del constituyente que los tratados (de derechos humanos) no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución”³⁷ y que ese criterio ha sido también compartido por una parte de la doctrina³⁸, lo cierto es que en la actualidad el criterio mayoritario es concederles a los tratados de derechos humanos rango constitucional y una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales³⁹.

También la jurisprudencia de los tribunales chilenos ha otorgado a los tratados de derechos humanos un valor igual a la Constitución y superior, por ende, a los tratados ordinarios. En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de enero de 2004, confirmada por unanimidad por la 2ª

37 Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2002 relativa a la constitucionalidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Dicho fallo de la mayoría del tribunal fue objeto de arduas críticas por parte de uno de sus miembros, el Ministro Libedinsky, quien en su voto de minoría sostuvo que “la interpretación del voto mayoritario del Tribunal Constitucional hace caso omiso del sentido que tuvo la reforma constitucional de 1989, con lo que se desnaturaliza el artículo 5 inciso 2° y la Reforma Constitucional de 1989 cuyo objeto y fin fue incorporar con rango constitucional los derechos asegurados por los tratados internacionales, produciéndose una verdadera mutación constitucional por vía interpretativa”.

38 Ver, por ejemplo, Bertelsen, R., (1996). *Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho, año 23 N° 2 y 3, tomo 1.

39 Así lo señalan, entre otros autores, Cumplido, F. (1991). “*Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos*”. En *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*. Santiago, pp. 191-197. Díaz A, R., (1991). “*La reforma al artículo 5° de la Constitución*”. En *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*. Santiago, pp. 199-208. Medina, C., *El derecho internacional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 39 y siguientes. Nogueira, H., (1996). “*Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*”. En *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*, año 23, Santiago, pp. 351 y siguientes. Llanos, H., (2005), *Teoría y práctica del derecho internacional público*, (Santiago, tomo I), pp. 191 y siguientes.

Sala de la Corte Suprema el 17 de noviembre de 2004, se señala, entre otras consideraciones, que:

“El artículo 5º les otorga, así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. (Párrafo 45).

... Si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada, se infiere que estos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional que el resto de los tratados internacionales. (Párrafo 47).

De acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlo y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como así mismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos... “(Párrafo 48)⁴⁰

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos surge asimismo de la historia del establecimiento de la segunda parte del inciso 2º del artículo 5º. Entre los representantes de la Concertación de Partidos por la Democracia que participaron en la negociación para incorporar esa disposición a la Constitución, se encontraba el profesor Francisco Cumplido, quien ha manifestado que la incorporación de esa disposición obedeció a que con ella “se lograba que los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En ese sentido incorporamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución”⁴¹.

Para que un tratado internacional tenga jerarquía constitucional debería, de acuerdo a la citada disposición constitucional, referirse a los derechos

⁴⁰ Dicho fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago fue redactado por su abogado integrante y profesor de Derecho Internacional, Hugo Llanos. La sentencia se reproduce en Llanos, Hugo, (2005). *Teoría y práctica del derecho internacional*. (Santiago, tomo I), *op. cit.*, pp. 209-223.

⁴¹ Actas de la Comisión de la Nueva Constitución. Sesión 203. Ver también Cumplido, F., (1991). “*Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos*”. En *Nuevas Dimensiones de la Protección del Individuo*. Santiago, pp. 191-197.

esenciales que emanan de la naturaleza humana; haber sido ratificado el tratado por Chile y encontrarse este vigente.

En cuanto al primer requisito, esto es, que se trate de tratados cuyo objeto sea la protección o promoción de los derechos que emanan de la naturaleza humana, podría surgir más de una interpretación al respecto. Hubiese sido conveniente por ello haber incorporado al texto constitucional un esbozo de definición de lo que son esos tratados o, al menos, haberse hecho una referencia, como la que se contiene en la Constitución de la Argentina y de otros Estados⁴² a los tratados a los que se les confiere ese rango constitucional.

En nuestro concepto, la Constitución al referirse genéricamente a los tratados cuyo objeto es procurar el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, está incluyendo a todos los tratados que contengan disposiciones que se refieran a alguno de esos derechos. Esta interpretación amplia está en consonancia tanto con la historia del establecimiento de esta disposición en la Constitución, en la que se pretendió, sin hacer distinciones específicas, reforzar los derechos humanos en el orden constitucional chileno, como con la tendencia en el plano internacional de considerar “que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente y que deben tratarse de manera justa y equitativa y en pie de igualdad y con la misma atención”, tal como lo reafirmaron los Jefes de Estado y Gobierno en la Cumbre Mundial de 2005⁴³. Sostener que solo un determinado tipo de tratados sobre derechos humanos, y no otros, estarían comprendidos en esa protección adicional que confiere a esos tratados la Constitución chilena sería apartarse de las motivaciones que se tuvieron en cuenta para incorporar esa disposición y de la interpretación amplia que prevalece hoy día en cuanto a lo que son los derechos humanos.

Los tratados, pues, que en Chile tienen rango constitucional son todos aquellos que contienen disposiciones relativas a los derechos humanos. Estos tratados comprenden, a modo de ejemplo, no solo los instrumentos convencionales de carácter general, como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, sino también los convenios

⁴² Ver en este Capítulo, la Sección III. N° 126.

⁴³ Resolución 60/1 de 16 de septiembre de 2005. *Documento final de la Cumbre Mundial 2005*. Párrafo 121.

laborales, adoptados en las Conferencias de la OIT, las convenciones relativas a refugiados y al asilo, los convenios del derecho internacional humanitario aplicables en caso de conflictos armados, los tratados que procuran prevenir o eliminar la discriminación racial, religiosa o de género, los que establecen una protección especial respecto a determinadas personas o grupos, los que castigan determinados crímenes contra la humanidad, etcétera.

En cambio, carecerían de rango constitucional los instrumentos que no son tratados, por ejemplo, las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas como la Declaración Universal de Derechos Humanos. El asunto, sin embargo, carece de importancia práctica toda vez que, por lo general, el contenido de esas resoluciones se ha ido incorporando después a tratados internacionales.

El tratado requiere, además, para que tenga rango constitucional, que haya sido ratificado por Chile y que se encuentre en vigencia. Respecto de este último requisito, creemos que la vigencia comprende tanto la internacional, la que se produce cuando el tratado ha entrado en vigor al haberse completado el número de depósito de instrumentos de ratificación o adhesión requeridos, como la interna chilena, la que se cumple con la promulgación del tratado y su publicación en el Diario Oficial.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez V., J., (2001). *Tratados internacionales y ley interna*.
- Anzilotti, Dionisio, (1905). *Il diritto internazionale nei giudici interni*. (Bologna), (1955). *Corso di diritto internazionale*. (Padova).
- Barros Jarpa, Ernesto, (1964). *Manual de Derecho Internacional Público*. (Santiago).
- Benadava, Santiago, (1921). *Sucesión Juan Gardai con Fisco*. *Gaceta de los Tribunales*.
- Benadava, Santiago, (1962). “*Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*”. En *Revista de Derecho, Jurisprudencias y Ciencias Sociales*, tomo LIX.
- Benadava, Santiago, (1992). “*Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*”. En *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago.
- Bertelsen, R., (1996). *Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno*. *Revista Chilena de Derecho*, año 23 N° 2 y 3, tomo 1.

- Bustos, Crisólogo, (1984). *La recepción del derecho internacional en el derecho constitucional chileno*. Revista Chilena de Derecho, núm. 523.
- Cumplido, F., (1991). “*Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos*”. En *Nuevas Dimensiones de la Protección del Individuo*. Santiago.
- Detzer, John, (1988). *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos*. (Santiago).
- Díaz A, R. (1991). “*La reforma al artículo 5º de la Constitución*”. En *Nuevas dimensiones de la protección del individuo*. Santiago.
- García Barzelatto, Ana María, (2006). *Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005*. Santiago. Revista de Derecho Público, año 68.
- Llanos, Hugo. (2005). *Teoría y práctica del derecho internacional*. Santiago, tomo I.
- Irigoyen, Jeannette y Muñoz, Andrea, (1977). *El derecho internacional en la Constitución Chilena de 1980*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. VI.
- Jiménez, E. (1979). *Caso Whitney con Robertson*. Montevideo. Curso de Derecho Internacional Público, tomo I.
- Kelsen, Hans. (1926). *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*. (RCADI, vol. 14). (1936) *La transformation du droit international en droit interne*. (RGDIP, vol. 34). (1949). *Teoría General del Derecho y el Estado (trad.)*. México. (1965). *Principios del Derecho Internacional Público (trad.)*. (Buenos Aires).
- Kelsen, Hans. (1965). *Principios de Derecho Internacional Público (trad.)*. (Buenos Aires).
- Kunz, Joseph. (1925). *La primauté du droit international*. (RDILC). y (1954). *Teoría del Derecho Internacional*. (CADDI, vol. II).
- Medina, Cecilia. (1994). *El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno, en Constitución, tratados y derechos humanos*. Santiago. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Nogueira, Humberto. (1996). “*Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*”. En Revista Chilena de Derecho, año. 23. N°2 y 3.
- Ríos, Lautaro. (1998). *Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos*. Gaceta Jurídica, núm. 215
- Scelle, George. (1932). *Précis de Droit de Gens*. (París, volumen I).
- Triepel, Heinrich. (1899). *Volkerrecht Und Lander Srecht*. Liepzig. (traducido al italiano como *Diritto internazionale e diritto interno*). Torino. (1913). Y al francés (1920). Como, *Droit International et Droit Interne*., y *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. París. RCADI, vol. I. año 1923.

Veloso, Adolfo. (1982). *Algunos problemas acerca de las relaciones del derecho internacional con el derecho chileno*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, núm. 165.

Verdoss, Alfred. (1974). *Derecho Internacional Público* (trad.). (Madrid).

Normativa citada

Carta de las Naciones Unidas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Constitución de Austria

Constitución de Ecuador

Constitución de España

Constitución de Francia de 1958

Constitución de Guatemala

Constitución de Honduras

Constitución de Italia

Constitución de México

Constitución de Nicaragua

Constitución de Panamá

Constitución de Portugal

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 2000

Constitución de la República Dominicana.

Constitución de la República Federal de Alemania

Constitución de la República Federativa de Brasil

Constitución de los Estados Unidos de América de 1776

Constitución de los Países Bajos

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados

Corte Permanente de Justicia Internacional

Pacto de la Sociedad de las Naciones

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Santiago. (1986). Sentencia de 11 de noviembre de 1986.

Corte Suprema. (1955). Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, segunda parte, sección primera.

Corte Suprema. (1984). Sentencia de 22 de octubre de 1984.

Tribunal Constitucional. Sentencia del 8 de abril de 2002. Relativa a la constitucionalidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Tribunal Constitucional. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

EL DERECHO INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO EN LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

INTERNATIONAL LAW AS A FOUNDATION IN THE FAILURES OF THE SUPREME COURT OF CHILE

ELVIRA BADILLA POBLETE¹

Resumen: En este trabajo se expondrá el uso que ha hecho la Corte Suprema (en adelante también La Corte) del derecho internacional como sustento normativo de sus decisiones en los últimos diez años. No es ajeno que los tribunales superiores en Chile y en particular la Corte Suprema, han venido de manera sistemática aplicando el derecho internacional como justificación y razonamiento de sus fallos. De tal manera que podemos afirmar que la Corte Suprema ha evolucionado hacia un mayor uso de dicho ordenamiento. Es por esto que revisaremos en este estudio, cómo dicho tribunal ha incorporado a sus pronunciamientos el derecho internacional, integrándolo cada vez más a sus decisiones. Comentaremos brevemente lo que nos ha parecido destacable de cada fallo citado en relación con el objetivo perseguido por este trabajo, cual es visibilizar cómo la Corte Suprema está utilizando el orden internacional en sus decisiones. Los casos elegidos no constituyen una primicia, pues la Corte Suprema ha venido de manera progresiva haciendo uso del derecho internacional, debido a que constituyen en sí una muestra de la forma en que está aplicando dicho orden de un modo más sustantivo que antaño.

Palabras claves: Aplicación del derecho internacional; Corte Suprema de Chile; relación derecho internacional/derecho interno.

Abstract: In this work the use made by the Supreme Court (hereinafter also the Court) of international law as a normative support of its decisions in the last ten years will be exposed. It is no stranger that the higher courts in Chile and in

1 Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile; Doctora en Derecho; Magister en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile; Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Católica del Norte. Email: ebadilla@ucn.cl . Este trabajo –con algunas adiciones y ajustes a la forma final que ha tomado– fue llevado a la Reunión del Grupo de Interés sobre Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional (GIReDIN) y de Cortes y Tribunales Internacionales, en el marco de la V Conferencia Bienal de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, (SLADI/LASIL) que se realizó en Buenos Aires, Argentina, en septiembre de 2018.

particular the Supreme Court, have been systematically applying international law as justification and reasoning for their judgments. In such a way that we can affirm that the Supreme Court has evolved towards a greater use of said order. That is why we will review in this study, how this court has incorporated international law into its pronouncements, integrating it more and more into its decisions. We will briefly comment on what we have found remarkable about each judgment cited in relation to the objective pursued by this work, which is to make visible how the Supreme Court is using the international order in its decisions. The chosen cases do not have a scoop, since the Supreme Court has come progressively making use of international law, because it has a sample of the way in which this order is being applied in a more substantive way than in the past.

Key Words: Application of international law; Supreme Court of Chile; relationship international law / domestic law.

I. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

La doctrina ha destacado la importancia de estudiar las decisiones de los Tribunales de Justicia de distintos países, pues nos muestran como la concretización del orden jurídico en dichas sentencias produce sus efectos de manera directa en los sujetos ya sea individual o colectivamente². Esta utilización del derecho internacional por parte de los Estados es también una forma de incorporación de dicho derecho a los órdenes internos. Además, debemos tener presente, que las decisiones de los tribunales superiores de justicia de los Estados constituyen actuaciones de éstos, por tanto, van igualmente desarrollando y configurando el derecho internacional en la medida que aplican las normas internacionales.

En nuestra Constitución no encontramos una norma que expresamente resuelva el tema sobre la incorporación del derecho internacional al derecho nacional, salvo para el caso de las normas internacionales sobre derechos humanos según lo expresa el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República³, lo que sin duda pone un foco de atención en las actuaciones jurisdiccionales de los tribunales superiores de justicia y el uso que hacen de este orden internacional en sus fallos.

Ciertamente no estamos en las primeras décadas del siglo XX en que la Corte Suprema homologaba los tratados a la ley, entendiendo que su aplicación e interpretación debe ser conforme a aquella, según es concebida en el artículo 1° del Código Civil o que una ley posterior puede derogar un tratado anterior⁴. Tampoco estamos en aquella época, en que la Corte Suprema de

2 Aguilar Cavallo, Gonzalo (2009). *La corte suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador*. Revista de Estudios Constitucionales, año 7 N° 1, pp. 91-136 (93).
Henriquez, Viña, Miriam, (2010). *Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de los derechos humanos en recursos de protección (1989-2010)*. Revista de Estudios Constitucionales, año 8 N°2, pp. 745-762 (745).

3 Véase Aldunate Lizana, Eduardo, (2010). *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. Revista Ius et Praxis, año 16, N°2, p. 185-210 (192). En el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile dispone “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

4 Fernández González, Miguel Ángel, (2010). *La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos*. Revista de Estudios Constitucionales, año 8 N° 1, pp. 425-442 (433-434).

Chile a través de sus fallos acudía al derecho internacional para justificar sus decisiones, no era una ardua tarea, pues excepcionalmente se recurría a aquel⁵. Sin embargo, podemos afirmar que actualmente no es así, los autores pueden discriminar en las sentencias que se elegirán para su estudio, pues ya no nos enfrentamos a un reducido número de fallos. Es por esto, que nuestros tribunales ordinarios han experimentado una apertura creciente hacia la aplicación del orden jurídico internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos⁶.

Pues bien, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido discutida y estudiada por la doctrina internacionalista y constitucionalista, no hay una respuesta uniforme al modo cómo el derecho internacional se incorpora a los órdenes internos. A pesar de ello, estimamos que más allá del aporte relevante de los autores a la discusión, la práctica de los Estados es determinante para el derecho internacional, por lo que, la forma en que los órganos estatales actúan frente a esta situación, es lo que nos ha llevado al estudio de la Jurisprudencia de la Corte Suprema en Chile, la que representa al Poder Judicial y por tanto sus fallos, como ya hemos visto, *inter alia*, a partir de los asuntos que han sido llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humano contra el Estado de Chile, hacen incurrir en una responsabilidad internacional al Estado cuando este ha violado alguna norma internacional.

Más allá de la discusión sobre la incorporación de un orden al otro o el estatus del que gozan las fuentes internacionales en el conjunto de fuentes de los derechos nacionales, es igualmente importante considerar que derecho internacional y derecho interno se complementan⁷, ya que no es posible considerar subsidiario el primero respecto del segundo. Esta relación es nítida cuando nos enfrentamos al derecho internacional de los derechos humanos y estimamos que se ve así reflejada por la jurisprudencia seleccionada, ya que la Corte busca la solución al problema concreto interpretando la norma

5 Correa, Rodrigo, (2001). *Análisis de Jurisprudencia de la Corte Suprema en 2001: Derecho Internacional*. Revista de Estudios de la Justicia N°3, año 2003, pp. 105-117. “Pocas son las ocasiones en que la Corte Suprema debe hacer aplicación del derecho internacional público (...)”.

6 Núñez Poblete, Manuel, (2009). *La función del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional práctica y principios metodológicos*. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 32, N°1, pp. 487-529 (491).

7 Nash, Claudio y Núñez, Constanza, (2017). *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile*. Revista Estudios Constitucionales, año 15 N°1, pp. 15-54 (18). Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100002> (Fecha de consulta, 10 de julio de 2018).

internacional y la nacional en un contexto que une ambos órdenes, de tal manera que busca la fórmula adecuada para integrarlos y dar respuesta a lo que le impone la Constitución, esto es, administrar justicia.

II. LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA

1. Derecho al recurso

Conociendo de un recurso de queja, en un fallo de 29 de abril de 2008, la Corte Suprema se pronuncia en dos considerandos sobre las normas internacionales de las que utiliza de fundamento para acogerlo, atendido que la recurrente habría sido afectada en su derecho al recurso:

“Que en numerosos tratados internacionales suscritos por Chile, ratificados y actualmente vigentes, y que tal como lo preceptúa el artículo 5° de nuestra Constitución Política, constituyen y forman parte de las leyes de la República, también se considera este derecho a tener un recurso en contra de las sentencias condenatorias o absolutorias en materia penal, es así como el artículo 8°, N° 2°, letra h), de la Convención Americana de Derechos Humanos llamado Pacto de San José de Costa Rica, estatuye que durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad, entre otras garantías mínimas, a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el párrafo 5° del artículo 14 que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley. Si bien este derecho no se encuentra expresamente contemplado en nuestra carta fundamental, resulta igualmente obligatorio porque los pactos mencionados fueron ratificados por Chile y se hallan actualmente vigentes, en virtud de lo prescrito en el artículo 5° de la Constitución Política de la República”.

Luego la Corte prosigue remitiéndose al Derecho Internacional en el motivo décimo catorce y señala lo siguiente:

“Que en armonía con la norma de reenvío ya citada, contenida en el artículo 50 de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que

prescribe: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que preceptúa: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d.- Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”; normativa de la que se desprende que se trata de un derecho esencial, como gozar de la asesoría técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio”⁸.

En definitiva, entendemos que la Corte, destaca la naturaleza del derecho que se reclama, esto es, un derecho humano consagrado en diferentes acuerdos internacionales y en cuya virtud el Estado de Chile está vinculado. Es por esto, que el derecho al recurso se encuentra fundamentado en las normas internacionales, que serían obligatorias en virtud del artículo 5º inciso segundo de la Constitución. Además, destacamos que la mención expresada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que se refiere como un tratado, que no lo es, pero cuyo valor jurídico ha devenido en vinculante como derecho consuetudinario⁹.

8 Corte Suprema (2008), Rol N° 6.053-07, 29 de abril de 2008 (Recurso de Queja), considerandos undécimo y décimo catorce. Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta: 30 de marzo de 2018).

9 Ver sobre el valor jurídico atribuido a la Declaración Universal de Derechos Humanos: Von Bernstorff, Jochen (2008). *The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law*. European Journal of International Law., volume 19, Issue 5, 1, pp. 903-924. Disponible en <https://doi.org/10.1093/ejil/chno69> (Fecha de consulta, 15 de mayo de 2018) y Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2013) *Reconocimiento del Ius Cogens internacional en el ordenamiento jurídico chileno*. Santiago, Chile. Tesis para optar al grado de doctor, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica

2. Los Derechos de los Tratados

De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de 8 de septiembre de 2008, considerando 20º de la sentencia de reemplazo, la Corte se hace cargo del Derecho Internacional invocando la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Indicando:

“Que, de esta manera solo cabe acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5º de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno y que invoca el Consejo de Defensa del Estado en resguardo de los intereses fiscales, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”¹⁰.

De este párrafo podemos ver que la Corte, invoca el derecho de los tratados y se remite al artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, en cuanto a que los Estados no pueden invocar sus normas internas para no cumplir el derecho internacional. Igualmente, la Corte considera que son obligatorias para el Estado de Chile -por sobre sus normas internas- no tan solo aquellas que emanan del derecho convencional, sino también aquellas normas de *ius cogens*. Señalando que estas normas deben tener aplicación preferente en el orden interno. De tal manera que constituirían un mandato para el juez.

de Chile, p. 467. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/2861> p. 172 nota 86. (Fecha de consulta, 15 de mayo de 2018).

10 C/L.A.S.R. y otros (2008). Corte Suprema, Rol N°6.308-07, 8 de septiembre de 2008 (Recurso de Casación, Sentencia de reemplazo), considerando 20º. Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta 30 de marzo de 2018).

3. Supremacía del Derecho Internacional

Conociendo de un asunto de carácter comercial, vía recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema entrega primacía a las normas internacionales, por sobre las leyes nacionales. Ya que se alegaba que el Convenio de Varsovia-La Haya de 1929, había sido derogado por el Código Aeronáutico de Chile. Sin perjuicio, de rechazar el recurso de casación por cuestiones formales, la Corte se pronuncia en el considerando quinto de su sentencia en virtud de la trascendencia de la controversia fundamental sobre la que discurre el asunto y, atendida la labor orientadora e inspiradora de la jurisprudencia que debe motivar el contenido de sus decisiones.

En efecto, en la causa rol N°4.394-05, la Corte señala que:

“La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de la buena fe y del cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de ius cogens codificados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, constituyendo una limitación implícita en el ordenamiento jurídico a todos los operadores jurídicos internos. De forma tal que para dejar de aplicar debidamente un tratado internacional corresponde que previamente sea denunciado conforme a las normas que regulan esta materia”.

Y agrega:

“Que por lo expuesto las normas del Convenio de Varsovia-La Haya están llamadas a regir en el caso de autos, con las modificaciones de los protocolos 1 y 2 de Montreal, que fueron debidamente sometidos a la aprobación nacional por medio de la ratificación y publicados en el Diario Oficial; normativa de carácter internacional que cobra aplicación directamente y por ser el derecho comúnmente aceptado por los estados en sus relaciones internacionales”¹¹.

Luego, un año después, reitera su jurisprudencia, en términos similares en un asunto de la misma naturaleza (de orden comercial) y en el que se discute igualmente sobre la norma aplicable al caso concreto. Esto se aprecia en la

¹¹ *Renta Nacional Compañía de Seguros Generales S.A. con American Airlines (2007)*: Corte Suprema, Rol N° 4394-05, 3 de julio de 2007 (Recurso de Casación), considerandos sexto y séptimo. Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta 30 de marzo de 2018).

sentencia de 24 de abril de 2008, donde la Corte, por vía de casación se pronuncia sobre el fondo, sin perjuicio de haber rechazado la casación por cuestiones formales y lo hace en el mismo sentido indicado en el párrafo anterior, que la jurisprudencia tiene un labor orientadora e inspiradora que debe motivar el contenido de sus decisiones y la trascendencia del asunto. En dicho fallo se pronuncia sobre la aplicación del derecho internacional por sobre el nacional. Y tal como lo había dicho en el caso citado precedentemente, le da primacía al derecho internacional reiterando sus motivaciones, ya citadas *supra*¹². Por esto la Corte en ambos fallos no acepta que una ley posterior pueda derogar un tratado anterior y que además se encuentra vigente. Así, podemos también concluir que la Corte sitúa la materia en un orden de relevancia pues se trata de una cuestión en que se superponen dos órdenes jurídicos.

4. La supremacía del Derecho Internacional

En un fallo de casación de 13 de enero de 2010, la Corte Suprema reitera su jurisprudencia, en materia de aplicación del Derecho internacional, nuevamente referido a la aplicación del Convenio de Varsovia y que no ha sido derogado por el Código Aeronáutico, replicando los mismos argumentos transcritos en los fallos citados *supra*¹³.

Deja claro que el Máximo tribunal de los tratados internacionales solo pueden ser aprobados por el Estado de Chile, modificados, o dejados sin efecto, según las normas internacionales pertinentes, como lo reconoce la Carta Constitucional¹⁴.

5. La Convención de los derechos del niño

Conociendo sobre la vía apelación de amparo, la Corte Suprema se pronuncia sobre la expulsión de un extranjero, dejando sin efecto finalmente el decreto de expulsión. Entre las motivaciones de la Corte está la mención expresa de

12 *Renta Nacional Compañía de Seguros Generales S.A. con Ceballos Pérez, Alejandro, Kintetsu World Express Chile Limitada* (2008): Corte Suprema, Rol N° 5300-2006, 24 de abril de 2008 (Recurso de Casación), considerandos quinto y sexto. Disponibles en: www.pjud.cl. (Fecha de consulta 30 de marzo de 2018).

13 *Consorcio Allianz de Seguros generales con Lan Chile S.A* (2010): Corte Suprema, Rol N° 3.069-08, 13 de enero de 2010 (Recurso de Casación), considerandos quinto y sexto. Disponible en www.pjud.cl (Fecha de consulta 30 de marzo de 2018).

14 De acuerdo al artículo 54 N° 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

la Convención de los Derechos del niño, atendido que el recurrente es padre de un hijo menor de nacionalidad chilena. Tal como se aprecia en el siguiente extracto del recurso:

“Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una pareja estable y un hijo menor de edad de nacionalidad chilena. De manera que de ejecutarse la medida ciertamente se lesionaría el interés superior del menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”¹⁵.

Es por esto que el no reconocimiento de la circunstancia que implica la existencia de un hijo de nacionalidad chilena implicaría violar los deberes internacionales del Estado, en particular la Convención de los Derechos del Niño. Este razonamiento, estimamos no es indiferente, puesto que pone de relieve los derechos de los niños y la familia por sobre otros intereses de protección del Estado.

6. Convención Americana de Derechos Humanos

Respecto a un fallo sobre reclamación de nacionalidad, en virtud del artículo 12 de la Constitución Política de la República de Chile¹⁶, la Corte motiva su sentencia, *inter alia*, acudiendo al artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalando¹⁷:

15 *L.L. con Departamento de Extranjería y Migración (DEM) del Ministerio del Interior y Seguridad Pública del Gobierno de Chile* (2013): Corte Suprema, Rol N°66-13, 9 de enero de 2013 (Recurso de Apelación Amparo), considerando sexto. Disponible en: www.pjud.cl. (Fecha de consulta, 30 de marzo de 2018).

16 Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Chile: “La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos”.

17 En numerosos fallos la Corte Suprema resuelve a favor de los reclamantes, sin acudir a las normas internacionales para resolver el asunto, *v. gr.* Corte Suprema, Rol N°8.562-09; 6.073-09; 8.808-10. Todos disponibles en: www.pjud.cl. Ver al respecto, Godoy Araya, R. y

“Que, finalmente, resulta también pertinente invocar la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al efecto, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. Como puede apreciarse, la nacionalidad es un derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada (...)”¹⁸.

7. Control de convencionalidad

En la sentencia sobre extradición de 19 de noviembre de 2013, la Corte se refiere expresamente al control de convencionalidad a que se ve obligado el juez sentenciador, para ello desarrolla sus argumentos en un extenso considerando:

“Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad. La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y *ius cogens*, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a

Didier Von Der Hundt, M. (2014). *Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013*. Anuario de Derechos Humanos, (10), pp. 139-150. doi:10.5354/0718-2279.2014.31702, p. 144.

18 E.A.R. (2013): Corte Suprema, Rol N°7.580-12, 22 de enero de 2013 (Reclamación de Nacionalidad), considerando octavo. Disponible en: www.pjud.cl. (Fecha de consulta: 30 de marzo de 2018).

los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso. Se desarrollará así un dialogo con las instancias internacionales que permita brindar un adecuado sentido y alcance a todas las fuentes del derecho nacional e internacional de los derechos humanos, sobre la base de los principios de máxima consideración, progresividad, no regresión y favor persona, única forma de evitar la responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos. Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprende: a) Considerar todo el sistema de fuentes del derecho, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde desarrollarla de oficio dentro de sus competencias, en aspectos procesales y sustantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los tribunales nacionales que son el garante natural, principal y primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario. Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7° y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1°, 8°, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2°, 5° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales. La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad, sino que requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos y llevar adelante una interpretación racional y razonada de lo que es la garantía en sí misma, para asegurarla en su integridad, sobre la base de disposiciones concretas, pero con la mirada puesta en su profundización y desarrollo. En otras palabras, se debe efectuar una interpretación racional, contextual, informada y responsable, con todos los textos nacionales e internacionales a la vista, considerando, como se ha dicho la naturaleza de los tratados, su objeto y fin, de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta. En el mundo actual todas las jurisdicciones reclaman un papel predominante en torno a la interpretación de los derechos y garantías fundamentales: primeros, únicos y finales. En realidad, todos tienen la

posibilidad de aplicarlos, y para ello, de interpretarlos, la diferencia estará en la competencia que le reconozca el ordenamiento jurídico para hacerlo. Los tribunales internos son los primeros llamados a reconocer, interpretar y aplicar los derechos y garantías constitucionales. Los tribunales nacionales tienen en su competencia un margen de apreciación tanto al establecer los hechos como el derecho, sin que pueda considerarse a los tribunales internacionales como una cuarta instancia que revise la sentencia, el procedimiento y todo el conflicto, fijando incluso nuevamente los hechos para decidir sobre la naturaleza y extensión de las garantías¹⁹.

Por consiguiente, nos interesa destacar que la Corte declara que el control de convencionalidad, al que según señala las jurisdicciones estatales están sujetas, no se satisface con la sola mención de los tratados internacionales pertinentes, sino que debe hacerse una interpretación razonada, contextual, informada y responsable y a la luz de los textos normativos internos e internacionales. Además, en dichos textos internacionales indica que es necesario considerar todo el sistema de fuentes del derecho internacional, mencionando el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Acertadamente se ha dicho que este desarrollo que hizo la Corte Suprema sobre el control de convencionalidad en la sentencia cuyo párrafo pertinente transcribimos *supra*, recoge la doctrina de la Corte Interamericana en la materia y agrega precisiones, como los elementos presentes en un control de convencionalidad²⁰.

19 *Solicitud de extradición de un ciudadano boliviano* (2013): Corte Suprema, Rol N°9.031-13, 19 de noviembre de 2013, considerando décimo segundo. Disponible en www.pjud.cl (Fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

20 Esta doctrina del Control de Convencionalidad se inicia de manera expresa por la Corte Interamericana con el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafos 124 y 125: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”. La Corte ha seguido desarrollando su doctrina sobre el control de convencionalidad, inter alia, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado

Si bien la Corte hace suyos los dichos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al control de convencionalidad, estimando que es una obligación del Estado de Chile efectuar dicho control y por ende de sus tribunales de justicia, hace igualmente referencia a otros criterios de interpretación de las normas de derechos humanos, cual es el margen de apreciación. En efecto, dice la Corte en las líneas finales de este extenso considerando duodécimo que los tribunales nacionales tienen un margen de apreciación tanto al establecer los hechos como el derecho, sin que pueda considerarse a los tribunales internacionales como una cuarta instancia.

Es importante tener presente que el margen de apreciación ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como un criterio de interpretación adicional a las reglas generales de interpretación de las normas de derechos humanos²¹, no así por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que contrariamente al tribunal europeo, no ha utilizado este criterio de interpretación aun en los casos en que se le ha invocado como ocurrió en la conocida sentencia *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*²².

Llama la atención entonces estas líneas finales en el párrafo citado del fallo de la Corte Suprema, que hace un largo tratamiento sobre el control de convencionalidad, ya que podría querer indicarnos la Corte que ella estima que dicho control de convencionalidad está limitado por el margen de apreciación que tienen los Estados en la aplicación de las normas de derechos humanos.

8. Normas convencionales aún no vigentes

En un asunto sobre tutela laboral, la Corte Suprema conociendo por vía de un recurso de unificación de jurisprudencia aplica las normas internacionales,

Alfaro y otros) vs. Perú pár. 128; Caso La Cantuta vs. Perú, párr. 173; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, párr. 176; Caso Mendoza y otros vs. Argentina, párr. 221; Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, párr. 124; Caso Brewer Carías vs. Venezuela, párr. 63; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, párrafos. 436, 461 y 464. Ver un desarrollo sobre este fallo de la Corte Suprema y el control de convencionalidad en Núñez Donald, Constanza (2015). *Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales*. Anuario de Derechos Humanos Nº 11 pp. 157-169, pp. 163-165. Disponible en <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37497>.

21 Benavides Casals, María Angélica, (2009). *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. Revista Ius et Praxis, año 15, Nº1 pp. 295-310 (299).

22 *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012, párrafo 170.

para razonar en relación a los criterios discriminadores contemplados en la ley laboral, estimando que la norma que los consagra no puede interpretarse de manera restrictiva, pues dice la Corte que una interpretación en dicho sentido de la norma laboral, iría en contra de la Constitución y normas internacionales, para el caso sería el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Además, utiliza como criterio de interpretación un acuerdo internacional, no ratificada aun por Chile, pero que permite, según la Corte, ilustrarla sobre lo que se ha entendido por discriminación, ya que la corte razona así en relación al artículo 2 del Código del Trabajo²³:

“Esta última cuestión resulta ser fundamental, por cuanto de entenderse que se trata de un catálogo cerrado o taxativo, la norma legal otorgaría una protección contra la discriminación más limitada que aquella que declaran otorgar tanto el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política, reforzado a su vez por el artículo 19 N° 2 de la misma –que garantiza la igualdad ante la ley–, como el Convenio 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el año 1958”²⁴.

Asimismo, en el párrafo siguiente la Corte transcribe el artículo 1° del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Chile, el que dispone sobre lo que para dicho convenio debe entenderse por discriminación. Y reforzando su interpretación sobre lo que se debe entender por actos discriminatorios, la Corte recurre a una convención no vigente y suscrita pero no ratificada por Chile²⁵, esto es apreciable en el párrafo siguiente:

“En el mismo orden de ideas, es posible citar el concepto de discriminación empleado por la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación

23 Art. 2 Código del Trabajo inciso cuarto: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” Disponible en www.bcn.cl

24 *Sindicato de Trabajadores Central de Restaurantes Aramark Limitada N° 2, Faena Collahuasi, con Aramark Servicios Mineros y Remotos Limitada* (2015): Corte Suprema de Chile, Rol N° 2.3808-14, (recurso de unificación de jurisprudencia), 5 de agosto de 2015, considerando 6º, Disponible en www.pjud.cl (Fecha de consulta: 10 de marzo de 2018).

25 Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 5 de junio de 2013. Sin vigencia aun. Suscrita por el Chile el 22 de octubre de 2015 y no ratificada. Disponible en www.oas.org (Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2018).

e intolerancia, adoptada por la Organización de Estados Americanos en sesión del 5/06/2013, la cual si bien no ha sido hasta la fecha ratificada por nuestro país, ilustra acerca de lo que en los últimos años se viene entendiendo por discriminación, en particular, en el concierto de países americanos”²⁶.

Finalmente, la Corte concluye que la interpretación correcta de la norma en cuestión es aquella que se hace, no solo a la luz de las normas legales sino constitucionales e internacionales, apoyándose como vimos en normas convencionales aun no vigentes, pero que reflejarían la práctica de los Estados en la materia, tal como se refleja en la sentencia del sindicato de trabajadores de Restaurantes Aramark Limitada:

“Que, en consecuencia, la correcta interpretación de la materia de derecho es aquella que determina que la protección a la garantía de no discriminación o principio de igualdad, otorgada por el procedimiento de tutela laboral –de conformidad a lo dispuesto en el artículo 485 inciso segundo del Código del Trabajo–, no queda limitada únicamente a aquellos actos discriminatorios basados en los motivos o criterios que expresamente prevé el artículo 2° inciso cuarto del Código del Trabajo, sino que se extiende a todas aquellas discriminaciones o diferencias arbitrarias, prohibidas por el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República y por el Convenio OIT N° 111 de 1958”²⁷.

9. Declaración de los Derechos del Niño

Por la vía de un recurso de queja, la Corte Suprema conoció un asunto de familia, en la que se discutió el cuidado de dos menores de edad, cuidado que fue entregado al padre en el Tribunal de Familia. Sin embargo, es la madre que recurre de queja ante la Corte Suprema en contra de una resolución de la primera Sala de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que rechaza un recurso de reposición respecto de la decisión de inadmisibilidad de un recurso de apelación, denegado por carecer de peticiones concretas.

La Corte Suprema rechaza el recurso de queja, sin embargo, decide actuar de oficio y entre las razones que esgrime para hacerlo, es la materia de que se

26 *Sindicato de Trabajadores Central de Restaurantes Aramark Limitada N° 2, Faena Collahuasi, con Aramark Servicios Mineros y Remotos Limitada* (2015), considerando 8°.

27 *Sindicato de Trabajadores Central de Restaurantes Aramark Limitada N° 2, Faena Collahuasi, con Aramark Servicios Mineros y Remotos Limitada* (2015), considerando 10°.

trata, pues se encuentra comprometido el interés superior del niño, principio consagrado en el derecho internacional y es por esto que la Corte señala:

“Que, en consecuencia, la cuestión procesal que se ventila en estos autos dice relación con una materia propia del derecho de familia. A este respecto, se reconoce en la doctrina y jurisprudencia, que la especialización del derecho en razón de su materia, deriva de la aplicación de ciertos principios o exigencias que deben concretarse en el ámbito procesal, donde se distingue con claridad, la judicatura especializada de familia, contexto donde se inserta la presente causa, en la que presiden ciertas máximas y valores que deben perfilar y asistir al juez en la interpretación de las normas procesales. Sobresale, con relevancia, el principio del interés superior del niño, consagrado en la Convención de Derechos del Niño de 1989, en el artículo 222 del Código Civil, y en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, que desde una perspectiva procesal, impulsa al juez a llevar el proceso con plena consideración del bienestar integral del menor, considerado en una visión amplia, de tal manera que se favorezca la tutela concreta de los derechos del menor, por sobre las formalidades procesales”²⁸.

Sin perjuicio de la mención escueta a la norma internacional, es interesante que la Corte fundamenta su actuar de oficio, en el principio del interés superior del niño, principio, que hemos visto desarrollado a lo largo de la literatura y la jurisprudencia nacional e internacional fue introducido por el Derecho Internacional en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959²⁹.

10. Organización de las Naciones Unidas

En el año 2016 la Corte Suprema conoció por vía de apelación de un recurso de amparo interpuesto a favor de Lorenza Cayuhuán, una mujer mapuche

28 *Queja contra Primera Sala Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2014): Corte Suprema, Rol N°6.352-14, 9 de junio de 2014, considerando 4°. Disponible en www.pjud.cl (Fecha de consulta: 12 de mayo de 2018).

29 Ver Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas mediante resolución 1386 (XIV) el 20 de noviembre de 1959: “Principio 2º: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. ; Principio 7º párrafo segundo: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

embarazada y que fue objeto de medidas de seguridad impuestas por parte de Gendarmería de Chile, ya que la amparada se encontraba bajo su resguardo. En resumen, en relación a los hechos que motivaron el amparo, la Corte declara acreditando que:

“Cayuhuán Llebul fue mantenida con grilletes -que ataban uno de sus pies a la camilla o cama, de la ambulancia u hospital, según el caso- al menos desde las 18:00 hrs. hasta las 19:00 hrs. del día 13 de octubre, durante su traslado del Hospital de Arauco hasta el Hospital Regional de Concepción, y desde las 22:00 hrs. del día 13 de octubre hasta al menos las 15:00 hrs. del día siguiente, desde que se reponen esas medidas por Gendarmería luego de su observación en el Hospital Regional de Concepción, hasta que es tratada en el Hospital de la Mujer. Todo lo anterior ocurre, no obstante que en el Hospital de Arauco ya se había diagnosticado que la amparada sufría “preclampsia” y, por ende, con riesgo para su vida como de la criatura que estaba por nacer, lo que permitía descartar que en esas condiciones pudiese intentar fugarse o evadir el cumplimiento de su condena, sea o no con ayuda de terceros”³⁰.

La Corte señala que:

“(…) la normativa interna antes enunciada es concordante con el Derecho Internacional. Así, el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, disposición que también contiene el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que, al estar contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente, tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental(…)”³¹.

Recuerda la Corte en el mismo motivo 8° de su fallo que el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en Chile, dispone que “El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes (...)”. Y la Corte, luego va más

30 *Apelación amparo a favor de Lorenza Cayuhuán* (2016): Corte Suprema, Rol N°9.2795-16, sentencia de 1° de diciembre de 2016, considerando 6°. Disponible en www.pjud.cl (Fecha de consulta: 12 de mayo de 2018).

31 *Apelación amparo a favor de Lorenza Cayuhuán* (2016), considerando 8°.

allá y se remite, a instrumentos internacionales emanados de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, esto es, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)³², esto se ve aplicado en la apelación de tal manera:

“Que, todavía más, el derecho internacional se ha preocupado por establecer reglas mínimas para el tratamiento de mujeres privadas de libertad y, en particular, para quienes de ellas se encuentren embarazadas, en período de lactancia o al cuidado de hijos menores.

En relación con las medidas de seguridad usadas contra la amparada en las circunstancias ya asentadas arriba, esto es, durante los traslados entre los recintos hospitalarios como durante su permanencia en los mismos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas de Mandela), en particular los artículos 47, 48 y 49(...)”³³.

Luego de transcribir íntegramente las tres Reglas mencionadas *supra*, la Corte se remite igualmente a otro instrumento internacional adoptado mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)³⁴ en particular la regla 24, y en referencia a un instructivo de Gendarmería, dice la Corte:

“(…) Dicho instructivo, amén de imponer formalidades que no parecen razonables en circunstancias médicas de urgencia, como una solicitud escrita fundada del facultativo, en el caso de la mujer embarazada privada de libertad, deja a la discreción de los funcionarios de Gendarmería actuantes el uso de medidas de coerción en los momentos anteriores y posteriores a la intervención médica directa, como ocurrió en este caso -durante los traslados y con posterioridad a la evaluación e intervención-, en circunstancias que las reglas 48 de las Reglas de Mandela y 24 de las Reglas de Bangkok, prohíben su uso, sin necesidad de requerimiento del médico tratante en los momentos anteriores, durante y posteriores al parto”³⁵.

32 Reglas aprobadas mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/175 de 17 de diciembre de 2015.

33 *Apelación amparo a favor de Lorenza Cayuhuán* (2016), considerando 10º.

34 Reglas aprobadas mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/65/229 de 16 de marzo de 2011.

35 *Apelación amparo a favor de Lorenza Cayuhuán* (2016), considerando 12º.

Posteriormente, la Corte declara que Gendarmería con sus actuaciones ha incurrido en un atentado contra el derecho de la amparada a vivir una vida libre de violencia, el que se encuentra garantizado por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer e igualmente indica que se ha violado la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, pues no se le dio a la amparada el trato diferenciado que correspondía en cuanto su ser mujer y su condición especial de parturienta y la Corte hace notar que esta Convención establece que la discriminación puede presentarse por cualquier distinción o restricción y prohíbe no solo los actos que tienen la intención de discriminar³⁶, sino también aquellos que, aunque no la tuvieren, el resultado de los mismos genera una discriminación, cita igualmente, el artículo 12.2 de la CEDAW³⁷.

La Corte en el considerando 14 de su fallo, recurre a varios instrumentos internacionales que no son tratados y recoge los conceptos en ellos utilizados para fundar su decisión:

“En tal sentido, es útil reseñar lo que ha establecido la Recomendación General N° 25 del Comité de la CEDAW: “un enfoque jurídico o pragmático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre las mujeres y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias...”.

(...) En concordancia con lo anterior, el principio segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece “que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes” y en el mismo sentido el principio 5.2 del Conjunto de Principios para la protección

36 Sobre discriminación múltiple y este fallo ver: Jopia, Valeria y Labbé, Natalia (2018). *Discriminaciones múltiples y la recepción en el Derecho Interno: el caso de Lorenza Cayuhuán*. Revista Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 16, N° 1, 2018 pp. 443 y ss. Disponible en: www.scielo.cl (Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2018).

37 *Apelación amparo a favor de Lorenza Cayuhuán* (2016) considerando 13° y 14°.

de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que “Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias”.

(...) Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en su artículo 3 (15) refiere que “las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los estados partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención ofrecen a esas madres y a su hijos”.

Como vemos la Corte hace una utilización de todo el espectro de fuentes que le ofrece el derecho internacional para fundar su razonamiento en cuanto a las violaciones a los derechos de la amparada, no limitándose como solía ser en décadas pasadas a solo aquellas normas contenidas en tratados vigentes en Chile o que eran reconocidamente parte del derecho internacional consuetudinario.

Finalmente, la Corte en su parte resolutive, decreta como medida que “La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquélla a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos”. Para la Corte entonces, estas Reglas emanadas de una resolución de la Asamblea General de Las Naciones Unidas serían vinculantes, pues ordena a un órgano del Estado de Chile, que debe actuar conforme lo dispuesto en dicho instrumento internacional. Igualmente ordena que “Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres”.

Por tanto, en virtud de su poder jurisdiccional, la Corte decide que la normativa internacional que vincula al Estado de Chile no queda acotada a las convenciones ratificadas por el Estado, sino que igualmente por aquellos

instrumentos emanados de un órgano de una organización internacional en la que el Estado de Chile es un miembro activo, como es la Organización de las Naciones Unidas.

11. Responsabilidad del Estado chileno

Por sentencia de 25 de junio de 2018, la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo contra una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que no acogió una acción civil deducida en contra del Fisco de Chile. Señala la Corte que la acción civil impetrada tiene por objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado, lo que resulta plenamente procedente, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de normas de derecho interno en conformidad a la Constitución Política de la República.

Estima también la Corte que es un derecho de las víctimas y sus familiares ser indemnizadas por la acción del Estado y que el fundamento de tal derecho emana de los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y las normas convencionales internacionales ratificadas por Chile. Nuevamente la Corte sostiene que el Estado de Chile no puede invocar su derecho interno para no cumplir con sus obligaciones internacionales, citando expresamente el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, quedando sujeto a incurrir en un hecho ilícito y comprometer la responsabilidad internacional del Estado si no obra conforme dicha norma³⁸.

La Corte igualmente, reforzando su análisis sobre la responsabilidad del Estado de Chile, cita el artículo 3º del Convenio IV de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907; el artículo 2, número 3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y cita el principio 15 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2005/35 de 19 de abril de 2005, nuevamente la Corte cita un instrumento internacional emanado de un órgano de las Naciones Unidas³⁹.

38 *G.C.H. y otros contra el Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema, Rol N° 1.013-18, 25 de junio de 2018 (Recursos de Casación), considerando cuarto y quinto. Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta: 30 de junio de 2018).

39 *G.C.H. y otros contra el Fisco de Chile* (2018), considerando sexto.

El hecho que sirve de fundamento para demandar la indemnización al Fisco de Chile fue la detención arbitraria e ilegal y, posterior, desaparición de don José Emiliano Cuevas Cuevas, ocurrido el año 1974, ilícito que fue perpetrado por agentes del Estado, condenándose a I.O.S. como coautor delito de secuestro calificado, según la normativa Penal en Chile y que además este delito fue calificado de lesa humanidad⁴⁰.

Refiriéndose la Corte al punto preciso de derecho que se le peticiona pronunciarse, señala que habiendo contradicción entre las normas civiles y las normas del derecho internacional de los derechos humanos se debe preferir a estas últimas:

“De este modo, en el presente caso no resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios en las que los jueces del fondo asilan su decisión, al estar en contradicción con las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile y que, sin perjuicio de la data de su consagración y reconocimiento interno, corresponden a normas de ius cogens, derecho imperativo internacional que protege valores esenciales compartidos por la comunidad internacional que ha debido ser reconocido por los jueces de la instancia al resolver la demanda intentada”⁴¹.

12. Inmunidad de jurisdicción de los Estados

En un recurso de queja deducido en el contexto de la ejecución de una sentencia laboral, por medio de la cual se condenó a la Embajada de México en Chile al pago de las prestaciones laborales de un trabajador, ordenándose la remisión del proceso declarativo al Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, para efectos de su liquidación y cumplimiento, declarándose este último incompetente, lo que fue confirmado en segunda instancia⁴², la sentencia que se recurre ha invocado el derecho internacional -el Art. 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas- para resolver

40 *G.C.H. y otros contra el Fisco de Chile* (2018), considerando segundo.

41 *G.C.H. y otros contra el Fisco de Chile* (2018) considerando quinto párrafo final.

42 *M. con Embajada de México* (2018): Corte Suprema, Rol N°8.750-18, 19 de junio de 2018, (Recurso de Queja), considerando cuarto. Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta: 25 de junio de 2018).

del modo que lo hizo, por lo que la discusión se suscita en relación con la interpretación de la norma internacional, en relación con la inmunidad de jurisdicción, para este caso, del Estado de México⁴³.

La Corte se pronuncia sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y su actual tratamiento por el derecho internacional, distinguiendo entre los actos de *iure imperii*, y los actos de *iure gestionis*, siendo en éstos últimos donde los Estados se someten a la jurisdicción del Estado receptor. Igualmente, considera que la interpretación del Art. 31 de la citada convención debe hacerse de manera restrictiva y por lo tanto la inmunidad consagrada allí no se extiende a los actos de gestión⁴⁴.

De la misma manera, estima que se lesionaría el principio de igualdad ante la ley y del debido proceso, interpretar la norma en un sentido diferente, haciendo en definitiva una interpretación pro trabajador, respetando de esta forma las normas sobre derechos humanos en la materia, que según estimamos, de manera implícita son llamadas por la sentencia, como se indica en los considerandos décimo y undécimo:

“De este modo, no es posible extender la prerrogativa de la inmunidad de jurisdicción que consagra la citada Convención a las obligaciones laborales emanadas del vínculo laboral que una Embajada mantuvo con una persona natural, por tratarse de un acto de gestión excluido del referido beneficio y que, por lo tanto, no lo exime de la obligación de comparecer ante la jurisdicción del país destinatario y ante los Tribunales del foro.

Que la interpretación contraria lesiona el derecho de igualdad y el del debido proceso, que obliga al Estado de Chile a garantizar el acceso efectivo a la justicia de todos sus habitantes, y especialmente de sus trabajadores, máxime si la denegación de jurisdicción, en la práctica, implica que el trabajador afectado habría de dirigirse a los Tribunales del Estado foráneo para conseguir su pretensión de cumplimiento de la sentencia judicial, con el consiguiente desgaste humano y financiero”⁴⁵.

43 *M. con Embajada de México* (2018), considerandos quinto y séptimo.

44 *M. con Embajada de México* (2018), considerandos octavo, noveno y décimo.

45 *M. con Embajada de México* (2018), considerandos décimo y undécimo.

13. Convención Interamericana de Derechos Humanos

Finalmente, en un asunto sobre cambio de nombre y de sexo registral, la Corte Suprema hace uso de todas las normas internacionales relativas a la materia para fundar su decisión.

Se trata de un conflicto sobre identidad de género, según la Corte, una cuestión que el orden jurídico interno no ha resuelto. Se trata de una persona transgénero femenina quien pide el cambio de nombre y por ende el de sexo, la cual no se ha realizado operación de reasignación sexual, habiendo sí efectuado tratamiento hormonal desde hace ya cinco años⁴⁶.

La Corte hace suyo el concepto de identidad de género vertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva de OC 24/2017 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo y el de la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el concepto de identidad de género, que igualmente cita en su considerando sexto. Además en relación a la Opinión Consultiva citada, hace uso de esta fuente jurisprudencial de manera extensa en su fallo de casación⁴⁷.

En relación al valor de la Opinión consultiva para el Estado de Chile, la Corte nos recuerda que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva, tiene carácter de interpretación autoritativa⁴⁸.

Haciendo presente que la falta de legislación que resuelva el problema que se presenta para el caso que da lugar a este asunto, declara que la solución debe ir de la mano de la interpretación de la normativa vigente, la que debe hacerse en conformidad al derecho internacional, y nuevamente la Corte, procura el pleno respeto a las normas de derecho internacional de los derechos humanos, aludiendo:

46 NN (2018): Corte Suprema, Rol N°7.0584-16 (sobre cambio de nombre y sexo), 29 de mayo de 2018, considerando tercero. Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta. 31 de mayo de 2018).

47 NN (2018): Ver considerando octavo.

48 NN (2018), considerando octavo.

“Que el Estado de Chile se ha obligado, a través de la ratificación de distintos tratados de derechos humanos, con la obligación de no-discriminación y la garantía de los derechos humanos para todas las personas “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Art. 1.1 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Estas obligaciones vinculan a todos los órganos del Estado, incluyendo a esta Corte Suprema, tal como se establece en el Artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República(...)”⁴⁹.

La Corte Suprema cita la Jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso en estudio, Atala Riffo⁵⁰ y otras contra Chile, para destacar que de acuerdo a dicho fallo internacional, la orientación sexual e identidad de género de las personas, son categorías protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Y nuevamente, la Corte recurre a una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, haciendo además presente, en esta ocasión que la Declaración fue aprobada con voto de Chile. Se trata de la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, (diciembre 2008) reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Se apoya además en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las leyes internacionales de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Aparece nuevamente la referencia a instrumentos internacionales que no son tratados o normas consuetudinarias, sino *soft law*.

Al señalar la Corte que el Estado de Chile ha firmado la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia el 22 de octubre de 2015 y que según el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la firma obliga a los Estados a no contravenir el objeto y fin del tratado, el que sería según la Corte, “el objeto y fin del

49 NN (2018), considerando octavo.

50 Se debe tener presente que la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones han venido citando la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera progresiva durante este milenio, lo que no es inesperado atendido el aumento de los asuntos que está conociendo dicha Corte internacional y como ha ido asentando su jurisprudencia.

tratado, derivado de su título, preámbulo, obligaciones centrales y sentido global, es la prevención, eliminación, prohibición y sanción de actos y manifestaciones de intolerancia y discriminación”, estimamos que la Corte en este asunto, hace un tratamiento más acabado de los conceptos propios del derecho Internacional, pues hace la diferencia, entre un tratado firmado y uno ratificado⁵¹.

En esta reciente sentencia, la que además fue muy comentada más allá del ámbito jurídico en Chile, la Corte Suprema resuelve de acuerdo a lo que el derecho internacional ha dispuesto en la materia. Estando sujetos los Tribunales de Justicia en Chile al principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 de la Constitución Política,⁵² la Corte no duda en aplicar las normas internacionales que obligan al Estado de Chile. Por lo tanto, entendemos que el mensaje que envía la Corte, aunque sus sentencias no son vinculantes para la judicatura, es que el juez hoy en Chile debe buscar la solución al asunto cuyo conocimiento se le ha entregado, no solo en las normas emanadas del legislativo interno, sino también aquellas provenientes del derecho internacional⁵³.

CONCLUSIONES

La Corte Suprema de Chile, en los últimos diez años ha hecho una aplicación sustantiva del derecho internacional para fundar sus fallos y no solo se ha quedado en la mención de dichas normas.

Asimismo, en la aplicación de las normas de derecho internacional ha abarcado diversos ámbitos, así en los asuntos expuestos que son de carácter civil, comercial, laboral, de familia y penal, la Corte ha recurrido a ellas.

De la misma manera, vislumbramos que la Corte, en situaciones en que está involucrada la dignidad humana, realiza sus mayores esfuerzos para

51 NN (2018), considerando octavo.

52 Art. 76 inciso segundo Constitución Política de la República de Chile: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

53 Ver sobre la misma materia, esto es, cambio de nombre y de sexo registral, dos sentencias de la Corte de Apelaciones de La Serena, resolviendo en el mismo sentido que el Máximo Tribunal, Sentencia de 26 de junio de 2018, Rol N°408-18 y sentencia de 24 de julio de 2018, Rol N°573-18 y que se proveen del orden internacional para sus argumentaciones.

resguardar dicha dignidad y por tanto cumplir con el mandato del pleno respeto a los derechos humanos de la persona humana, que le impone el derecho internacional al Estado de Chile.

Respecto al principio de inexcusabilidad se ha visto afectado por la Corte Suprema en sus más recientes fallos, pues ha dicho al resto de los jueces que están bajo su facultad conservadora, que para no violentar dicho principio los jueces están obligados a recurrir al orden internacional.

La Corte Suprema reconoce el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como una norma superior y lo aplica reiteradamente. Igualmente, la Corte ha utilizado toda la gama de fuentes del Derecho Internacional. Las contempladas en el Art. 38 del estatuto de la Corte internacional de Justicia y aquellas que no están ahí, como las resoluciones de una organización internacional incluso se ha apoyado en normas de *soft law*, como los Principios de Yogyakarta o un tratado no ratificado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cavallo, Gonzalo, (2009). *La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador*. Revista de Estudios Constitucionales, año 7, N°1.
- Aldunate Lizana, Eduardo, (2010). *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. Ius et Praxis, año 16, N°2.
- Benavides Casals, María Angélica, (2009). *El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos*. Revista Ius et Praxis, año 15, N°1.
- Bernstorff Von, Jochen, (2008). *The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law*. European Journal of International Law, año 19, issue 5, 1. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn069>.
- Correa G., Rodrigo, (2003). *Análisis de Jurisprudencia de la Corte Suprema en 2001: Derecho Internacional Público*. Revista de Estudios de la Justicia, N°3.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid, (2013). *Reconocimiento del Ius Cogens internacional en el ordenamiento jurídico chileno*. Santiago, Chile. Tesis para optar al grado de Doctor, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/2861>.

Fernández González, Miguel Ángel, (2010). *La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos*. Revista de Estudios Constitucionales, año 8, N°1.

Godoy Araya, R., y Didier Von Der Hundt, M., (2014). *Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013*. Anuario de Derechos Humanos. N°10. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2014.31702>.

Henríquez Viñas, Miriam, (2010). *Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989-2010)*. Revista de Estudios Constitucionales, año 8, N°2.

Jopia, Valeria y Labbe, Natalia, (2018). *Discriminaciones múltiples y la recepción en el Derecho Interno: el caso de Lorenza Cayuhuán*. Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, año 16, N°1. Disponible en: www.scielo.cl.

Nash, Claudio y Núñez, Constanza, (2017). *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile*. Estudios Constitucionales, año 15, N°1. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100002>.

Núñez Donald, Constanza, (2015). *Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales*. Anuario de Derechos Humanos, N°11. Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37497>.

Núñez Poblete, Manuel, (2009). *La función del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional práctica y principios metodológicos*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 32, N°1.

Jurisprudencia citada

Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 2006. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

Apelación amparo a favor de Lorenza Cayuhuán (2016): Corte Suprema, Rol N°92.795-16, 1° de diciembre de 2016, considerando 6°. Disponible en: www.pjud.cl.

Consortio Allianz de Seguros Generales con Lan Chile S.A (2010): Corte Suprema, Rol N°3069-08, 13 de enero de 2010 (Recurso de Casación). Disponible en: www.pjud.cl

- Contra L.A.S.Ry otros (2008)*: Corte Suprema de Chile, Rol N°6.308-07, 8 de septiembre de 2008 (Recurso de Casación, Sentencia de reemplazo). Disponible en: www.pjud.cl.
- Corte Suprema (2008), Rol N°6.053-07, 29 de abril de 2008 (Recurso de Queja). Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta: 30 de marzo de 2018).
- E.A.R.* (2013): Corte Suprema, Rol N°7.580-12, 22 de enero de 2013 (Reclamación de Nacionalidad). Disponible en: www.pjud.cl.
- G.C.Hy otros contra el Fisco de Chile (2018)*: Corte Suprema, Rol N°1.013-18, 25 de junio de 2018 (Recurso de Casación). Disponible en: www.pjud.cl.
- L.L. con Departamento de Extranjería y Migraciones del Ministerios del Interior y Seguridad Pública del Gobierno de Chile (2013)*: Corte Suprema, Rol N°66-13, 9 de enero de 2013 (Recurso de Apelación Amparo). Disponible en: www.pjud.cl
- M. con Embajada de México (2018)*: Corte Suprema, Rol N°8750-2018 (Recurso de Queja). Disponible en: www.pjud.cl.
- NN (2018)*: Corte Suprema de Chile, Rol N°7.0584-16, 19 de junio de 2018 (sobre cambio de nombre y sexo) sentencia de 29 de mayo de 2018. Disponible en: www.pjud.cl (Fecha de consulta 31 de mayo de 2018).
- Queja contra la Primera sala Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2014)*: Corte Suprema, Rol N°6.352-14, 9 de junio de 2014. Disponible en: www.pjud.cl.
- Renta Nacional Compañía de Seguros Generales S.A con Ceballos Pérez, Alejandro Kintetsu Worl Express Chile Limitada (2008)*: Corte Suprema, Rol N° 5.300-06, 24 de abril de 2008 (Recurso de Casación). Disponible en: www.pjud.cl.
- Renta Nacional Compañía de Seguros Generales S.A con American Airlines (2007)*: Corte Suprema, Rol N°4394-05, 3 de julio de 2007 (Recurso de Casación). Disponible en: www.pjud.cl.
- Sindicato de Trabajadores Central de restaurantes Aramark Limitada N°2 Faena Collahuasi, con Aramark Servicios mineros y remotos Limitada (2015)*: Corte Suprema de Chile, Rol N°2.3808-14, 5 de agosto de 2015 (Recurso de Unificación de Jurisprudencia). Disponible en: www.pjud.cl.
- Solicitud de extradición de un ciudadano boliviano (2013)*: Corte Suprema, Rol N°9.031-13, 19 de noviembre de 2013. Disponible en: www.pjud.cl.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

INTERNATIONAL TREATIES IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS AND THEIR RELATIONSHIP WITH THE POLITICAL CONSTITUTION OF THE REPUBLIC

MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES CASALS¹

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo entregar una comprensión del artículo 5° que permita una convivencia armónica y compatible entre las normas convencionales internacionales y las constitucionales que establecen derechos humanos, planteando de esta manera una herramienta teórica para ser aplicada judicialmente, en los casos de conflicto entre normas de los mencionados órdenes jurídicos. Para esto se recordará el desarrollo histórico del artículo 5° Constitución Política de la República; las normas internacionales aplicables en este supuesto conflicto y finalmente una propuesta de solución que armoniza ambos ordenamientos.

Palabras clave: Tratados Internacionales, Derechos Humanos, Constitución Política de la República y ordenamientos.

Abstract: The present work only aims to provide an understanding of article 5 that allows a harmonious and compatible coexistence between international conventional and constitutional norms that establish human rights, thus raising a theoretical tool to be applied judicially, in cases of conflict between rules of the aforementioned legal orders.

Key words: International Treaties, Human Rights, Political Constitution of the Republic and regulations.

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho y LL.M. Eur. por la Universidad del Sarre, Alemania, Diplomada en Derecho Europeo mención en Derechos Humanos por la misma universidad. Directora de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Profesora de Derecho Internacional Público.

I. HISTORIA

En general el tratamiento que la Constitución chilena hace del Derecho Internacional Público (en adelante DIP) es pobre. No existe en la Constitución actual, y menos en la original de 1980, un marco general y sistemático de la forma en que ambos derechos se relacionan.

Si la Constitución del 80 original no contenía una decidida opción por abordar el DIP en todas sus aristas, como fuentes, órganos, etcétera, tampoco se ha logrado en las múltiples reformas realizadas hasta la Constitución del 2005 y ella hasta nuestros días.

Las razones para esta falencia constitucional pueden ser en primer lugar políticas: una mala comprensión de los beneficios que trae la claridad en la inserción de Chile en el mundo, mediante un régimen jurídico claro. Y en segundo lugar jurídicas: si bien mediante la judicatura nacional se han dado pasos importantes para asimilar fuentes no mencionadas en la Constitución, como la costumbre, existe cierto grado de desconocimiento de este especial derecho, de su naturaleza, de sus reales exigencias, incluso de su historia y su formación, que influyen indefectiblemente en su aplicación y sobretodo que este Derecho no constituye una “competencia” con el derecho nacional.

Si el DIP, en general, es mayoritariamente preterido en la norma fundamental, el tema de los DDHH, si bien expreso en su vertiente convencional, es aún de muy insuficiente tratamiento.

La idea de los derechos fundamentales o naturales, como parte esencial de la Constitución, recorrió siempre la discusión llevada adelante para su elaboración². La Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (en adelante CENC) debatió sobre el fundamento y fin del Estado, concluyendo que este está al servicio de la persona, sujetándose para ello a los derechos que emanan de la naturaleza humana³. Una referencia a los derechos que, emanando de la naturaleza humana, estuviesen contenidos en tratados internacionales fue solo una iniciativa, que no prosperó, propuesta por el comisionado Ortúzar⁴.

2 Historia del artículo original. Constitución Política de la República. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&eh=True>>

3 Aldunate L. Eduardo, (2008). *Derechos Fundamentales*. (Santiago. Ediciones Legal Publishing, primera edición), pp. 316 y ss.

4 Aldunate L. Eduardo, (2008). *Derechos Fundamentales*. (Santiago. Ediciones Legal Publishing, primera edición), *ibid*, p. 311.

Esta alusión fue perdiéndose en las sesiones, hasta quedar como fin del Estado el estar al servicio de la persona humana, lo que implica el respeto y protección de los derechos que emanan de su naturaleza. Esta referencia a la naturaleza humana es una decisión ideológica iusnaturalista⁵.

Sin perjuicio que, desde una perspectiva contemporánea, resultaría evidente que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales podrían también referirse a ese tipo de derechos, y esa sería una razón para excluirlos, la realidad de las circunstancias políticas en que se redactó la constitución de 1980, nos señala que ésta línea de argumentación no era parte del acervo social y jurídico mayoritariamente presente en el país y no se plasmó finalmente en los trabajos de quienes fueron miembros permanente de la Comisión. La década de 1980 estuvo impregnada de la idea que los tratados no eran más que leyes con diversas formas de origen y cumplimiento⁶. Y que además debían sujetarse a determinados procesos propios de la tramitación de estas últimas, para estar vigentes. Tal era el caso de la publicación como forma de conocimiento y sobre todo de vigencia del tratado. Esto último, en una directa contravención –o desconocimiento– al Derecho Internacional convencional, que rige desde su ratificación.

Los instrumentos internacionales sí estuvieron, aunque solo para efectos ordenadores, presentes en el estudio del artículo 19 sobre derechos fundamentales. De esta manera la Declaración Universal de los Derechos Humanos se tuvo a la vista teniendo un rol de orden y categorización de los derechos en sus diversas generaciones y naturalezas protectoras⁷.

Es así como el texto de los artículos 1° y 5° quedaron finalmente sin referencia alguna a los derechos humanos en el plano internacional:

Artículo 1°.- “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

- 5 Consideramos sin embargo, que esta opción iusnaturalista, se entiende fuertemente restringida por la decisión constitucional de limitar esos derechos naturales a aquellos que están efectivamente reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados. Es decir, es un camino intermedio entre principialismo y derechos efectivamente reconocidos. Sin embargo, este tópico excede los márgenes de este trabajo.
- 6 Ver Bruna Contreras, Guillermo, (2003). *Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1980. Jurisprudencia en la década de 1981-1989*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1. Nogueira Alcalá, Humberto, (2003). *Los Derechos Esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1.
- 7 Aldunate L. Eduardo, (2008). *Derechos Fundamentales*. (Santiago. Ediciones Legal Publishing, primera edición), *op. cit.* p. 32.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Artículo 5º.- “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

La década de 1980 no se caracterizó en lo judicial, por una protección decidida de los DDHH mediante la efectiva aplicación de los instrumentos convencionales internacionales vinculantes para el Estado. Argumentos formalistas, atendida la naturaleza de ley que se les atribuía, eran los fundamentos para desechar su aplicación (falta de publicación posterior a su ratificación), sumado el contexto político que instaba a ello.

Sumado a estas razones formales y al contexto político, estos tratados internacionales en materia de derechos humanos no fueron gravitantes ni para una protección en un contexto social en el que hubiesen tenido importancia para equilibrar el escenario político, ni desde la perspectiva teórica que abordara su discusión como Derecho vinculante.

La reforma del año 1989 vino a reparar en parte el silencio de la Constitución original⁸. Si bien ella solo permitió la incorporación expresa de los tratados

8 Andrade Geywitz, Carlos, (2003). *La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la constitución: sentido y alcance de la reforma. doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1. Cumplido Cereceda, Francisco, (2003). *La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º*

internacionales en materia de derechos humanos como límite al ejercicio soberano, hizo posible ampliar el universo sustantivo de aquellas normas que, contendiendo derechos, limitaban el actuar de los órganos del Estado.

Sumado a esto, consideramos que se dieron dos mensajes. En primer lugar, sobre la importancia de la incorporación de Chile al concierto internacional sea universal desde Naciones Unidas, y regional desde la OEA. Y en segundo lugar la insoslayable necesidad de los esfuerzos colectivos para reforzar los textos nacionales en orden a la protección de los derechos humanos.

Sin perjuicio de la importancia de esta inclusión, la señalada reforma de 1989 trajo como consecuencia diversos problemas en la relación del derecho nacional y el internacional. El paso de la dictadura a la democracia trajo consigo mayores demandas, no resueltas, sobre una clara interacción entre ambos órdenes.

Entre estos problemas se cuentan, por ejemplo, la falta de referencia a otras fuentes del Derecho Internacional fuera de las convencionales, tales como la costumbre y los principios generales, que también contienen, algunos de ellos, derechos humanos. Además, omitió el papel de los tratados que no se refieren a derechos humanos, sumando de esta manera discusiones en torno al derecho internacional.

Por otra parte, la reforma, con la inclusión del procedimiento de tramitación de los tratados en el Congreso, antes de quedar en estado de ser ratificados por el Presidente, vino a entregar fundamentos legales a quienes sostenían su rango legal. Algunos señalaban que sujetarse al procedimiento de formación de ley, reforzaba la naturaleza legal de los tratados.

Con la reforma del año 89, el artículo 5° quedó de la siguiente manera:

Artículo 5°.- “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución,

del artículo 5° de la constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia. Revista Ius Praxis, año 9, N°1.

así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Dada esta situación, la jurisprudencia continuó teniendo una actitud vacilante sobre el cómo aplicar los tratados⁹. Y la doctrina se enfrascó en una discusión aún no zanjada sobre la jerarquía¹⁰. Manteniendo posturas desde rangos supraconstitucionales de los tratados de DDHH hasta aquellas que seguían manteniendo el rango legal. Consideramos esta perspectiva “jerarquizante” un error de la doctrina, tema al que volveremos más abajo.

Luego, el año 2005, habiendo sido una oportunidad para aclarar puntos sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional, si bien se avanzó, no dispuso todas las dudas ni dio un marco claro sobre la interacción de ambos derechos.

Dentro de las pocas normas que actualmente contiene la Constitución relativas al derecho internacional se encuentran las que pasamos a señalar.

II. ACTUALES NORMAS CONSTITUCIONALES QUE ABORDAN LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y EL INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LOS DDHH.

Si bien desde el año 2005 Chile cuenta con una estructura algo más completa comparada con la Constitución de 1980 sumado a la reforma del año 1989, aún es insuficiente para tener mayores claridades sobre la compleja interacción entre ambos órdenes normativos. Las principales normas son el artículo 5° y el 54 de la CPR.

Sobre el artículo 54, este contiene desde el año 2005 importantes contenidos en materia de tratados, que si bien no dicen relación directa con los especiales

9 Peña Torres, Marisol, (2005). *La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales*. Revista Estudios Internacionales, año 38, N°151, p. 47.

10 Pfeffer Urquiaga, Emilio, (2003). *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1.

Nogueira Alcalá, Humberto, (2003). *Los Derechos Esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1, *op. cit.*

a que hace alusión el artículo 5°, permite algunas claridades en la relación entre ambos derechos, dejando sin embargo, aún algunas lagunas¹¹.

No obstante ello, este trabajo pretende, dentro de esas luces y sombras de la CPR, entregar una solución de convivencia ajustada a derecho.

1.- Artículo 5° como límite al ejercicio soberano.

Como se ha señalado el actual artículo 5° dista mucho del original de la Constitución de 1980 tal cual fue definido por la Comisión de Estudios.

La inclusión, el año 1989, de los derechos que, emanando de la naturaleza humana, estén contenidos en los tratados y en la Constitución, constituyan el límite al poder soberano, es un avance normativo y político ejemplar.

Sin embargo, este artículo ha permitido también una persistente e inconducente discusión sobre la jerarquía. Discusión que de alguna manera significa, para los que participan de ella, que ambos órdenes compiten. Esto no es así bajo ningún punto de vista. No solo por el análisis que a continuación haremos, así como la posterior propuesta de vía de compatibilidad. Además, Chile ha mostrado una tendencia satisfactoria de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Razones de orden normativo nacional e internacional desmienten una competencia entre ambos ordenamientos.

Jurídicamente nada obliga a un Estado a suscribir un tratado. En general el Derecho Internacional está concebido como un derecho a la carta. Si nos referimos a los Estados como sujetos de DIP, debemos aceptar que esto no es otra cosa que el consentimiento expreso en el caso de los tratados escritos, mediante la ratificación, lo que marca el inicio de la vinculación y por ende de la obligatoriedad jurídica. El artículo 5° permite una vez ratificado el tratado, es decir, manifestado el consentimiento estatal de vincularse jurídicamente por una norma convencional internacional, establecer un límite en el actuar de aquellos que ejercen potestades públicas. No establece preferencia normativa. No es posible desde el DIP señalar que dicha norma interna le entrega supremacía; así como desde el Derecho Constitucional, no es simple afirmar que, si el artículo habla de límite en el ejercicio de potestades

11 Consideramos que el artículo es poco sistemático y aglomera normas, importantes, pero sin una adecuada estructura. Sin embargo, como ya se señaló este no es un trabajo de *lege ferenda*, más bien es de análisis de la actual normativa constitucional.

públicas (derechos que positivizados en tratados o en la CPR emanen de la naturaleza humana) se prefiera al derecho interno frente al internacional. Solo señala que considerado un caso en el que el agente estatal deba actuar, es imprescindible que el límite que no puede traspasar es el de los derechos mencionados. Es por lo tanto la propia Constitución la que ordena la necesidad de interacción entre ambos ordenamientos.

El Derecho Internacional y en particular el sistema interamericano, sustenta esto en el artículo 2 de la Convención Interamericana. Lo mismo hace el Derecho Internacional general mediante los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, explicitando la obligación de cumplir, pero sin señalar el cómo, lo que queda, como veremos más adelante, a discreción estatal. El mandato constitucional –y como veremos coherente con el internacional– es el de establecer un límite al ejercicio del poder, el que radica en los derechos de las personas que se recogen tanto en el catálogo constitucional como en los incorporados en los tratados internacionales vigentes para Chile.

La discusión a la que conduce el artículo está siempre dirigida al rango y jerarquía de los tratados en relación con el derecho nacional, planteándose así la disputa sobre la prevalencia que esa norma entregaría a uno u otro ordenamiento. Diversos autores discuten y reclaman para sí la real interpretación del artículo en comento. Y persisten las teorías jerarquizantes sobre la posición de los tratados en derechos humanos en la pirámide normativa.

Esta es una discusión errada, que no se condice con la opción estatal ni con el derecho internacional reflejado en las obligaciones convencionales que ligan a Chile.

2.- Artículo 54° CPR. Opción por el dualismo

La decisión del constituyente ha sido la de mantener la norma internacional como tal, incorporándola con su naturaleza de Derecho Internacional. Los estados al crear el DIP no han establecido una forma única de incorporar este derecho a sus órdenes internos¹².

El Estado de Chile excluyó como forma de incorporación la transformación, lo que mantiene a la norma internacional como tal. Esto se aprecia en el artículo 54 de la CPR.

¹² Dóhring, (2005). *Völkerrecht*, C. F. Müller, Verlag, pp. 302 y ss.

Artículo 54 N. 1° inc. 1. “Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

Artículo 54 N° 1 inc. “Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

Lo que ya había sido acertadamente anunciado por el Tribunal Constitucional¹³ sobre la diversa naturaleza de las normas nacionales e internacionales, queda plasmado claramente tanto en este inciso 1 como en el 5 que, complementándose, entregan la certeza de su diversa naturaleza. Es así como se recoge el dualismo –moderado en el caso chileno–, según el cual ambos órdenes son diversos, y no tienen básicamente, desde los efectos y las interacciones que sean posibles, la capacidad de afectarse mutuamente. Esto salvo disposiciones expresas en contra de los tratados o bien de las normas internas.

3.- Normas internacionales referidas a la relación entre el derecho nacional y el internacional: artículo 26 y 27 de la Convención de Viena y 2 de la Convención Interamericana de DDHH.

La especial conformación del Derecho Internacional, se manifiesta en cada fuente, tanto en su origen, aplicación como en su extinción. El consentimiento, como fundamento de su existencia y vigencia es el reflejo de cómo esta sociedad internacional, eminentemente heterogénea, alcanza acuerdos y compromisos jurídicos. Esto es un elemento subyacente al análisis tanto de sus normas como la interacción con el derecho nacional. Resulta casi inoficioso recordar que, si los estados supusiesen una jerarquía superior de las normas internacionales sobre sus ordenamientos internos, y por tanto una aplicación siempre preferente del DIP por sobre normas nacionales, resultaría altamente dudosa la ratificación de varios instrumentos de DIP. Pero al parecer es necesario recordarlo, y evitar posturas extremas donde el DIP no solo no las pide, sino que además, como en el caso del sistema interamericano, reconoce la existencia de normas nacionales que deben

13 Peña Torres, Marisol, (2005). *La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales*. Revista Estudios Internacionales, año 38, N°151, *op. cit.*, p. 48.

ser respetadas y acatadas para el propio cumplimiento de la Convención Interamericana. El ámbito de los derechos humanos debe ser apreciado desde esta perspectiva. Ellos nacen de reivindicaciones nacionales, crecen y se configuran impregnados de un ethos nacional, con especiales elementos culturales y sociales propios de las sociedades nacionales¹⁴.

Solo una sesgada o miope visión sobre la riqueza de la interacción de ambos órdenes puede conducir a aspiraciones contumaces de preferencia del derecho internacional sobre el nacional, y sobre todo en ese sospechoso señalamiento de la existencia de fórmulas dadas por el DIP en el cumplimiento de las obligaciones. Esto no es así. Más bien, lo que hay es un desafío de coordinación y compatibilización. No se debe olvidar que en casos como Chile, y este es un análisis desde la perspectiva del derecho chileno, conoce en su catálogo constitucional los derechos contenidos en las obligaciones internacionales. Sea directa o derivadamente.

Si la relación entre ambos derechos se solucionase llanamente con la supremacía del DIP, serían innecesarias las discusiones doctrinarias y las posturas judiciales en los distintos países. Precisamente, como el derecho internacional deja en manos de los estados tanto la relación entre ambos ordenamientos, como la forma en que se cumplen sus disposiciones en el ámbito interno, es que esta es una materia que cada estado debe abordar desde su muy particular identidad y normas constitucionales. Lo que no puede significar jamás, por disposición del artículo 26 de la Convención de Viena, el que dispone el cumplimiento de lo pactado, un incumplimiento de mala fe por parte del estado.

A continuación, se propone una fórmula de solución al problema de la relación entre normas nacionales e internacionales, atendido el tenor e interpretación posible del artículo 5° CPR y de las normas internacionales vigentes para Chile y su acertado significado.

1.- Desde el derecho internacional no hay, salvo que lo disponga el mismo tratado o sea definido por una jurisdicción intencional que sea competente

14 Estas particularidades responden a identidades nacionales que se plasman en la identidad constitucional propia de cada Estado. Ver Núñez Poblete, Manuel, (2015). *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, año 14, N°2; Beca, Juan Pablo, (2014). *De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, año 5, N°3.

para ello, la determinación de la forma en que ha de cumplirse una obligación y restablecer un derecho violado.

2.- La norma marco para esto es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En su artículo 26: “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Y en su artículo 27 señala: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

El artículo 26, es la reiteración de un principio jurídico consuetudinario que le da sustento de vigencia y validez a las normas internacionales. Sin este supuesto de comportamiento de buena fe en el cumplimiento no sería posible la existencia misma del derecho¹⁵. Y la referencia a la buena fe se refiere concretamente, también, a que no toda disposición convencional puede ser siempre cumplida. Es así como existen razones, dentro de la buena fe, que permiten su no cumplimiento. La Convención de Viena recoge la hipótesis de no cumplimiento, autorizando al estado a su suspensión, solo excepcionalmente, y este “incumplimiento” de buena fe no constituye responsabilidad internacional¹⁶. Es por lo tanto posible excepcionalmente un no cumplimiento, de buena fe, de forma general para todos los casos y en el ámbito temporal, solo transitoriamente. Es más, si la causal se extiende y se hace del todo imposible el cumplir el tratado, la Convención de Viena recoge la posibilidad de la terminación del tratado en sus artículos 54 y siguientes.

Resulta necesario para efectos del presente trabajo, y fundamentar que ambos órdenes no se excluyen, no se invalidan y que el derecho internacional no tiene pretensión de preeminencia sobre el derecho nacional, recordar el sentido y alcance de ambos artículos, los que tienen por objetivo fundar la obligación jurídica de cumplimiento de las normas convencionales ratificadas por un Estado, sin interferir en los mecanismos de incorporación, jerarquía, etcétera. El núcleo de ambos artículos es el *pacta sunt servanda*, lo pactado (ratificado) obliga y la no alegación de derecho interno como justificante del incumplimiento.

15 Benavides Casals, María Angélica (2017). *El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia)*. Revista Estudios Constitucionales, año.15, N°2.

16 Una completa perspectiva sobre la suspensión de tratados ver Feist, Christian, (2001). *Kündigung, Rücktritt und Suspendierung von multilateralen Verträgen*. (Berlin. Ediciones Duncker y Humblot).

El contenido del artículo 26 apunta por lo tanto al cumplimiento convencional una vez ratificado el tratado, es decir establece el momento desde el cual se hace jurídicamente vinculante y por tanto exigible para el Estado. Por otro lado el artículo 27, equívocamente entendida como una norma del *cómo cumplir*, contiene una norma trasplantada de la responsabilidad internacional derivada del incumplimiento: cuando se justifica el incumplimiento alegando derecho nacional, se incurre en responsabilidad (con las excepciones señaladas en el propio artículo). No significa efectos sobre la norma nacional derivada de contradicciones con la norma internacional. El DIP no tiene la capacidad de anular o derogar normas nacionales. A este punto y debido a la recurrente utilización del artículo 27 para derivar efectos improcedentes¹⁷, resulta clarificador recordar lo señalado por la profesora Ximena Fuentes, en orden a que dicho artículo “nunca tuvo por objeto obligar a los Estados a otorgar primacía al derecho internacional sobre el derecho interno en el ámbito del derecho nacional. El artículo 27 solo se proponía reiterar que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en el ámbito internacional Ningún Estado votó en contra del artículo 27, lo cual merece especial consideración atendido el hecho de que, entre los Estados que aceptaron la norma se encontraban varios Estados que solo otorgan, en su derecho interno, jerarquía legal a los tratados. ¿Cómo podrían, entonces, haber aceptado una disposición que habría traído como consecuencia la necesidad de efectuar una reforma radical a su derecho constitucional y a la distribución de competencias entre sus órganos internos?”¹⁸.

La norma nacional que recoge el contenido de la citada prescripción de responsabilidad internacional, es el artículo 54 de la Constitución de la CPR al señalar que “las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Si sostuviésemos que la obligación derivada del artículo 27 de la Convención de Viena es la de entregar jerarquía y por tanto limita *ipso facto* la vigencia y eventual validez de la norma nacional, el artículo 54 mencionado habría sido hace largo ya

17 Nogueira Alcalá, Humberto, (2003). *Los Derechos Esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1, *op. cit.*

18 Fuentes, Ximena, (2014). *La jerarquía y el Efecto Jurídico del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno*. Santiago. En A.A.V.V., Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés, Legal Publishing: Thomson Reuters La Ley, pp. 600.

declarado como aquél en que se refleja, en nuestro ordenamiento interno, la supremacía jerárquica de las normas de DIP sobre las nacionales¹⁹.

El sentido que debe atribuirse a la norma constitucional citada, es la recepcionar una norma que sin atribuir jerarquía, mantiene la vigencia y validez de normas nacionales e internacionales. Siendo por tanto otros los mecanismos para adecuar y compatibilizar normas.

En resumen, ni el artículo 26 ni el 27 de la CV entregan supremacía del derecho internacional frente al derecho nacional. Entregan sin embargo la responsabilidad de cumplimiento, sin señalar el *cómo*, cuestión que el mismo derecho internacional entrega a los estados.

3.- Pocos son los tratados que establecen la forma en que deben cumplirse expresamente sus disposiciones. Lo más cercano a una definición en la forma de cumplimiento se ve en las sentencias internacionales, las que establecen las obligaciones concretas a seguir por el estado demandado, considerando las normas del tratado violado. Sin embargo, ellas contienen las obligaciones que deben ser cumplidas, pero no el *cómo*. Esto debido a que los estados, como lo dispone expresamente la Convención Interamericana, se han reservado para sí los procesos internos para hacer viable el compromiso. Reiteramos aquí que la Convención Interamericana en su artículo 2 no desatiende las obligaciones constitucionales nacionales para que sean cumplidas las sentencias condenatorias dictadas contra los estados. Ejemplo de esto, en el caso chileno, lo encontramos en parte del cumplimiento del llamado Caso Norin Catrimán, el que derivó en la reforma al decreto que regula la inscripción de antecedentes penales, para eliminarlos según había dispuesto la Corte Interamericana en esa sentencia. Es decir, siendo imposible compatibilizar ambos ordenamientos, porque el interno no permitía eliminar antecedentes por orden de una instancia internacional, la norma interna fue reformada. De esta manera ambos órdenes se mantienen intactos en su vigencia, validez y cumplimiento de buena fe.

El artículo 2 de la CIDH llena de contenido específico, en el ámbito de dicho instrumento internacional, los enunciados de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, siendo además en el caso chileno coherente con la

19 La discusión de jerarquía se plantea a razón del artículo 5°. Ver Nogueira Alcalá, Humberto, (2003). *Los Derechos Esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1, *op. cit.*

normativa constitucional: el artículo 54 CPR mantiene la vigencia de normas tanto nacionales como internacionales (dualismo) y es complementario al artículo 5 de la Constitución. Este último artículo también señala que normas del ordenamiento nacional e internacional coexisten²⁰, en el ámbito de los DDHH, sin atribución para invalidarse una sobre la otra. Es, en caso de contradicción o supuesta contradicción, un problema de compatibilidad interpretativa en un primer intento de armonización y no de jerarquía, nulidad, vigencia o validez.

4.- Es así como existiendo una sentencia emanada de la Corte IDH el estado involucrado en el juicio está obligado a cumplir la resolución, utilizando para ello no solo la convención. Debe además hacer la adecuación necesaria sea judicial, legislativa, administrativa u otra, de acuerdo a su ordenamiento constitucional por expresa disposición del art 2 de la convención interamericana. Es decir la Convención señala que la forma en que deben cumplirse las sentencias no puede ser abstrayendo la existencia y validez del orden nacional. Por lo tanto, en el sistema internacional general por definición y en el interamericano específicamente, ambos órdenes no compiten. Ambos deben ser acatados tanto por el órgano nacional como por la misma Corte, quien no puede solicitar a un estado traspasar los límites de su orden constitucional. Y la buena fe debe estar radicada en, dentro de los márgenes jurídicos y competencias que cada órgano interno tiene, compatibilizar vía interpretación ambos órdenes en primera instancia.

5.- Solo una adecuada compatibilización para cumplir, vía interpretación dentro de los cánones constitucionales e internacionales, permite que ambos órdenes sean, de buena fe, respetados, cumplidos, y que se mantenga la conveniencia de las normas que los propios estados han creado: tanto sus propios ordenamientos internos, como las normas internacionales que los obligan.

20 El artículo 5° de la CPR al señalar que el límite para aquél que ejerce soberanía (señalados en el inciso 1° del artículo), está dado por derechos que, emanando de la naturaleza humana, estén necesariamente contenidos en la Constitución y en tratados internacionales de DDHH. Lo que no significa establecer posición de jerarquía entre ambos ordenamientos (Constitución y tratados de DDHH). Lo que hace en definitiva es ponerlos en situación de convivencia sin relación jerárquica, debiendo aquél que ejerce soberanía considerara ambas normas. Llenando de contenido sus disposiciones de acuerdo a los mecanismos de interpretación propios de cada uno.

Para el eventual caso que la compatibilización vía interpretación no sea posible, se abren algunos caminos dependiendo, en cada caso concreto, del sistema jurídico nacional.

III. SISTEMA ALEMÁN SOBRE RELACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y EL INTERNACIONAL DE LOS DDHH

La Ley Fundamental alemana contiene normas expresas sobre la recepción y jerarquía de algunas de las fuentes de derecho internacional.

Así en el artículo 25 se señala: “Derecho internacional y Derecho federal. Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.

Ahora bien, la referencia al derecho internacional general no se refiere a todas las fuentes. Por de pronto los tratados no están incluidos. La norma está dirigida a los principios generales del derecho y a la costumbre internacional, en la medida que Alemania no se haya constituido como persistente objeto²¹.

El sistema alemán distingue entre el rango y la vigencia. En relación con los tratados, éstos ingresan al orden interno mediante una ley de incorporación, adquiriendo ese rango en la pirámide normativa. Así lo señala el artículo 59 inc. 2° de la Ley Fundamental: “Representación internacional de la Federación. (1) El Presidente Federal representa a la Federación en el plano internacional. En nombre de la Federación concluye los tratados con Estados extranjeros. Acredita y recibe a los representantes diplomáticos. (2) Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieren a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de V. El Presidente federal 56 una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal”.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia alemana cuestionan este alcance jerárquico, toda vez que son las constituciones las que entregan rango y establecen normas

21 Herdegen, Matthias, (2009). *Völkerrecht*, Verlag: C. H. Beck, 8° Auflage, pp. 163 y siguientes.

de incorporación²². En el sistema alemán para el caso de los tratados como fuente de derecho, tienen jerarquía infraconstitucional lo que no es óbice, a diferencia de la discusión estéril que se genera en Chile, para sostener el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

El caso alemán es ilustrativo para confirmar que el problema de la jerarquía no es central y no soluciona en nada el problema del cumplimiento o incumplimiento de las normas internacionales que vinculan al Estado. Esto debido a que los tratados entran, atendido el dualismo moderado por el que opta esa carta fundamental, como ley mediante una norma de incorporación²³. Esos tratados tendrán así rango infraconstitucional.

El sistema alemán ha ido integrando normas y realizando reformas por las que se distinguen aquellas a las que por decisión estatal se les da un carácter supranacional (derecho europeo) y aquellas que se mantienen como supeditadas a la Ley Fundamental (todos los otros tratados).

Para el caso de los tratados en materia de DDHH, especialmente la Convención Europea de DDHH y las sentencias del Tribunal Europeo, el sistema normativo alemán no entrega otra jerarquía que la infraconstitucional. Y esto no acarrea problemas de cumplimiento de las obligaciones. Aquí radica, y por eso se toma el ejemplo alemán, de un sistema normativo en el que independiente del rango y jerarquía se cumplen las vinculaciones jurídicas convencionales. Esto es especialmente relevante debido a que el compromiso de cumplimiento no se funda en el problema de la prevalencia del derecho internacional sobre el nacional. El sistema alemán ha creado una estructura constitucional de compromiso integral con las obligaciones internacionales. Desde su preámbulo pasando por el artículo 2 y 25 de la Ley Fundamental.

Por otro lado, este compromiso normativo, no jerarquizante, se materializa en la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno mediante la fórmula de la interpretación amigable”. Es así como lo sostuvo y mantiene desde el caso Solange II, en su sentencia de 22 de octubre de 1986, que “mientras la Comunidad Europea asegure la efectiva protección de los derechos fundamentales de manera sustancialmente similar a la protección requerida incondicionalmente por la Constitución, y salvaguarde el contenido esencial

22 Herdegen, Matthias, (2009). *Völkerrecht*, Verlag: C. H. Beck, 8° Auflage, *op. cit.*, pp. 158 y siguientes.

23 Ribera, Teodoro y Gornig, Gilbert, (2016). *Relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho interno en Europa y Sudamérica*. (Santiago. Editorial Aranzadi), p. 46.

de los derechos fundamentales, no corresponde al Tribunal Constitucional examinar la conformidad del Derecho Comunitario con el orden alemán”. El Tribunal deja abierta la posibilidad de no acatar normas o decisiones internacionales en tanto ellas no se adecúen al ordenamiento estatal. Este razonamiento es reiterado por el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia del 7 de junio de 2000, en el contexto del tratado de Maastricht.

Es así como una solución conciliadora y que pretende la vigencia de ambos órdenes es posible, sin desconocer que en última instancia es el Estado quien crea dichas normas y quién puede también restarle carácter vinculante.

IV. OPCIÓN DEL ORDEN CHILENO A MODO DE CONCLUSIÓN

Considerando la normativa constitucional chilena, es posible una suerte de solución “a la alemana”. El artículo 5° de la CPR no entrega rango superior al derecho internacional. Pero impide al órgano que ejerce soberanía, desconocer los derechos contenidos en los tratados y en la Constitución. Como se vio es una norma que más bien nos indica una opción por la decidida protección de los DDHH utilizando todo el espectro jurídico disponible para los órganos estatales. La noma del artículo 5° nos llama entonces a *compatibilizar* ambos ordenamientos. Nos indica que lo central es la persona humana y los derechos que estén positivizados sea en la CPR o en un tratado ratificado por Chile. Esta obligación jurídica de compatibilización, sustrato y límite del actuar estatal emanada del orden interno es coherente con el DIP. No solo los ya mencionados artículos de la Convención de Viena ratifican y apoyan esto, además es posible encontrar en el propio orden internacional interamericano esta solución. Así en el artículo 29 de la propia Convención Interamericana se sostiene que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Por otro lado, y coordinado con el artículo 2 de la mencionada Convención, las adecuaciones deben ser realizadas de acuerdo con el orden constitucional. Por tanto, ni el derecho internacional general, en sus artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, ni el derecho internacional regional, obligan a un quiebre del Estado con su propio orden interno. Ni tampoco desconocen la posibilidad de una mejor protección de los sistemas nacionales frente

a internacional. No es una competencia. Es una oportunidad de máxima protección, aplicando armónicamente una interpretación que resulte más protectora.

Ni una norma obliga al Estado a dejar de lado su sistema jurídico y menos a transgredirlo. Esto es claro en el caso de adecuación ordenado dentro del sistema interamericano de protección de los DDHH. Los estados han elaborado un delicado sistema de equilibrios, en el que la labor de aquellos que aplican el derecho, consiste en buscar, sin violar normas ni nacionales o internacionales, una interpretación armónica, que respete las manifestaciones soberanas primarias y que dan origen al sistema jurídico, esto es, la propia Constitución que un estado se da, y las normas internacionales a las que ha decidió someterse.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Aldunate L. Eduardo, (2008). *Derechos Fundamentales*. (Santiago. Ediciones Legal Publishing, primera edición).
- Andrade Geywitz, Carlos, (2003). *La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1.
- Beca, Juan Pablo, (2014). *De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, año 5, N°3.
- Benavides Casals, María Angélica, (2017). *El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia)*. Revista estudios constitucionales, año 15, N°2.
- Bruna Contreras, Guillermo, (2003). *Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1980. Jurisprudencia en la década de 1981-1989*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1.
- Cumplido Cereceda, Francisco, (2003). *La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1.
- Dóhring, (2005), *Völkerrecht*, C. F. Müller, Verlag.
- Feist, Christian, (2001), *Kündigung, Rücktritt und Suspendierung von multilateralen Verträgen*, Berlin: Ediciones Duncker y Humblot.
- Fuentes, Ximena, (2014). *La jerarquía y el Efecto Jurídico del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno*. Santiago. En A.A.V.V., Una vida en la Universidad de

Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés, Legal Publishing: Thomson Reuters La Ley.

Herdegen, Matthias, (2009). *Völkerrecht*, Verlag: C. H. Beck, 8°Auflage.

Núñez Poblete, Manuel, (2015). *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, año 14, N°2.

Nogueira Alcala, Humberto, (2003). *Los Derechos Esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia*. Revista Ius Praxis, año 9, N°1.

Peña Torres, Marisol, (2005). *La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales*. Revista Estudios Internacionales, año 38, N°151.

Pfeffer Urquiaga, Emilio, (2003). *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno*. Revista Ius Praxis, año IX, N°1.

Ribera, Teodoro y Gornig, Gilbert, (2016). *Relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho interno en Europa y Sudamérica*. (Santiago. Aranzadi 2016).

LA INCORPORACIÓN DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL AL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

THE INCORPORATION OF INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW INTO THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

XIMENA FUENTES TORRIJO¹

Resumen: Este artículo aborda, desde una perspectiva teórica y práctica, cómo y en qué medida la costumbre internacional se incorpora al sistema jurídico chileno. Dado que no existen reglas explícitas en el derecho chileno que regulen la incorporación de esta costumbre ni su relación con otras normas del sistema jurídico, ha sido la jurisprudencia la que ha regulado estas materias. Sin embargo, la aplicación directa de la costumbre internacional por los tribunales chilenos enfrenta diversos problemas. Por ejemplo, existe una débil justificación para su incorporación automática bajo el derecho chileno; la determinación del contenido de la costumbre requiere de un proceso complejo que exige tener acceso a la práctica de Estados extranjeros y saber analizar esa práctica; y su aplicación por los tribunales de justicia puede interferir con las facultades de los otros poderes del Estado. Por ello, este artículo analiza la necesidad de reconsiderar la forma en que el derecho chileno se relaciona con la costumbre internacional.

Palabras claves: Costumbre internacional–derecho internacional–incorporación–jerarquía

Abstract: This article addresses from a theoretical and practical perspective, the question concerning how and to what extent international customary law is incorporated into the Chilean legal system. Since there are no explicit provisions in

¹ Abogada Universidad de Chile. D.Phil (Oxon). Profesora de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Email: ximena.fuentes@gmail.com. Este artículo se inserta en el Proyecto Fondecyt 1070185. Dentro de las últimas publicaciones en la materia, se encuentran Fuentes, Ximena, (2014). “La jerarquía y el efecto directo del derecho internacional en el sistema jurídico chileno”. En Atria, Fernando et al (eds.) *Una Vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. (Santiago. Thomson Reuters), pp. 583-618; Fuentes, Ximena, (2015). “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”. En Chía, Eduardo; Quezada, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución*. Santiago. Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 171-193.

Chilean law regulating the incorporation of customary international law in the legal system or its interaction with domestic rules, these matters have been regulated by the judiciary. However, the judicial application of customary international law by Chilean Courts might be problematic for many reasons. For instance, there has been a weak justification for its automatic incorporation; the determination of customary law entails a complex process that requires the identification of the practice of other States and the correct examination of that practice; and the judicial application of international customary law by the national courts can interfere with the powers of other State organs. Therefore, this article analyzes the need for reconsidering the way in which Chilean law relates to international customary law.

Key words: International custom–international law–incorporation–hierarchy

I. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y SU TRADICIONAL SUJECCIÓN A LAS LEYES NACIONALES EN EL DERECHO INTERNO

La incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno debería estar regulada en la Constitución Política, sin embargo, no lo está. Nuestra Carta Fundamental no contiene normas sobre la incorporación de los tratados ni de la costumbre internacional al sistema jurídico nacional. En este artículo se examinará cuál ha sido la evolución de la práctica jurisprudencial que, en silencio de normas expresas, regula la incorporación de la costumbre en Chile y su interacción con el resto de las normas del sistema jurídico. En definitiva, se verá que esta práctica jurisprudencial no puede dar una respuesta adecuada a los problemas que suscita la aplicación directa de la costumbre internacional por los tribunales nacionales. Este artículo identifica algunos de esos problemas.

A diferencia de la costumbre internacional, en el caso de los tratados, éstos tienen cierta regulación en la Carta Magna. Así, el Artículo 32 N° 15 de la Constitución dispone que el Presidente de la República tiene la facultad exclusiva de llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país², los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el Artículo 54(1). Por su parte, el Artículo 54 (1) dispone que es una facultad exclusiva del Congreso aprobar o rechazar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación³. Y, finalmente, el Artículo 93 (1) dispone que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse, antes de su promulgación, sobre las normas de un tratado si estas versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional⁴. Tres disposiciones de la Constitución regulan las competencias de ciertos órganos estatales en relación con los tratados; ninguna disposición constitucional trata sobre la costumbre internacional.

La Carta Fundamental tampoco intenta establecer con claridad la forma en que los tratados interactúan con las normas del derecho nacional. El silencio de las normas constitucionales al respecto tampoco ha sido obstáculo para la creación de algunas reglas relativas a la relación entre el derecho internacional

2 El artículo 32, N° 15, de la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

3 El artículo 54, de la Constitución Política de la República de Chile, *ibid* (1).

4 El artículo 93, de la Constitución Política de la República de Chile, *ibid* (1).

y el derecho interno. De hecho, pese a que no lo dice la Constitución en forma expresa, en Chile los acuerdos se incorporan al sistema jurídico nacional después de ratificados, una vez que son promulgados y publicados. La práctica constitucional también ha determinado que los pactos tengan una jerarquía supralegal, esto es, que están sujetos al principio de supremacía constitucional pero no pueden ser derogados en el derecho doméstico por una ley posterior. La primera sentencia del Tribunal Constitucional que señaló en forma clara que los convenios se encuentran sometidos al principio de supremacía constitucional fue el fallo rol N°346 (2002) relativo al Estatuto de Roma⁵. Luego, en la sentencia sobre la constitucionalidad de su propia ley orgánica, el Tribunal Constitucional señala que los acuerdos, si bien están sujetos al principio de la supremacía constitucional, tienen carácter supralegal porque, una vez incorporados al sistema jurídico nacional, una ley posterior no los puede derogar internamente⁶.

Tratándose de la práctica universal, la jurisprudencia de nuestros juzgados ha aceptado que ésta pueda incorporarse a nuestro derecho en forma automática. No ha sido obstáculo para esta práctica jurisprudencial que el Artículo 2 del Código Civil disponga que: “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”⁷. Y es correcto que el Artículo 2 del Código Civil jamás haya sido invocado para evitar la aplicación de la tradición ecuménica porque este artículo solo contiene una regla de reconocimiento referida a las normas de origen nacional⁸. Respecto de las normas universales, la posibilidad de su incorporación al derecho chileno ha sido establecida por la práctica constitucional referida a los tratados y a la costumbre internacional.

Esta práctica constitucional que permite la incorporación automática de la tradición ecuménica fue creada por nuestros tribunales de justicia. Ya que en 1955 la Corte Suprema afirmaba en el caso *Lauritzen y otros con Fisco* (1955), un caso relativo a la requisición de buques de bandera extranjera en tiempos de guerra, que “no puede caber duda acerca de la justificación del pago

5 *Sentencia sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional* (2012): Tribunal Constitucional. Rol N°346-02, 8 de abril de 2002, considerandos 59° a 74°.

6 *Sentencia sobre Constitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (2009): Tribunal Constitucional. Rol N°1288-09, 25 de agosto de 2009, considerandos 56° y 65°.

7 Artículo 2, N°1, del Decreto con Fuerza de Ley. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 30 de mayo de 2000.

8 Hart, H.L.A., (1997). “The Concept of Law”. Oxford: Oxford University Press, segunda edición, capítulo 5.

indemnizatorio, que compense los perjuicios ocasionados por la requisición de los barcos; porque lo autoriza la costumbre internacional, la doctrina de los tratadistas, y porque se aviene con la conciencia jurídica contemporánea que reconoce en la equidad un principio de justicia eterno”⁹.

Esta práctica jurisprudencial chilena, representada en *Lauritzen y otros con Fisco*, solía señalar que la aplicación del derecho consuetudinario en Chile estaba sujeta a la ley chilena, en el sentido que si la norma consuetudinaria contradecía una ley, esta última debía prevalecer. Dicho de otra manera, la costumbre internacional quedaba jerárquicamente en un lugar inferior a la ley, de manera que en caso de conflicto entre costumbre y ley, siempre prevalecería la ley. Tratándose de una práctica anterior a la ley se podía decir entonces que, al dictar una ley contraria a esa práctica, se asumía que el Congreso quería apartarse de la tradición universal existente y legislar contra ella. Y en el caso de una costumbre internacional posterior a la ley, la aplicación preferente de la ley dispuesta por la práctica jurisprudencial, equivalía a decir que, mientras no fuera expresamente modificada, la ley se seguiría aplicando en Chile aun cuando ésta fuera contraria a la costumbre internacional. Es decir, el principio de superioridad jerárquica de la ley sobre la práctica ecuménica aceptaba que el cumplimiento de la ley nacional podía implicar el incumplimiento de las obligaciones consuetudinarias internacionales del Estado, incluso de obligaciones consuetudinarias surgidas con posterioridad a la dictación de la ley, es decir, normas universales que llegaron a obligar a Chile porque nuestro país participó de la práctica mundial o porque guardó silencio y no fue un objetor persistente respecto de esa práctica.

Como se puede apreciar, el principio de la superioridad jerárquica de la ley sobre la costumbre internacional, otorga un poder muy importante al Congreso en las relaciones universales, ya que, a través de la ley, el poder legislativo podría contradecir la conducta del ejecutivo en el ámbito mundial. Esta forma de concebir la relación entre el sistema jurídico interno con el derecho internacional consuetudinario, no era extraña en nuestro sistema jurídico, ya que antes de 1989 el Congreso también podía dictar leyes contrarias a los tratados y, bajo el principio *lex posteriori derogat anteriori*, prevalecía la ley sobre los tratados suscritos por Chile.

9 *Lauritzen y otros con Fisco* (1955): Corte Suprema, 19 de diciembre de 1955. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 52 (1955), II, sección 1ª, pp. 485 y ss.

Podría fundamentarse esta forma de diseñar la relación entre derecho internacional y derecho interno en el déficit democrático de las normas internacionales¹⁰. Sin embargo, no hay evidencia de que esta haya sido específicamente la razón, y más bien todo indica que lo que sí existía, muy enraizada en nuestro sistema, era la visión de Andrés Bello de que la ley es una decisión de una autoridad dotada de la competencia para dictar normas y que, no solo debe respetarse por los súbditos, sino también por la propia autoridad, porque o sino la ley no sirve de mucho y pierde su autoridad¹¹.

En la historia de la regulación de la relación entre derecho universal y doméstico por las constituciones políticas de diversos países se puede apreciar que ha sido frecuente distinguir entre los tratados y la tradición ecuménica precisamente por las suspicacias que a veces genera la forma de creación de esta última. Así, cuando en Europa se instaura la tendencia de otorgar mayor jerarquía al derecho internacional sobre el derecho interno, hubo una tendencia a excluir la costumbre. Así por ejemplo, la Constitución de España de 1931 otorgó supremacía al derecho universal sobre el derecho interno, pero solo en relación con los tratados. En este sentido, el Artículo 65 de la Constitución española de 1931 dispuso:

Artículo 65

“Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquéllos se disponga.

Una vez ratificado un Convenio internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará en plazo breve al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus preceptos.

10 Fuentes, Ximena, (2008). *The relation between international and domestic law: definitely an odd couple*. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, año 77, N°2, pp. 483-505.

11 Bello, Andrés, (1836). *La Observancia de la Ley*. (Santiago. El Araucano): “Los mismos encargados de dar las leyes, el gobierno supremo a quien corresponde sancionarlas, están ligados en el ejercicio de sus altas funciones a las leyes que no pueden traspasar; porque, si bien una disposición legal puede derogarse, mientras ella subsiste, por ninguno debe respetarse tanto, cuanto por aquéllos que, infringiendo la leyes, no hacían otra cosa que minar las mismas bases sobre que su autoridad descansa. [...] La ley, pues, debe ser la divisa de los legisladores y los gobiernos; la ley la que anime las operaciones de los encargados de tan sublimes funciones, porque ellos pierden todo su esplendor, su valor y su influencia en el momento que la ley deja de dirigirlos”.

No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido.

La iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes”.

Se puede apreciar que este Artículo 65 excluyó a la costumbre internacional. Antonio Cassese encuentra explicación en el hecho de que en ese momento la práctica generaba grandes sospechas en algunos Estados, que la veían como un reflejo del poder de las grandes potencias¹².

La Constitución francesa de 1946, siguió la misma línea cuando en su Artículo 26, al regular la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, solo se refirió a los tratados:

“Los tratados diplomáticos debidamente ratificados y publicados tendrán fuerza de ley incluso cuando sean contrarios a la legislación interna francesa, sin que sea necesaria para su aplicación la dictación de actos legislativos salvo aquellos necesarios para asegurar su ratificación”.

Por su parte, la actual Constitución de Holanda no menciona a las normas consuetudinarias¹³. Lo mismo sucede con la Constitución de los Estados Unidos¹⁴. En el Reino Unido, la jurisprudencia sobre el rol de la tradición en el derecho interno ha señalado que la costumbre se puede aplicar directamente en el sistema jurídico británico pero la ley positiva prevalece sobre ella¹⁵. Las reglas y principios del *common law* también prevalecen sobre la práctica internacional¹⁶.

¹² Cassese, Antonio (1985). *Modern Constitutions and International Law*. Recueil des Cours, año 192, pp. 331-473, p. 361.

¹³ Para un análisis de las reglas que contiene la Constitución de Holanda sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional: Van Panhuys, J., (1953). *The Netherlands Constitution and International Law*. American Journal of International Law, año 47, pp. 537-558.

¹⁴ El Artículo VI, de la Constitución de los Estados Unidos dispone que: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding.”

¹⁵ Wordsworth, Samuel, (2013). *Public International Law and English Law*. Unpublished conference. British Institute of International and Comparative Law.

¹⁶ Wordsworth, Samuel, (2013). *Public International Law and English Law*. Unpublished conference. British Institute of International and Comparative Law, *ibid*.

En un análisis del año 2008 de varias constituciones del mundo, sobre su aproximación al derecho universal, Ginsburg *et al* concluyen que el 91% de las cartas magnas que revisaron contienen disposiciones sobre los tratados, y solo el 23% se refiere a la costumbre internacional¹⁷. La razón obvia se puede encontrar en el hecho de que la tradición tiene un problema de falta de determinación. A diferencia de los tratados, la práctica no está escrita y muchas veces no es claro siquiera si ésta existe o no como una regla vigente del derecho mundial. A esta razón obvia de su falta de determinación, se podría agregar también que la tradición aparece muchas veces como una imposición de los Estados más poderosos y relevantes en la comunidad internacional sobre los Estados más débiles. Volveré sobre este punto más adelante, pero ahora corresponde revisar cómo el surgimiento del derecho universal de los derechos humanos impactó en la forma en que los tribunales chilenos hicieron espacio a la práctica ecuménica en el derecho chileno.

II. EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DISEÑO DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO EN CHILE.

El surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos vendría a cambiar la práctica constitucional en materia de la relación entre la tradición universal y el derecho doméstico en Chile. A principios de los años noventa, la Corte Suprema comienza a rechazar los sobreseimientos definitivos que se dictaban en casos de detenidos desaparecidos durante la dictadura de Pinochet, señalando que la aplicación de la Ley de Amnistía exigía la identificación de las personas de los responsables¹⁸. Posteriormente, a partir del año 1994, los tribunales superiores de justicia chilenos comienzan a interpretar y aplicar las Convenciones de Ginebra en el sentido que éstas prohibirían las amnistías en casos de guerra, tanto internacional como interna¹⁹. Con la prohibición de las amnistías se podía entender que el DL

17 Ginsburg, Tom, Chernykh, Svitlana, and Elkins, Zachary, (2008). *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*. University of Illinois Law Review, año 201, pp. 201-237, p. 234. El estudio incluyó 363 constituciones.

18 *Caso Pedro Poblete Córdova* (1998): Corte Suprema. Rol N°469-98, 9 de septiembre de 1998.

19 *Caso Lumi Videla Moya* (1994): Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 13.597-94, 26 de septiembre de 1994 y *Caso Uribe Tramblay – Van Jurick Altamirano* (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°38.683-94, 30 de septiembre de 1994. Estas dos sentencias fueron revocadas luego por la Corte Suprema, conociendo de sendos recursos de queja: Sentencia,

2191 de 1978 ya no era un obstáculo para perseguir la responsabilidad penal de los culpables por secuestros y homicidios cometidos durante la dictadura, sin embargo, subsistía el problema de la prescripción de la acción penal. Fue durante los años 2000 que los juzgados superiores de justicia de nuestro país acudieron a la costumbre ecuménica para declarar, pese a que Chile no había ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, la imprescriptibilidad del delito de secuestro calificado²⁰. Estas sentencias resuelven no solo que la práctica se incorpora automáticamente al derecho nacional, sino que lo hace en una jerarquía suprallegal²¹. Este último aspecto va de la mano con la doctrina actual que señala que los pactos también tienen jerarquía suprallegal, es decir, que no pueden ser derogados, ni expresa ni tácitamente, por una ley posterior²². Esto quiere decir que se ha reconocido a la costumbre internacional la posibilidad de modificar las leyes nacionales relativas a la prescripción en materia penal. Y, en la medida que se otorga suprallegalidad a esta norma, no podrá una ley posterior en ningún caso restablecer la prescripción.

La decisión de otorgar al derecho universal una jerarquía superior a la ley, impone una importante pérdida de poder para el legislativo, toda vez que una ley posterior no podrá derogar o modificar las normas mundiales que ya forman parte del ordenamiento jurídico. La denuncia o retiro de un acuerdo mundial es una decisión que corresponde al poder ejecutivo. Por lo tanto, será la voluntad del ejecutivo la que determine la mantención o derogación de las normas de los pactos ecuménicos que se aplican en Chile. En el caso de la costumbre internacional, la suprallegalidad no solo implica

Rol N°5.566-94, 26 de octubre de 1995 y Sentencia, Rol N°5.476-94, 30 de enero de 1996. Para comentarios sobre la aplicación de las Convenciones de Ginebra y los artículos que consagrarían la inamistiabilidad de los delitos cometidos durante conflictos internos, ver: Fuentes, Ximena, (2004). *Aplicación de Tratados Internacionales en el Derecho Interno*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, año 1, pp. 717-735, pp. 717-722; Fuentes, Ximena, (2005). *Aplicación de Tratados Internacionales en el Derecho Interno*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, año. 2, pp. 1193-1216, pp. 1193-1200; Fuentes, Ximena, (2013). *Derecho Internacional Público. Convenios de Ginebra (1949)*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, año 3, pp. 529-545, pp. 529-542.

20 *Caso Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz y otros* (2007): Corte Suprema. Rol N°3.452-06, 10 de mayo de 2007, considerando 77°.

21 *Caso Ricardo Aurelio Troncoso Muñoz y otros* (2007): Corte Suprema. Rol N°3.452-06, 10 de mayo de 2007, *ibid.*, considerando 63. Ver también el *Caso Molco*: Corte Suprema, Caso Paulino Flores Rivas y otro (2006): Corte Suprema, Rol N°559-04, 13 de diciembre de 2006.

22 Sobre la suprallegalidad de los tratados ver Fuentes, Ximena, (2014). “La jerarquía y el efecto directo del derecho internacional en el sistema jurídico chileno”. En Atria, Fernando et al (eds.). *Una Vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. (Santiago. Thomson Reuters), pp. 583-618.

una pérdida de autoridad para el legislativo sino también para el ejecutivo. La tradición ecuménica, una vez establecida en el derecho universal, podría modificarse por el surgimiento de otra norma de derecho internacional consuetudinario. El nacimiento de esa nueva norma no está en manos de la potestad legislativa ni ejecutiva de Chile, sino de la acumulación de práctica de varios Estados que logre en el curso del tiempo adquirir fuerza normativa. Es claro que la supralegalidad de la tradición internacional en el sistema jurídico nacional se traduce en una cuasi-petrificación de las reglas consuetudinarias existentes puesto que ellas escapan al poder de los órganos co-legisladores chilenos para ser modificadas. Es verdad que la norma de derecho consuetudinaria podría ser modificada por Chile en la medida que se suscriba un tratado que contenga una norma distinta. Esto puede ocurrir siempre que la regla consuetudinaria no constituya una norma de *ius cogens*. Es decir, la supralegalidad de la costumbre internacional deja en manos del ejecutivo la única posibilidad factible de ser modificada en el mediano plazo: la suscripción de un acuerdo. Y esta posibilidad solo existe respecto de normas que no tengan el carácter de *ius cogens*.

Fuera del ámbito de los derechos humanos, otra norma de derecho internacional consuetudinario que se ha aplicado frecuentemente por los tribunales nacionales es la regla de la inmunidad de los Estados. El derecho nacional no contiene normas específicas sobre la inmunidad de los países y la jurisprudencia ha recurrido a los tratados y a la costumbre para decidir en qué casos se involucran a los Territorios extranjeros. Los pactos son los referidos a las prerrogativas del personal diplomático y consular, pero la prerrogativa que no se refiere estrictamente a la de estos funcionarios, sino que a la del Estado extranjero propiamente tal, queda regulada por el derecho consuetudinario. En el ámbito universal de los privilegios que tiene un país han evolucionado bastante desde la segunda mitad del siglo XX. A partir de una regla de inviolabilidad absoluta se ha desarrollado, gracias a la práctica de las naciones, una evolución hacia una prerrogativa restringida. La regla de la inmunidad restringida se creó gracias a que los territorios comenzaron a dictar leyes o a que sus tribunales comenzaron a dictar sentencias en que no se reconocía los privilegios a los actos estatales que involucraban actos *iure gestionis*, es decir, los actos que no requerían el despliegue de la autoridad estatal, porque se trata de hechos que también los particulares pueden realizar²³. Esta evolución que sufrió la regla consuetudinaria internacional no podría

23 Fuentes, Ximena (2012). “Las Inmunidades de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Chileno”. En Llanos, Hugo y Picand, Eduardo (eds.), *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje*

haber ocurrido, si la costumbre hubiera tenido jerarquía superior a la ley en los Países cuyas autoridades legislativas y cuyos juzgados contribuyeron a la creación de la regla de la inviolabilidad restringida.

III. ¿ES NECESARIO REPLANTEAR LA RELACIÓN QUE DEBE ESTABLECERSE ENTRE NUESTRO SISTEMA JURÍDICO Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL?

Asumiendo que hoy en Chile se puede considerar que la costumbre internacional forma parte del ordenamiento jurídico nacional en forma automática, sin necesidad de un acto de incorporación, y que incluso se puede argumentar que, por analogía, la práctica (no solo las prácticas relativas a la sanción de los crímenes contra la humanidad) debe tener el mismo estatus supralegal que ya tienen los tratados, en esta parte quisiera proponer algunas preguntas u observaciones en torno a la aplicación de la tradición en el sistema jurídico chileno que pueden llevar a concluir que es necesario replantear la relación que debe establecerse entre nuestro sistema jurídico y la tradición universal.

1.- La incorporación directa de la costumbre al derecho nacional.

Una primera observación se refiere al distinto trato de que reciben los acuerdos respecto de la práctica cuando se trata de establecer cómo ingresan estas fuentes del derecho mundial al derecho interno. En ninguna de las sentencias en que nuestros juzgados declaran aplicable la costumbre universal se puede identificar un argumento robusto que fundamente la regla de la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario. Ciertamente, se podría decir que si el fundamento para la incorporación automática del derecho consuetudinario es que Chile está obligado ecuménicamente por estas normas, entonces la misma regla se debería aplicar a los pactos, que también obligan a Chile en el ámbito universal. De esta manera, si los tribunales chilenos se declaran a favor de la incorporación automática de la tradición, lo lógico sería que también aplicaran esta regla para los acuerdos. Sin embargo, en Chile no ha sido acogida la regla de la incorporación automática de los tratados, primando la tesis de que éstos deben ser promulgados y publicados.

al Profesor Hugo Llanos Mansilla, tomo I. (Santiago. Thomson Reuters y Abeledo Perrot), pp. 333-351.

En todo caso, el fundamento antes señalado, referido al hecho de que existiría una necesidad de incorporar automáticamente la costumbre porque así lo exigiría el hecho de que el Territorio debe hacerlo para cumplir con sus obligaciones mundiales es falso. El hecho que un Estado esté obligado por normas de derecho internacional, no implica que ese Estado esté también obligado a incorporar el derecho internacional en su derecho interno. Podría un país no incorporar las normas universales que lo obligan e igualmente cumplir con sus obligaciones universales. De hecho, en el Reino Unido, por aplicación del principio de la soberanía parlamentaria, los acuerdos no se incorporan al derecho interno y existen grandes dudas sobre si la práctica internacional lo puede hacer.

Pero la incorporación de las normas ecuménicas al sistema jurídico nacional ciertamente facilita el cumplimiento del derecho internacional por los operadores jurídicos del Estado. Desde luego, la incorporación de los pactos al sistema jurídico nacional obliga a todos los órganos del país a reconocer esos tratados como normas del sistema jurídico chileno y ese solo hecho ya contribuye al cumplimiento del derecho internacional. En el caso de la tradición universal podría decirse lo mismo, sin embargo, a diferencia de los tratados, la costumbre no pasará por un proceso de aprobación previo por el Congreso, ni se promulgará ni publicará como lo hacen los acuerdos. Es más, la propia existencia de determinadas tradiciones es un hecho que requiere una certeza que no es fácil de encontrar. En efecto, la identificación de la costumbre universal es un proceso complejo que exige una labor de investigación por parte del operador jurídico respectivo para dar por establecida la práctica de los países, que constituye el elemento material de la práctica, y la *opinio iuris*, es decir, este elemento normativo que convierte simples conductas que se repiten en el tiempo en normas jurídicas.

Por lo tanto, la incorporación directa de la tradición otorga al poder judicial una posición privilegiada para determinar qué reglas de derecho mundial consuetudinario se pueden o no aplicar en Chile. Serán los juzgados los que tendrán el importante rol de decidir que la regla existe y que es obligatoria para Chile. Además, podrán interpretar su contenido. Esto nos lleva a preguntar hasta qué punto el ejercicio de este rol por la potestad judicial puede implicar una intromisión en las facultades exclusivas del Presidente de la República. Por ejemplo, ¿Qué pasa si hay discrepancia de opinión entre el ejecutivo y el poder judicial sobre la propia existencia de una costumbre internacional? Al respecto se debe tener presente que el Artículo 32 N° 15 de la Constitución Política entrega a Presidente de la Republica la facultad

de conducir las relaciones mundiales. ¿Significa esto que el Presidente de la República tiene la última palabra cuando se trata de determinar que ciertas prácticas internacionales han o no han adquirido el valor de norma universal consuetudinaria? El punto es importante porque, en la medida que la práctica todavía no se convierte en costumbre, Chile podría estar a tiempo de ser un objetor respecto de ese embrión de costumbre que todavía no alcanza el umbral normativo necesario para constituir derecho. El poder judicial entraría en abierta contradicción con la opinión del ejecutivo si decidiera que esa práctica ya ha alcanzado el estatus de tradición y que, por lo tanto, es tarde para que el ejecutivo se comporte como un objetor persistente.

2.- La interacción entre la costumbre y la legislación nacional

Otra interesante pregunta se refiere a la posibilidad de que el poder legislativo quisiera modificar la costumbre que el poder judicial ha declarado como incorporada y aplicable directamente en el sistema jurídico chileno.

Como ya se dijo más arriba, en Chile los tribunales tempranamente resolvieron que la tradición internacional era parte del ordenamiento jurídico nacional. Probablemente esta posición estuvo inspirada en lo resuelto en otras jurisdicciones, como en Estados Unidos e Inglaterra.

En 1900, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que el derecho internacional consuetudinario debía ser considerado parte del derecho doméstico (caso Paquete Habana), a pesar de que la Constitución de los Estados Unidos solo incorporaba a los acuerdos como “law of the land” (Cláusula VI). Esta posición jurisprudencial fue recogida en el Restatement of Foreign Relations: “the modern view is that customary international law in the United States is federal law and its determination by the federal courts is binding on the State courts”²⁴. De esta manera, en Estados Unidos el derecho consuetudinario podría derogar tácitamente a la legislación existente, pero, en la medida que la costumbre ecuménica solo tiene valor de ley, el Congreso mantiene el poder de dictar una ley posterior dejando sin efecto a la práctica mundial en el derecho de los Estados Unidos (Párrafo 115(1) a.).

En Inglaterra, por su parte, la costumbre mundial ha sido considerada parte del *common law*. Al igual que en Estados Unidos, no es posible identificar la

24 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987). American Law Institute, §111, nota n°3 de los relatores.

regla constitucional que dispone la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario en el derecho inglés, pero el caso es que los tribunales han señalado que la costumbre internacional también es “law of the land”²⁵. Pero, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, en el Reino Unido los tribunales interpretaron que la tradición universal no puede aplicarse en contra de la legislación vigente. La jurisprudencia chilena siguió por algún tiempo la regla británica, esto es, se podía aplicar la práctica internacional siempre que no estuviera en contradicción con la ley vigente. Eso cambió, como se vio anteriormente, producto de la influencia del derecho ecuménico de los derechos humanos, en particular, por la necesidad de sancionar crímenes contra la humanidad cometidos en Chile por la dictadura militar y por efecto de que el poder legislativo chileno guardó completo silencio respecto de cómo enfrentar ese pasado atroz.

El producto de los desarrollos jurisprudenciales de los años 2000 es que actualmente la interacción entre costumbre y legislación nacional implica que la autoridad legislativa no puede imponerse ante las tradiciones que obligan a Chile y que la autoridad judicial ha declarado aplicables en nuestro sistema jurídico, por cuanto, existe la opinión generalizada de que el derecho internacional tiene jerarquía suprallegal. Por lo tanto, no solo la potestad ejecutiva ha perdido potestad respecto del judicial en materia de relaciones ecuménicas, sino que también el poder legislativo ha perdido el poder de legislar en contra de las costumbres que la autoridad judicial declara existentes y vinculantes para el Estado de Chile. Es importante, entonces, preguntarse por la metodología que aplica la autoridad judicial para dar por establecidas las prácticas internacionales obligatorias para Chile.

3.- La metodología para dar por existente una costumbre internacional.

Tradicionalmente se enseña que la costumbre se compone de una serie de prácticas, que se repiten constantemente en el tiempo, y que esas prácticas tienen un potencial normativo que es capaz de generar una norma cuando se genera la llamada *opinio iuris*. Se sabe que no es fácil determinar la existencia de tradiciones ecuménicas. La operación exige revisar las tradiciones existentes en la comunidad internacional, las que consisten en tratados, declaraciones

25 Capps, Patrick, (2007). *The Court as Gatekeeper: Customary law in English Courts*. The Modern Law Review, año 70, N°3, pp. 458-471 (p. 463).

de los Estados ante organizaciones internacionales, resoluciones de estas organizaciones universales, legislación y jurisprudencia nacionales, entre otras instancias de costumbre estatal. ¿Están nuestros juzgados entrenados y preparados para realizar este análisis que exige investigación jurídica de lo que ocurre en sistemas jurídicos extranjeros y el acceso a mucha información que probablemente se encuentra en un idioma distinto del castellano?

Teniendo presente que es el poder ejecutivo el que conduce las relaciones ecuménicas del País de Chile, también es legítimo preguntarse si acaso no debe el poder judicial preguntar derechamente al ejecutivo si, a su juicio, una determinada práctica ha llegado a formarse y cuál ha sido la posición de nuestro país al respecto antes de decidir dar aplicación a la costumbre en un caso concreto.

Con todo, la incorporación de la tradición ha permitido en Chile dar respuesta a problemas en que no ha existido la voluntad política para dictar leyes que regulen una determinada materia. Esto ocurre, por ejemplo, con la institución de la prerrogativa de los Territorios. Y es aquí donde se puede apreciar que los tribunales internos no han estado suficientemente preparados para indagar en la práctica internacional. Como ya se dijo, el derecho universal ha evolucionado desde un privilegio absoluto a un privilegio restringido. Sin embargo, es usual que nuestros tribunales sigan aplicando la regla de la inmunidad absoluta y no reconozcan las diferencias entre la inmunidad del Estado propiamente tal, y las inmunidades de los funcionarios diplomáticos²⁶.

Por otro lado, el poder legislativo podría en algún momento decidir regular el tema de las prerrogativas en una ley que implemente una prerrogativa restringida y otorgar certeza jurídica sobre este tema en el derecho nacional. Sin embargo, si los tribunales quisieran seguir adhiriendo a la inmunidad absoluta podrían fallar que una ley posterior no puede modificar a la costumbre de la inmunidad absoluta ya esta última, en su calidad de derecho universal vinculante para Chile, tiene jerarquía suprallegal.

26 Guzmán, Elías, (2011). *Inmunidad de Estado. Análisis de la Práctica Chilena*. (Santiago. Abeledo Perrot), pp. 160-165.

4.- La evolución del derecho internacional y cómo se puede recoger esa evolución en el derecho interno.

Lo anterior nos lleva a preguntar qué espacio queda en el derecho interno para acoger los cambios que ocurren en el derecho internacional y contribuir así, a través de la legislación nacional y de las sentencias de nuestros tribunales, a modificar las costumbres existentes. La institución de la inmunidad de los Estados, de nuevo, nos da ciertas claves.

La regla de la prerrogativa absoluta cambió porque los tribunales de algunos Territorios comenzaron a declarar que los Estados extranjeros no gozaban de privilegios en litigios relativos a contratos comerciales. La inmunidad absoluta aplicada en casos de naturaleza comercial ponía a la contraparte de un Estado en una posición desigual, no justificada por el carácter público del Estado extranjero. La teoría de la prerrogativa restringida que permite levantar la prerrogativa por los actos *iure gestionis* de los Países que requirieron de tribunales nacionales empoderados, de los cuales se atrevieron a fallar en contra de la regla consuetudinaria vigente. Para que esto ocurra los tribunales deben alejarse de las costumbres internacionales existentes y deben comenzar a dictar sentencias que van en contra de las prácticas tradicionales. Esto puede ocurrir de dos maneras: o los tribunales estatales determinan que existe una regla de derecho consuetudinario y que el derecho interno permite fallar en contra de ella, o los tribunales internos determinan que existe una regla de derecho consuetudinario y la interpretan de una manera que permite fallar que en el caso concreto esa regla no se aplica. Probablemente, la segunda vía será la preferida por los juzgados, pero tampoco se debe descartar que la primera vía sea la única posible en determinadas situaciones.

Lo anterior es aplicable también al poder legislativo. En el caso de la inmunidad de los Estados, el legislativo puede querer ser un motor de cambio. Para eso, puede dictar leyes que modifican o derogan una determinada costumbre. El legislativo podrá explicar que, en un ejercicio interpretativo, se ha llegado a la conclusión que la tradición no cubre las situaciones sobre las cuales se ha querido legislar de una manera diferente. También podría ser que la potestad legislativa simplemente ha querido dictar reglas que contradicen a la tradición internacional. En este último caso, si el sistema jurídico le otorga jerarquía supralegal a la costumbre, esta última será inmune a la legislación nacional y la autoridad legislativa estará impedida de ser un motor de cambio. Esta es una importante consecuencia del carácter supralegal del derecho universal en el derecho interno. Y el problema no solo se refiere a lo ya señalado más

arriba en el sentido que la potestad legislativa no podrá legislar en contra de las tradiciones existentes, sino que, adicionalmente, el legislativo no podrá decidir sumarse a una práctica embrionaria que comienza a esparcirse en la comunidad internacional y que va en el sentido de modificar una costumbre existente. Es decir, el carácter supralegal de la práctica ecuménica, deja al Estado de Chile fuera del juego en la creación de nuevas costumbres. El poder legislativo se ve restringido en su poder de contribuir a la práctica universal y a la evolución del derecho internacional.

Adicionalmente, si un país permite que el poder legislativo pueda legislar en contra de las costumbres existentes, que obligan al respectivo Territorio, una pregunta pertinente es si acaso no correspondería que, antes de dictar esas normas, el legislativo consultara con el ejecutivo.

IV. CONCLUSIONES

En la medida que el derecho internacional es obligatorio para el Estado, este debe velar porque sus operadores jurídicos cuenten con las herramientas necesarias para cumplir con las obligaciones universales. Esto no necesariamente implica que el País deba incorporar el derecho internacional dentro del derecho interno. Es perfectamente posible que un Territorio no permita el ingreso de las normas del derecho ecuménicos al sistema jurídico nacional y, aún así, cumpla con sus obligaciones universales. Para que esto suceda, tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo deberán asegurarse de dictar las normas jurídicas nacionales que permiten que los órganos del Estado tomen decisiones coherentes con el derecho internacional. En este caso, la autoridad judicial, entonces cumplirá un rol secundario respecto del cumplimiento del derecho ecuménicos porque sus decisiones dependerán de la existencia de normas internas que se lo permitan.

Pero hay otros Territorios en que el derecho internacional, ya sea convencional o consuetudinario, puede incorporarse al derecho interno, entonces, el poder judicial jugará un rol mucho más importante. En estos países, el derecho universal estará disponible, en principio, para ser aplicado e interpretado por los juzgados nacionales, los que tendrán que tomar decisiones respecto de conflictos de normas que se puedan presentar entre las normas internacionales y las normas del derecho nacional.

¿Qué sistema es más efectivo para promover el cumplimiento del derecho internacional? Probablemente el primer sistema tenga deficiencias en cuanto a lograr el cumplimiento del derecho ecuménico porque requiere un poder legislativo siempre atento a las obligaciones universales del Estado, dotado de la voluntad y capacidad de dar respuesta rápida a través de la dictación de leyes que permitan que el País cumpla sus obligaciones internacionales. El segundo sistema, en cambio, es más eficiente tal vez porque puede descansar en el trabajo individual de muchos jueces conocedores de las obligaciones internacionales del Estado.

Pero este segundo sistema no está exento de críticas. En este artículo se ha intentado esbozar algunos problemas que surgen cuando se deja la aplicación e interpretación del derecho internacional en manos de los jueces. Uno de los problemas más graves es que al aplicar e interpretar el derecho universal, especialmente el derecho consuetudinario, el poder judicial adquiere el poder de crear normas en el derecho céntrico por cuanto podrá determinar que existen reglas consuetudinarias, cuando estas tal vez todavía no han adquirido tal carácter en el derecho ecuménico. En este contexto, es legítimo preguntarse si los jueces se encuentran preparados para identificar, interpretar y aplicar normas de derecho internacional consuetudinario en forma correcta.

En este esquema, la potestad legislativa podría actuar como un corrector de las decisiones de los jueces mediante la dictación de leyes. Sin embargo, la *supralegalidad* de las reglas internacionales, convertirá las decisiones del poder judicial en inmunes a las decisiones del poder del legislativo. Y, en definitiva, hay que preguntar, entonces, qué sentido tiene que la Constitución Política entregue la conducción de las relaciones universales al Presidente de la República, si en la determinación de una fuente de derecho tan importante como la costumbre la autoridad ejecutiva tiene, finalmente, tan poco que decir.

BIBLIOGRAFÍA

- Bello, Andrés, (1836). *La Observancia de la Ley*. (Santiago. El Araucano).
- Capps, Patrick, (2007). *The Court as Gatekeeper: Customary law in English Courts*. The Modern Law Review, año 70, N°3.
- Cassese, Antonio, (1985). *Modern Constitutions and International Law*. Recueil des Cours, año 192.

- Fuentes, Ximena, (2004). *Aplicación de Tratados Internacionales en el Derecho Interno*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, vol. 1.
- Fuentes, Ximena, (2005). *Aplicación de Tratados Internacionales en el Derecho Interno*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, vol. 2.
- Fuentes, Ximena, (2008). *The relation between international and domestic law: definitely an odd couple*. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Año 77, N°2.
- Fuentes, Ximena, (2012). “Las Inmunidades de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Chilenos”. En Llanos, Hugo Ignacio y Picand, Eduardo (eds.), *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla, Tomo I*. (Santiago. Thomson Reuters y Abeledo Perrot).
- Fuentes, Ximena, (2013). *Derecho Internacional Público. Convenios de Ginebra (1949)*. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, vol. 3.
- Fuentes, Ximena, (2014). “La jerarquía y el efecto directo del derecho internacional en el sistema jurídico chileno”. En Atria, Fernando et al (eds.) *Una Vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. (Santiago. Thomson Reuters).
- Fuentes, Ximena, (2015). “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”. En Chia, Eduardo; Quezada, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución*. Santiago. Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Ginsburg, Tom, Chernykh, Svitlana, and Elkins, Zachary (2008). *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*. University of Illinois Law Review, vol. 201.
- Guzmán, Elías, (2011). *Immunidad de Estado. Análisis de la Práctica Chilena*. (Santiago. Abeledo Perrot).
- Hart, H.L.A., (1997). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, segunda edición.
- Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987). American Law Institute.
- Van Panhuys, J., (1953). *The Netherlands Constitution and International Law*. American Journal of International Law, vol. 47.
- Wordsworth, Samuel, (2013). *Public International Law and English Law*. Unpublished conference. British Institute of International and Comparative Law.

Normativa citada

Constitución Política de la República de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N°1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 30 de mayo de 2000.

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°13.597-94, 26 de septiembre de 1994.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°38.683-94, 30 de septiembre de 1994.

Corte Suprema. Rol N°559-04, 13 de diciembre de 2006.

Corte Suprema. Rol N°469-98, 9 de septiembre de 1998.

Corte Suprema. Rol N°3.452-06, 10 de mayo de 2007.

Corte Suprema. Rol N°5.476-94, 30 de enero de 1996.

Corte Suprema. Rol N°5.566-94, 26 de octubre de 1995.

Lauritzen y otros con Fisco (1955): Corte Suprema, 19 de diciembre de 1955. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 52 (1955), II, sección 1ª, pp. 485 y ss.

Tribunal Constitucional. Rol N°346-02, 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-09, 25 de agosto de 2009.

TRATADOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO¹

TREATED IN THE JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN²

Resumen: En este trabajo podremos observar el debate que existe nacional e internacionalmente sobre la jerarquía de los tratados internacionales. En nuestra Constitución Política de la República, la discusión comienza en el artículo 5° que se refiere a respetar y promover los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, otorgando un debate al significado que esta normativa propone. Por eso este trabajo se basará en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, específicamente en el control a priori y a posteriori.

Palabras clave: Tratados Internacionales, Jerarquía de los tratados, control constitucional y jurisprudencia constitucional.

Abstract: In this work we can observe the debate that exists nationally and internationally on the hierarchy of international treaties. In our Political Constitution of the Republic, the discussion begins in Article 5 which refers to respecting and promoting the International Treaties ratified by Chile and that are in force, giving a debate to the meaning proposed by this regulation. That is why this work will be based on the jurisprudence of our Constitutional Court, specifically on priori and a posteriori control.

Key words: International Treaties, Treaty Hierarchy, constitutional control and constitutional jurisprudence.

1 Este capítulo reúne las ponencias presentadas en las Jornadas de Derecho Público organizadas por la Universidad Católica de Valparaíso (2012) y Universidad de Valparaíso (2015).

2 Profesor titular de Derecho Constitucional Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae.

I. PRECISIÓN PRELIMINAR

A modo de introducción es importante tener presente que la doctrina nacional y extranjera ha debatido fuertemente sobre la jerarquía que le cabe en nuestro ordenamiento jurídico a las disposiciones contenidas en un tratado internacional.

En Chile, la aludida controversia se justifica desde el momento que el artículo 5° de la Constitución Política, reformado en 1989, impone a los órganos del Estado el “respetar y promover” no solo los “derechos garantizados” en la Constitución, sino que también “por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Como consecuencia de lo anterior existen diversos criterios. Así, por ejemplo, algunos consideran que los tratados tendrían rango constitucional e, incluso, supra constitucional³. Una segunda posición sitúa los tratados a nivel superior que la ley⁴. Una variante de la anterior es aquella que diferencia ambas normas desde el punto de vista competencial⁵. Finalmente, existen autores que sitúan los tratados como normas de carácter legal⁶.

3 En tal sentido, puede leerse las opiniones de los profesores Nogueira Alcalá, Humberto, (2005). *La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 N° 1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales*, en *La Constitución Reformada*. (Editorial Librotecnia, año 2005), pp. 383-404; Medina Quiroga, Cecilia, (1996). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Sistema Jurídico y Derechos Humanos, pp. 53 y ss., Cuaderno de Análisis Jurídico N°6, Universidad Diego Portales, Chile, 1996; Cumplido Cereceda, Francisco, (1996). *Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales*. Revista Chilena de Derecho, año 23; Cea Egaña, José Luis, (1999). *Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional, Exposición efectuada ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados el 31 de agosto de 1999*. También del mismo autor: *Derecho Constitucional Chileno*. (Ediciones UIC, año 2008), pp. 217-232; Llanos Mansilla, Hugo, (2005). *Los Tratados y la Reforma Constitucional*. La Constitución Reformada de 2005, pp. 345-379.

4 Este segundo planteamiento sobre la jerarquía de los tratados, es sostenido por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, quien postula que aquellas normas internacionales tendrían una jerarquía supra legal (Véase al efecto el *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, pág. 124). También del mismo autor: *Reformas sobre Derechos Humanos*. Revista Chilena de Derecho, año 16, Universidad Católica de Chile, septiembre-diciembre, 1989).

5 Una posición que diferencia según el ámbito competencial de la ley y tratados, en Mohor A., Salvador y Fiamma O., Gustavo, (1994). *La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales*. Revista de Derecho Público 55/56, pp. 115 y ss.

6 Así se sostiene, por los profesores Evans de la Cuadra, Enrique, (1999). *Los Derechos Constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, pp. 14-29 y Rivera, Teodoro, (2007). *Incorporación de los Tratados Internacionales al Orden Jurídico Chileno*. Revista de Derecho Público 2007, Tomo I, pp 511 y ss., para quienes los tratados tienen rango de ley.

A su vez, en el derecho comparado también se presentan diversas posiciones. Así, en España y Portugal la referencia a los tratados se utiliza para interpretar los reconocidos en la Constitución Política. Similar posición ha seguido la Carta de Perú de 1993. En Venezuela y Ecuador se les otorga jerarquía constitucional. En Costa Rica esto último ha sido desarrollado jurisprudencialmente. Por último, Panamá, Colombia, Argentina, Bolivia y República Dominicana aluden a la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos⁷.

Ciertamente, en esta oportunidad no se ahondará sobre este tema, sino que se pasará revista a las diferentes tesis que se han acuñado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde 1981, en lo que se refiere a los tratados internacionales, tanto en su control a priori como a posteriori.

Obviamente, las reformas constitucionales de 1989 y 2005 han reforzado las posiciones de los autores sobre esta importante temática y han ido configurando precisiones por parte de la Magistratura Constitucional.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En este segundo capítulo se abordará la línea jurisprudencial seguida por el TC en relación a la ubicación de los tratados internacionales dentro de la estructura normativa interna.

1. Jerarquía normativa de los tratados antes de la Reforma Constitucional de 2005.

Sobre este punto se han resuelto distintos asuntos, de los que es posible ir configurando ciertas líneas jurisprudenciales, que a continuación se sintetizan.

1.1. El Tribunal ha resuelto que las normas constitucionales prevalecen sobre aquellas contenidas en los tratados internacionales.

7 Manili, Pablo Luis, (2017). *El bloque de constitucionalidad*. (Editorial Astrea), pp. 156-158.

Para sostener esta postura, el Tribunal cita la doctrina kelseniana, conforme a la cual, ante una contradicción entre normas de derecho internacional y normas constitucionales, el conflicto debe ser resuelto sobre la base del derecho nacional correspondiente.

En mérito de dicha tesis, el Tribunal, basándose en diversas normas constitucionales, a saber, artículos 6°, 32, N°17, 50, N°1 –hoy 54– y 82 N°2 –hoy 93–, concluye la prevalencia de las disposiciones constitucionales.

Precisa que sostener la superioridad normativa de los preceptos constitucionales por sobre las normas de derecho internacional es coherente con el sistema jurídico, pues la tesis contraria importaría permitir la reforma constitucional por un medio distinto al mecanismo de reforma consagrado en la Carta Fundamental.

Agrega –finalmente– que solo puede afirmarse que no existe tal prevalencia cuando así lo establezca la propia Constitución⁸.

1.2. En cuanto a la naturaleza de las normas, se ha sentenciado que tratado y ley son fuentes de derecho diferentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 5°, 50 –hoy 54– y 82 –hoy 93– de la Constitución.

Específicamente, la Magistratura Constitucional, sin entrar a profundizar sobre el tema, ha explicitado que el texto expreso de diversos preceptos constitucionales decanta la distinción anotada.

En efecto, así pueden citarse los artículos 5° (que alude a la Constitución y tratados internacionales), 50 –hoy 54– (que habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley) y el artículo 82, N°2 –hoy 93, N°3– (que distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso)⁹.

1.3. Precizando lo anterior, el Tribunal aclaró que si bien el tratado internacional se somete a los trámites de una ley en su aprobación no es propiamente una ley.

Para fundar este aserto, se razonó acerca del sentido y alcance del artículo 50, N°1 de la Constitución –hoy 54¹⁰– e indicó al efecto que tanto de aquel precepto como de los principios generales de Derecho que rigen la materia se

8 Tribunal Constitucional. Rol N°46/1987, considerandos 27° y 28°.

9 Tribunal Constitucional. Rol N°288/1999, considerando 6°.

10 El artículo 50, N°1, de la Carta Fundamental, expresaba con anterioridad a la reforma Constitucional de 2005 que: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o

inferen “con nitidez, dos reglas básicas que deben observarse en la aprobación de un tratado internacional por el Congreso: 1) que el tratado debe aprobarse o desecharse como un todo sin que sea admisible que el Parlamento le introduzca modificaciones y 2) que si bien el tratado no es propiamente una ley, su aprobación se someterá a los trámites de esta”¹¹.

1.4. Por otra parte, se ha sentenciado que el tratado puede modificar una norma de igual jerarquía -como lo es la ley- toda vez que goza de fuerza de ley.

El Tribunal manifestó al respecto que, en el caso de tratarse de una materia que conforme a la Constitución Política debe regularse por ley, sin adjetivos, de conformidad a lo ya resuelto en su sentencia rol N°260, “se entiende que es una ley común, porque dicha clase de leyes constituyen la regla general en nuestro Código Político, representando las leyes interpretativas, las orgánicas constitucionales y las de quórum calificado, la excepción dentro de la denominación genérica de ley”.

En relación al problema planteado en los autos pertinentes y, unido a lo anterior, cabe recalcar que la Magistratura Constitucional precisó que, al tener el tratado fuerza de ley, nada impide que pueda modificar a una norma de igual jerarquía, esto es, la ley, sin que ello lesione el ordenamiento jurídico vigente.

A su vez –aclaró- que si un tratado contradice una norma de rango legal no le correspondía al Tribunal resolver el asunto, toda vez que no es de su competencia pronunciarse sobre conflictos de legalidad¹².

1.5. Adicionalmente, ha precisado, que si bien las normas internacionales constituyen una jerarquía de normas que está sobre la ley común y las demás normas internas, se sujetan en definitiva a la Constitución Política.

Para sustentar esta tesis, el Tribunal se explayó, en su sentencia rol N° 346, de 2002, respecto de distintos criterios hermenéuticos que permitirían fundamentarla y que surgen desde la interpretación del artículo 5° de la Carta Fundamental.

desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

11 Tribunal Constitucional. Rol N°309-00, considerando 11°.

12 Tribunal Constitucional. Rol N°312-00.

A modo de síntesis, los aludidos criterios son: a) la interpretación literal del citado precepto¹³; b) la historia fidedigna del artículo¹⁴; c) la doctrina nacional

- 13 Sobre este punto el Tribunal señaló que el precepto constitucional -luego de la reforma de 1989- no consagra que los tratados sobre derechos humanos tengan una jerarquía igual o superior a la Carta Fundamental (Considerando 62).
- 14 El Tribunal concluye que los antecedentes emanados de la reforma constitucional efectuada al artículo 5º en el año 1989 -y, en especial, emanados del Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno-, corroboran que el inciso segundo de dicho artículo, no consagra que los tratados internacionales sobre derechos humanos tengan una jerarquía igual o superior a la ley Fundamental. En otras palabras, sobre la base de la historia fidedigna, el Tribunal afirma que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución, ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental. Son tres las cuestiones planteadas en el Informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, que le permiten arribar a tal conclusión: 1.- El fin de la disposición -del artículo 5º- es reafirmar el principio de servicialidad del Estado, y por tanto, el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que no puede vulnerar; 2.- Al brotar de esa naturaleza, la Constitución sólo reconoce a aquellos derechos, estando la ley y tratados internacionales limitados a desarrollarlos sin afectar su esencia, y 3.- A modo de consecuencia de lo anterior, la relación del artículo 5º con los tratados, importa que su vigencia, no impide la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El Tribunal, desprende de esta posibilidad de control sobre los tratados, sugerida en el informe en comentario, que éstos quedan sujetos a la supremacía constitucional, y que por tanto, no gozan de una jerarquía que les permita enmendar normas de la Ley Fundamental. (Considerandos 63 y 69).

sobre la materia¹⁵; d) los precedentes jurisprudenciales¹⁶; y e) la aplicación del principio hermenéutico sistemático¹⁷.

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la reforma constitucional de 2005.

Sobre este punto, cabe destacar la línea jurisprudencial que sostiene hoy en día el Tribunal Constitucional.

Este se ha explicitado recientemente sobre la materia, con ocasión del control preventivo obligatorio del proyecto de ley modificatorio de su ley orgánica

15 En relación al tercer argumento que se desprende de los anales constitucionales (referido a la posibilidad de control constitucional de los tratados), el Tribunal hace referencia para sustentar aquel razonamiento, a la lógica -expresada mediante un cuestionamiento- que desarrolla el profesor Bertelsen respecto del informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, cual es: “¿Cabe, entonces, alguna duda, que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables?”. Continúa el Tribunal agregando dos fundamentos entregados por la doctrina, en orden a descartar la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos. El primero, es relativo a la opinión del profesor Lautaro Ríos, quien señala que el supuesto rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos atentaría contra el mecanismo de reforma constitucional, cual es especialmente rígido en materia de derechos y deberes constitucionales -porque el constituyente busca asegurar la preservación y estabilidad de estos-. Específicamente, se configuraría el atentado, en razón de que el quórum simple y los trámites de una ley ordinaria reemplazarían el quórum especial de reforma y los trámites propios de una ley de reforma constitucional teniendo el efecto de modificar la Constitución. Adicionalmente, se cita al profesor Alejandro Silva Bascuñán, quien afirma que, pese a no haberse consagrado en el texto constitucional el precepto elaborado por la Comisión Ortúzar, que señalaba expresamente la jerarquía normativa de los tratados -esto es, una jerarquía por debajo de los preceptos constitucionales, pero antes de la ley común-, se conserva en el texto constitucional dicho rango normativo, toda vez que desde el punto de vista formal los tratados internacionales cuando inciden en derechos humanos quedan comprendidos en la categoría formal de ley, ya que de acuerdo con la Constitución chilena toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa. (Considerandos 63º, 68º, 70º y 75º).

16 El Tribunal indica que, en fallos anteriores, se ha sostenido la tesis de que en el orden interno las normas constitucionales prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales, citando para estos efectos las sentencias Roles N°s 46 y 309.

17 En razón de este elemento interpretativo, razona el Tribunal en orden a que el inciso segundo del artículo 5º debe ser interpretado relacionándolo con el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 6, y con el control de constitucionalidad preventivo y represivo, contenido en los artículos 80 y 82 n° 2. De lo anterior, resultaría que los tratados sobre derechos humanos no tendrían rango constitucional. Así, ante una eventual contradicción del tratado con el Código Político, aquel sólo podrá incorporarse válidamente al ordenamiento jurídico interno previa reforma constitucional. (Considerandos 72º, 73º y 74º).

constitucional, como consecuencia de la reforma constitucional de 2005, lo que ha generado interesante controversia doctrinaria¹⁸.

En la referida sentencia¹⁹, la Magistratura Constitucional desarrolla diversas consideraciones sobre la jerarquía de los tratados en relación a una norma contenida en el proyecto, que le impedía declarar la inaplicabilidad de los preceptos contenidos en tratados internacionales.

Al efecto, razonó acerca de si la disposición de un tratado podía considerarse dentro de la voz “precepto legal”, contenida en el artículo 93, N°6 de la Constitución. Señaló al respecto que los tratados, si bien no son propiamente una ley, tienen una jerarquía inferior a la Constitución, tal como lo ya lo había señalado en su jurisprudencia anterior.

En cuanto a la validez de los Tratados, indicó que ésta deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y que es en ese marco y respetando la Carta, que el tratado internacional puede tener vigencia interna.

Precisó que si bien las normas internacionales en cuanto a su rango no son propiamente una ley deben sujetarse a la Constitución Política, tal como ya se había entendido anteriormente en otros pronunciamientos.

Luego, desde una perspectiva doctrinaria, hizo suya la tesis sostenida por el profesor Alejandro Silva Bascuñán en cuanto a que la Constitución Política autoriza el control de los tratados internacionales que, si bien pertenecen a una órbita superior a la ley, desde el punto de vista formal quedan comprendidos en ésta, pues de acuerdo a la Constitución toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa.

Se puntualizó, además, que la reforma constitucional de 2005 no añadía nada que permitiera establecer un criterio diferente al sostenido por el Tribunal bajo el texto original de la Constitución de 1980 o en su texto reformado de

18 Con posterioridad a la reforma constitucional de 2005, en cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales y a su control por el Tribunal Constitucional, existen dos posiciones marcadas. En primer lugar, puede citarse al profesor Nogueira A., Humberto, (2007). *Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales*. Revista Estudios Constitucionales, año 5, N°1, pp. 59-88. En una tesis contraria se sitúa el profesor Ribera N., Teodoro, (2007). *Los Tratados Internacionales y su Control A Posteriori por el Tribunal Constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5, N°1, pp.89-120. Véase también sobre la materia el interesante artículo de García B., Ana M., (2010). *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales, según la nueva Ley Orgánica*. Revista de Derecho Público 72, pp. 28-39.

19 Tribunal Constitucional. Rol N°1.288.

1989, por lo que no variarían los criterios ya expuestos en su jurisprudencia sobre la jerarquía de los tratados internacionales y su calidad de preceptos legales a efectos del control.

Añadió, por otra parte, que un ejemplo reciente respecto de la jerarquía de rango legal que tienen los tratados y sus disposiciones en nuestro sistema se encuentra en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional N°20.352, que autoriza al Estado de Chile para reconocer el tratado sobre el Estatuto de Roma. Lo anterior, atendido que si fue necesario reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que este tiene un rango inferior a la Constitución.

Precisa que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54, N°1 de la Carta, no es posible desprender que el Tribunal Constitucional no se encuentra facultado para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. Lo anterior, pues si bien el tratado no se somete al mismo procedimiento que la ley -desde el momento que su formación se rige por la voluntad de dos o más Estados- ello no impide que luego de ser aprobado y ratificado se integre a nuestro derecho interno como un precepto legal, tal como lo entendió el Tribunal y anteriormente la Corte Suprema. El tratado, de conformidad al citado artículo, puede regular materias propias de ley y confirmaría lo anterior su texto expreso, que indica: “las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria”.

Finaliza su sentencia expresando que, de otro modo, “no se explicaría cómo el constituyente de 2005 estableció el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad” “de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas” (artículo 93, inciso primero, N°1, de la Constitución), haciendo referencia directa a las leyes orgánicas constitucionales. A ello debe agregarse el control preventivo y facultativo de constitucionalidad de los tratados internacionales, en conformidad al artículo 93, inciso primero, N°3°, de la Constitución, que también supone que el tratado pueda contener disposiciones propias de ley”²⁰.

20 Véase la sentencia Rol N°1.288, recaída en el control preventivo del proyecto de ley que modifica la Ley N°17.997. El Tribunal se pronunció sobre la jerarquía de los tratados en sus considerandos 41 a 44.

III. TRATADOS Y MATERIAS DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL

Sobre este punto se encuentran en la jurisprudencia del Tribunal diversos criterios, algunos referidos exclusivamente a aspectos propios de los tratados internacionales y otros que constituyen una aplicación a los mismos de la jurisprudencia emanada del control preventivo obligatorio de la ley.

1. Jurisprudencia referida a los tratados que contienen normas orgánicas constitucionales.

Actualmente, entre las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional chileno, y que le fueran otorgadas en virtud de la reforma constitucional de 2005²¹, resulta importante destacar el control preventivo obligatorio de ciertos tratados internacionales.

Específicamente, el artículo 93, inciso primero de la Constitución, ordena que le toca al Tribunal Constitucional conocer del control de constitucionalidad de los tratados internacionales cuando versen sobre materias orgánica constitucionales.

Sobre este punto, hay que recordar que el constituyente no innovó, por cuanto solo vino a consolidar la obligatoriedad del mencionado control que había estado sosteniendo el propio Tribunal en diversos fallos anteriores²².

A la fecha al Tribunal ya le ha correspondido -entre otros- conocer del control de constitucionalidad respecto de un tratado internacional que contenía

21 Vid. Navarro Beltrán, Enrique, (2005). *El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005*. Revista Derecho Público, año 68, pp. 11 y ss.

22 Véase la sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°346-02

normas especiales en materia de atribuciones del Banco Central²³ y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas²⁴.

Del mismo modo, lo ha habido respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁵.

23 Tribunal Constitucional. Roles N°830-07, de 1 de agosto de 2007 (Acuerdo entre la República de Chile y Japón); 553-06, 30 de agosto de 2006 (Acuerdo estratégico Transpacífico de asociación económica); 1315-09, 29 de enero de 2009 (Tratado de libre comercio entre los Gobiernos de la República de Chile y de Australia); 1898-11, 1 de marzo de 2011 (Quincuagésimo Tercer Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica N°35, sobre el comercio de servicios, celebrado entre los Gobiernos de los Estados Partes del MERCOSUR y el Gobierno de la República de Chile); 1818-10, 9 de noviembre de 2010 (Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Chile y el Banco Europeo de Inversión); 1891-11, 3 de marzo de 2011 (Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y la Corporación Andina de Fomento para el desarrollo de las actividades de la CAF en Chile). Más recientemente, Rol N°2522/2013, 26 de septiembre de 2013 (Suplementario sobre Inversiones del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular de China).

24 Tribunal Constitucional. Rol N°1.050-08, 2008.

25 Tribunal Constitucional. Roles N°s 1.415-09 y 2813/2015. En ambos se concluye, en todo caso, que no corresponden a leyes orgánica constitucionales. En el primero, habida consideración que “observando lo decidido por esta Magistratura en la sentencia antedicha, la Ley de Reforma Constitucional N°20.352, publicada en el Diario Oficial el treinta de mayo de dos mil nueve, introdujo en la Carta Fundamental una Disposición Vigésimocuarta Transitoria, nueva, que en su inciso primero dispone lo siguiente: “El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte”; agregando que “en consecuencia, habiéndose pronunciado el Poder Constituyente Derivado en los términos indicados por el precepto constitucional transcrito, este Tribunal constata que el Proyecto de Acuerdo que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Boletín N°6.560-10, sometido a control, es constitucional”. En la segunda, se sostiene que la disposición vigésimo cuarta transitoria es suficiente habilitación para la aprobación del tratado. Funda lo anterior en diversas consideraciones. En primer lugar, la reforma constitucional de la Ley N°20.352 facultó a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. En ello no se innova por el tratado examinado. Este no innova en la competencia de la Corte Penal Internacional. En segundo lugar, la propia disposición vigésimo cuarta transitoria señala que la suscripción del tratado sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es “en los términos previstos en el tratado”. El artículo 121 de este tratado contempla su modificación. Por lo mismo, el poder constituyente previó modificaciones al texto del Estatuto. En tercer lugar, de acuerdo al artículo 54, N°1), de la Constitución, las disposiciones de un tratado pueden ser modificadas en la forma prevista en el propio tratado. Ello se enmarca perfectamente en la situación recién descrita. Finalmente, el objetivo de la presente reforma al Estatuto es incorporar en el mismo el delito de agresión. Hay que considerar que durante la discusión de la reforma constitucional que dio origen a la disposición vigésimo cuarta transitoria, se contemplaba una norma en este sentido. Pero se estimó innecesario, porque esto perfectamente podía incorporarse por medio de una enmienda al propio tratado, el que luego tendría que ser sometido a la aprobación o rechazo del Congreso Nacional (informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, de fecha 30 de

Finalmente, se ha señalado que ciertas convenciones internacionales no contemplan normas orgánicas, razón por la cual no se ha revisado su texto²⁶.

3. Tratados que incluyen normas autoejecutables

Respecto a las normas de un tratado internacional que son objeto de control preventivo de constitucionalidad el Tribunal explicó que solo debe pronunciarse sobre su constitucionalidad en el evento que tengan el carácter de norma “self executing”, esto es, autosuficiente²⁷.

Señaló que, de conformidad a la doctrina, los tratados pueden contener dos clases de normas, a saber las “self executing” y las “non self executing”, teniendo en consideración para este distingo si las disposiciones son o no autosuficientes, es decir, si pueden ser o no aplicadas sin más trámite en el país como fuente de derecho interno. Indicó al efecto que las primeras son las que entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente y, de esta manera, pueden ser aplicadas directamente. Solo esta clase de disposiciones son objeto de control de constitucionalidad.

Las segundas, en cambio, son aquellas que requieren para entrar en vigencia de la dictación de normas –sean leyes, reglamentos o decretos– que las implementen y así las hagan aplicables en el país (es decir, aquellas que imponen al Estado la obligación de sancionar la normativa que sea necesaria para que puedan cobrar efectiva vigencia). Por lo anterior este tipo de disposiciones no pueden entrar en contradicción con la Carta Fundamental pues no son normas vigentes pese que el Presidente haya ratificado el tratado que las contiene.

septiembre de 2014, Boletín N°8182, pp. 9-10). Ahora bien, el TC arriba además a dicha conclusión “teniendo en consideración que, en relación con el artículo 77, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, el texto del artículo único del proyecto de acuerdo sometido a control y las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no modifican ni innovan de manera sustancial respecto de la competencia y atribuciones de los tribunales que, conforme a la legislación interna y al propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, corresponden a la jurisdicción nacional del Estado de Chile”. De esta forma “Este Tribunal Constitucional entiende que el proyecto de acuerdo aprobado por el Congreso Nacional no altera, en lo relativo a las atribuciones de los tribunales de justicia en el orden interno, lo dispuesto en esta disposición vigesimocuarta transitoria de la Carta Fundamental. Tribunal Constitucional. Rol N°1.483-09, de 29 de enero de 2009, en relación a la Convención.

26 Tribunal Constitucional. Rol N°1.483-09, 29 de enero de 2009, en relación a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

27 Tribunal Constitucional. Roles N°s 309-00 y 1.504-09.

Lo anterior conlleva que su constitucionalidad no deba ser examinada por el Tribunal Constitucional. Lo que sí debe controlar ese órgano jurisdiccional, cuando se trata de normas “non self executing” es si los preceptos nacionales que llegan a implementarlas contendrían o no disposiciones contrarias a la Carta Fundamental, cuestión que debe decidirse de conformidad a las instancias que para ello establece la Constitución Política²⁸.

Más recientemente, se ha señalado que “si a juicio de este Tribunal la obligación que imponen las normas de un tratado de desarrollar sus enunciados normativos a través de disposiciones legislativas o administrativas internas permite inferir, razonablemente, que se configurará una inconstitucionalidad de fondo que es posible prever de inmediato haciendo la correspondiente declaración, no resulta posible postergar el examen de constitucionalidad aunque se trate de una disposición non self executing. Tal conclusión apunta a proteger cabalmente la supremacía constitucional en forma acorde con la naturaleza misma del control preventivo de constitucionalidad como el que se ejerce en esta oportunidad”.

Sin perjuicio de lo anterior, se concluye que “pese a que, de conformidad con lo señalado precedentemente, el carácter no autoejecutable de alguna de las normas impugnadas resulta inequívoco, a este Tribunal le asiste la convicción que la obligación que imponen las normas referidas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales o UPOV 91 de desarrollar sus enunciados normativos a través de disposiciones legislativas o administrativas internas, hace aconsejable desde ya revisar los fundamentos constitucionales de las aludidas disposiciones, sin perjuicio de que –en su oportunidad- se efectúe el control de las leyes que se dicten; sin alterar, por ello, la doctrina mantenida por este Tribunal de reservar el examen de constitucionalidad de normas de un tratado no autoejecutables para el examen de la legislación interna respectiva que les dé concreción”²⁹.

28 Véase la sentencia Rol N°383/2003, que es en la que se fundamenta esta excepción, referida a que si la norma no es autoejecutable y requiere de la aprobación de preceptos que, conforme a la Constitución conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo, no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución.

29 Tribunal Constitucional. Rol N°1.988-11.

4. Quórum de aprobación de los tratados que incluyen normas orgánicas

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que si un tratado internacional contiene normas propias del Ley Orgánica Constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido en la Constitución para esta clase de leyes.

Sobre este punto señaló expresamente que “una interpretación armónica y sistemática de los artículos 50, N°1) y 63, inciso segundo, del Código Fundamental llevan, indubitadamente, a la conclusión que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes, pues de aceptarse que basta el quórum exigido para las leyes comunes en la tramitación del acuerdo aprobatorio de dicho tratado se estaría infringiendo el artículo 63, inciso segundo, de ella”³⁰.

Pero, además, hizo aplicable en materia de control de tratados su jurisprudencia referida a la forma en que se da cumplimiento a los quorums establecidos por la Constitución para las diversas clases de leyes, explicitando al efecto que “en ambas ramas del Congreso, el Tratado fue aprobado con un quórum superior al exigido por el inciso segundo del artículo 63 de la Constitución, para los efectos de aprobar, modificar o derogar una ley orgánica constitucional” por lo que “aun cuando la aprobación del Tratado en la Cámara de Diputados se haya tramitado como ley simple, lo cierto es que la votación cumple con la exigencia del ya mencionado artículo 63 de la Carta Fundamental”³¹.

5. Tratados e informe previo de la Corte Suprema.

El Tribunal –precisó– que si las normas de un tratado involucran materias propias de la ley orgánica constitucional que dice relación con la organización y

30 Tribunal Constitucional. Rol N°309-00. Cabe precisar que el año 2008, en sentencia Rol N°1.050-08, el Tribunal controló el proyecto de acuerdo aprobatorio relativo al Convenio N°169, sobre pueblos indígenas, adoptado por la OIT, y que fuera objeto de un requerimiento resuelto por el Tribunal en la aludida sentencia Rol N°309.

31 Tribunal Constitucional. Roles N°s 309-00, 312-00, 383-03 y 1.504-09.

atribuciones de los tribunales de justicia, es menester que se dé cumplimiento a la exigencia constitucional de informe previo de la Corte Suprema³².

6. Oportunidad de impugnación de los tratados

Sobre este punto el Tribunal entendió que, tratándose de tratados internacionales, la cuestión de constitucionalidad solo puede formularse mientras se encuentren sometidos a la aprobación del Congreso Nacional.

Concluyó lo anterior tendiendo en consideración “la necesidad de certeza jurídica” respecto de la obligatoriedad del tratado internacional.

Adicionalmente, argumentó que la promulgación y la publicación de un tratado, no previstas en la Constitución Política, obedecen a una práctica impuesta por la doctrina y la jurisprudencia.

Explicitó que, el problema en esta materia consiste en que no existe una oportunidad determinada para efectuar la ratificación del tratado -desde el momento que representa una facultad privativa del Presidente de la República que puede ejecutar con toda discrecionalidad sin tener plazo en su actuar- motivo por el cual su promulgación carece de fecha cierta “-al extremo que en nuestra práctica institucional se registran casos en que han pasado décadas sin que se promulgue un convenio ya aprobado y ratificado—”.

Por ello, indica el Tribunal, se erosiona la seguridad jurídica “tanto en el ámbito nacional como en el internacional ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas”.

De esta manera resolvió que, atendida la dificultad señalada, “no es posible fijar la promulgación de la ley como la oportunidad límite para formular un requerimiento en contra de un proyecto de tratado internacional” y, por consiguiente, este solo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso³³.

32 Tribunal Constitucional. Rol N°312/2000.

33 Tribunal Constitucional. Rol N°288/1999.

7. Requerimiento de parlamentarios contra tratados internacionales

Tal como ya se ha señalado, después de la reforma de 2005, existen dos casos relevantes, en los que se cuestionó durante su proceso de aprobación la constitucionalidad de tratados internacionales.

La primera, referida a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en la que el TC acogió el requerimiento de los parlamentarios, haciendo presente que la cláusula IV del referido acuerdo internacional no regulaba materias propias de ley orgánica internacional, razón por la cual el proyecto de acuerdo relativo a dicho tratado debía considerarse aprobado por la Cámara de Diputados³⁴.

El segundo requerimiento, dirigido contra las normas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales o UPOV 91, el TC rechazó la acción, haciendo sí presente diversos alcances a dicha normativa respecto de la propiedad ancestral³⁵.

En este último caso el tribunal realizó audiencias públicas, escuchando a los diversos interesados.

Cabe hacer presente que, con antelación a la reforma constitucional de 2005, se habían presentado seis casos³⁶, la casi totalidad desechados, salvo el referido a la Corte Penal Internacional, en la que se señaló que la materia requería reforma constitucional³⁷. Igualmente, se declaró uno inconstitucional por vicios de forma, en razón del quórum³⁸.

8. Debe suscitarse cuestión de constitucionalidad

Más recientemente, el TC decidió no admitir a trámite un requerimiento presentado por Senadores en contra del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, al estimarse que no había suscitado aún una

34 Tribunal Constitucional. Rol N°1.504-09, 3 de noviembre de 2009.

35 Tribunal Constitucional. Rol N°1.988-11, 24 de junio de 2011.

36 Tribunal Constitucional. Roles N°s 288-99 (acuerdo con Argentina sobre límites, declarado inadmisibles por extemporáneo); 309-00 (Convenio 169, ya citado); 311-00 y 312-00 (Acuerdo de Integración minera con Argentina, siendo rechazado); y 383-03 (Convención sobre desaparición forzada de personas).

37 Tribunal Constitucional. Rol N°346-02.

38 Tribunal Constitucional. Rol N°383-03 (Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas).

cuestión de constitucionalidad; de forma tal que el conflicto normativo se encontraba en “etapa de desarrollo” en el Congreso Nacional; a lo que se agrega que la Magistratura Constitucional no tiene el carácter de consultiva³⁹.

IV. TRATADOS E INAPLICABILIDAD

Siguiendo la revisión de la jurisprudencia del Tribunal, cabe resaltar que los tratados internacionales pueden ser objeto de declaración de inaplicabilidad, pero no de declaración de inconstitucionalidad a posteriori.

La Magistratura, en su sentencia rol N°1.288, explicitó las razones que sustentan aquella postura y que lo llevaron a declarar la inconstitucionalidad del artículo 47 B del proyecto de ley modificatorio de su ley orgánica, que establecía como causal de inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad el que este versara sobre las normas de un tratado internacional.

Precisó al respecto que no es posible declarar la inconstitucionalidad a posteriori de las disposiciones de un tratado desde el momento que este es un acuerdo de voluntades entre dos Estados y tal declaración implicaría una contravención a las normas de derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados.

A su vez, importaría la conculcación de las disposiciones constitucionales que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales, la negociación, conclusión y ratificación de los tratados. Todo lo anterior, por cuanto aquella declaración tiene los mismos efectos que una ley derogatoria, esto es, expulsa el precepto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, indicó, sí es posible declarar la inaplicabilidad de la disposición de un tratado, toda vez que esta atiende a las particularidades del caso concreto y solo tiene efectos en la gestión judicial determinada, por lo que la norma mantiene su vigencia en el Estado. Se trata además de la aplicación del precepto a un caso, de manera que no importa suspensión del tratado, como lo prohíbe el artículo 54 de la Carta Fundamental.

39 Tribunal Constitucional. Rol N°6.662-19 (Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico)

Agregó que, por lo demás, en España⁴⁰ (país que sirvió como referente para la reforma de 2005) se ha señalado que lo único que no es posible realizar es declarar la nulidad de un tratado mediante el control de constitucionalidad, toda vez que ésta debe fundarse exclusivamente en las causas previstas en el Derecho Internacional. Por otra parte, también se tuvo consideración lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley Fundamental de Alemania⁴¹.

Finalmente, el Tribunal señala que el artículo 47 B del proyecto aludido, trata una materia referida a las atribuciones del Tribunal Constitucional,

40 Señala el Tribunal Constitucional que “el artículo 96.1 de la Constitución Española, que señala: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”. Y como destaca Manuel Díez de Velasco refiriéndose precisamente al ordenamiento jurídico español: “los Tratados deben respetar y conformarse a la Constitución. En efecto, un Tratado que ya formase parte de nuestro ordenamiento interno podría ser objeto de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161. 1.a) de la Constitución y art. 27.2. c) de la L.O.T.C.) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y arts. 35 y ss. de la L.O.T.C.)”. Concluyendo el mismo autor que “El control de constitucionalidad corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado(a) unilateralmente por una de las Partes.” (Instituciones de Derecho Internacional Público, 11ª Edición, Editorial Tecnos, 1997, pág. 198)”.

41 La aludida disposición indica que: “si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”.

cuestión que no es de competencia del legislador sino que está reservada a la Carta Fundamental⁴². Se trata de una materia aún de escaso desarrollo⁴³.

1. Inadmisibilidades

Se han declarado inadmisibles diversos requerimientos sobre tratados internacionales.

Así se hizo, por ejemplo, respecto de una presentación dirigida en contra de los artículos 1º, 3º y 12 de la Convención sobre Secuestro Internacional de Niños. Se consideró que el requerimiento carecía de fundamento razonable, atendido que tenía como razón de ser el que no se resolviera respecto de la tuición de la menor sobre la base de normas que se impugnaban ante el TC en circunstancias que en la gestión pendiente no se discutía la tuición de un menor⁴⁴.

42 Respecto de esta materia se escribieron numerosos artículos criticando y apoyando lo resuelto por el Tribunal en orden a la procedencia de la inaplicabilidad de los tratados internacionales. Véase al efecto: “*Un fallo del TC sujeto a la crítica*” de los Profesores de Derecho Internacional Edgardo Riveros Marín, Hugo Llanos Mansilla, Claudio Troncoso Repetto, Alberto Riosco Vásquez, Edmundo Vargas Carreño, Astrid Espalíat Larson, Fernando Gamboa Serazzi, Samuel Fernández Illanes y Álvaro Arévalo Cunich, el día 22 de septiembre de 2009. En sentido contrario, “*Constitución y tratados*”, del Doctor en Derecho Teodoro Ribera Neumann, Universidad Autónoma de Chile, el 29 de septiembre de 2009. Asimismo véanse los artículos de Nogueira, Humberto (2009). *Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional, poder constituido respetuoso de la Constitución o poder constituyente en sesión permanente?* Estudios Constitucionales, Año 7, N°2. Universidad de Talca, pp. 389-427 y de Nuñez, Manuel, (2011). *Las representaciones internas del Derecho Internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En obra colectiva Jurisprudencia Constitucional destacada, pp. 19-35.

43 En un estudio se ha señalado que: “a) Los tratados deben someterse a la Constitución; b) Que las materias que regula un tratado, si son de ley, quedan comprendidas en la órbita legislativa y sujetas a los controles que para ellas se establecen por el orden interno; y c) Que el principio pro homine, como elemento interpretativo, estaría sujeto al principio de supremacía constitucional, tanto respecto del órgano jurisdiccional que debe interpretar, como de las normas que le sirven de fundamento, puesto que en virtud del mismo, se puede impedir una aplicación irrestricta de los tratados internacionales, en caso de ser más favorable la ley interna, según se analizó en su oportunidad”. Finalmente, considera también que “no existiría una “suspensión”, pues el tratado internacional en todo momento ha estado produciendo sus efectos en el ordenamiento jurídico, sólo que en el caso concreto no procede aplicarlo” (León Henríquez, Nicolás, (2015) *La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre tratados internacionales*, Cuaderno del Tribunal Constitucional, N°62).

44 Tribunal Constitucional. Rol N°572-06, 31 de enero de 2007.

Con antelación, también se había declarado inadmisile una presentación en la que más se cuestionaba el mérito de la resolución judicial, lo que no se compadece con el propósito de la acción de inaplicabilidad⁴⁵.

También, en autos, se declaró inadmisile un requerimiento que se dirigía contra el artículo 22 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de 1991. La Magistratura sentenció que el requerimiento no se encontraba razonablemente fundado en atención a que no se indicaba claramente la forma en que la norma impugnada podía contrariar la Constitución⁴⁶.

Del mismo modo, se declaró inadmisile una presentación en que se le solicitaba al Tribunal Constitucional declarar la vigencia de una determinada norma internacional⁴⁷.

En concordancia con lo anterior se desecha también un asunto en que no se plantea un conflicto de constitucionalidad, sino que una cuestión de mera legalidad, en la medida que el requerimiento se sustenta en la determinación del sentido y alcance que debe darse a la competencia del Tribunal de Garantía de los Andes a partir del tratado internacional aludido, alegándose como infringidas un conjunto de disposiciones del Código Orgánico de Tribunales⁴⁸.

En un caso más reciente, se declaró inadmisile el requerimiento por estimar que al cuestionarse una disposición contenida en un tratado internacional no tenía el carácter de precepto legal⁴⁹.

En un último caso, se estima inadmisile una presentación dirigida en contra del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, al no dirigirse propiamente contra una norma legal⁵⁰.

45 Tribunal Constitucional. Rol N°531/06, 8 de agosto de 2006. En el mismo sentido, Rol N°551/2006, de la misma fecha.

46 Tribunal Constitucional. Rol N°1.832/10, 17 de noviembre de 2010.

47 Tribunal Constitucional. Rol N°586/06, 4 de octubre de 2006.

48 Tribunal Constitucional. Rol N°2.353-12, 4 de diciembre de 2012.

49 Tribunal Constitucional. Rol N°2.789-15, 25 de marzo de 2015.

50 Tribunal Constitucional. Rol N°6.447-19, 31 de mayo de 2019. Señala la resolución que “no basta con que la norma objeto de impugnación consista en una regla jurídica, sino que también aquella ha de encontrarse determinada y detentar jerarquía de ley propiamente tal” y, en este caso. “el requirente no ha impugnado normas determinadas, sino que la totalidad de un cuerpo normativo, que, por lo demás, escapa al sentido y alcance de la expresión ‘precepto legal’, en los términos desarrollados por la jurisprudencia”.

2. Sentencias definitivas

Se impugnaron mediante una acción de inaplicabilidad diversas disposiciones de la denominada “Convención de Varsovia”, (esto es, del “Convenio para la unificación de ciertas normas relativas al transporte aéreo internacional”). El requerimiento fue declarado admisible y en su sentencia definitiva el Tribunal juzgó si los preceptos reprochados atentaban contra el derecho a la igualdad ante la ley y contra el debido proceso.

Como cuestión previa, la Magistratura recordó lo que fue su pronunciamiento respecto a la inaplicabilidad de las normas de un tratado, indicando, en síntesis, que para los efectos del ejercicio de la acción de inaplicabilidad las normas del tratado son consideradas como un precepto legal⁵¹.

En cuanto al fondo del asunto, se resolvió que no se vulneran los derechos aludidos por cuanto no resultaría arbitrario el establecimiento de un límite en la indemnización por la pérdida de equipaje, atendido que si el pasajero no declara el valor del mismo, la compañía aérea no tiene cómo asegurarlo. Se precisó además que era lógico que se limitara el monto de la indemnización por tratarse de una responsabilidad objetiva a todo evento, sin perjuicio que, además, si la persona declaraba y pagaba una determinada suma podía asegurar el valor total del equipaje trasladado⁵².

Por otra parte se sentenció que no se vulneraban las normas del debido proceso ya que si bien la Convención alteraba las reglas de la carga de la prueba –en el proceso destinado a lograr el pago de todos los perjuicios para el caso en que el pasajero no hubiere declarado el valor de lo transportado- ello no impedía rendir probanzas ni recibir una indemnización.

51 Véase sobre este punto la sentencia Rol N°1.288-09 referida al control preventivo de la ley modificatoria de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. En el pronunciamiento respectivo el Tribunal da sus razonamientos para concluir la factibilidad de impugnar, vía inaplicabilidad, los preceptos de un tratado.

52 Tribunal Constitucional. Rol N°1.307/ 2010, 20 de enero de 2011.

V. CRITERIOS HERMENÉUTICOS Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En esta materia el Tribunal ha aplicado los criterios de interpretación constitucional incorporados en su jurisprudencia emanada del control preventivo de los proyectos de ley. A su vez, cabe destacar que ha tenido en consideración la gravedad que supone para un Estado declarar la inconstitucionalidad de una norma de Derecho Internacional.

Sobre la base de lo anterior, la Magistratura ha explicitado que dos son los criterios hermenéuticos que deben utilizarse al momento de efectuar el control preventivo de constitucionalidad de las normas de un tratado:

1. Presunción de constitucionalidad

Este criterio consiste en que el Tribunal solo declara la inconstitucionalidad de una norma aprobada por los poderes del Estado, solo cuando llega a la íntima convicción que la pugna entre esa norma y la Constitución es clara y resulta imposible armonizarlas.

2. Interpretación conciliadora

En relación al criterio anterior se encuentra la interpretación conciliadora que tiene como fuente la doctrina alemana -que el Tribunal ha hecho suya- que acude al principio de la “interpretación amigable con el derecho internacional.” Esto quiere decir que la Magistratura Constitucional debe efectuar los máximos esfuerzos para encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución⁵³.

53 En relación a los dos criterios enunciados la Magistratura ha explicitado en su sentencia Rol N°309 del año 2000: “1°. Que para la adecuada resolución del asunto sometido a su consideración, este Tribunal estima conveniente precisar, desde ya, tanto para una debida comprensión de su sentencia, como para evitar repeticiones en cada caso, que en sus razonamientos y decisiones se inspirará en dos principios de hermenéutica jurídica que se indicarán en los motivos 2° y 3°: uno, constantemente recogido por esta Magistratura y avalado por la unanimidad de la doctrina y otro, que si bien se relaciona íntimamente con el anterior, es sustentado, principalmente, por los estudiosos del Derecho Internacional. Lo anterior, naturalmente, no excluye otras reglas de interpretación constitucional a las que se referirá en casos determinados; 2°. Que el primero se ha denominado de “presunción de constitucionalidad” por algunos y “presunción de legitimidad”, por otros, vinculándose estrechamente con el que unos últimos denominan “de conformidad a la Constitución”. Sin

VI. REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD EN LOS QUE SE HA INVOCADO LA VULNERACIÓN A PRINCIPIOS O DERECHOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES

En diversos pronunciamientos de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional ha invocado disposiciones contenidas en tratados internacionales que establecen derechos esenciales que deben ser respetados por el Estado, por expreso mandato del artículo 5° de la Carta Fundamental.

1. Prisión por Deudas

Se solicitó, en la gestión constituida por el juicio ejecutivo sustanciado ante un Juez del Trabajo, que se inaplicaran los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322 (sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social), por cuanto al permitir aplicar el arresto -como medida de apremio por deudas provisionales- crearían un caso de prisión por deudas, prohibido en los tratados internacionales.

El Tribunal rechazó el requerimiento, estimando que las disposiciones se ajustaban a la Constitución Política, en armonía con lo dispuesto en el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, que prohíbe la prisión por deuda, mientras que en este caso se trataba de obligaciones legales y no civiles, asimilables a deudas alimentarias⁵⁴.

embargo, cualquiera que sea la denominación, lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley. Este principio ha sido constantemente aplicado por este Tribunal como lo evidencian las sentencias dictadas en las causas roles N°s. 257, 271, 293 y 297, entre otras; 3°. Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución”.

54 Sentencias Roles N°s 576-07 y 519-07.

Más recientemente, el TC ha sentenciado que el incumplimiento injustificado de las obligaciones de familia en materia de compensación económica con respecto a la mujer divorciada importa de suyo y por sí mismo una forma de discriminación omisiva inaceptable, de modo que se dispone la medida de apremio de arresto para corregirla. No calificándola como una forma de prisión por deuda. En tal sentido, se ha indicado que “mediante esa medida de última ratio, se tiende a crear de facto igualdad de oportunidades entre los ex cónyuges y a no perpetuar diferencias arbitrarias entre ambos”. Por consiguiente, consideró “justificada o proporcionada la medida de apremio dispuesta, por lo que la aplicación legal de la misma no vulnera el derecho a la libertad personal y seguridad individual”⁵⁵.

2. Derechos del Niño

Un grupo de parlamentarios impugnó un proyecto de ley, modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece el sistema de responsabilidad juvenil de los adolescentes por infracciones a la ley penal, por considerar que infringía lo dispuesto en tratados internacionales.

Se resolvió que no se vulneraba el artículo 5° de la Constitución Política, en relación con diversos preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁶.

2. Libertad vigilada

Se solicitó la inaplicabilidad de los artículos 17 y 19 de la Ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, por cuanto permitían al juez revocar el beneficio de libertad vigilada en el evento que el condenado no pagara la indemnización de perjuicios impuesta en la sentencia. Se rechazó la infracción denunciada al artículo 5°, inciso 2°.

Al respecto el Tribunal entendió que: “No advirtiéndose contradicción alguna entre los efectos que produciría la aplicación de los preceptos legales impugnados y la norma de derecho internacional que se alega infringida, resulta inoficioso, un ejercicio puramente teórico, impropio de un Tribunal e inconducente para resolver el libelo, razonar acerca de si una eventual contradicción, que en este caso no se verifica, sería suficiente para inaplicar

⁵⁵ Tribunal Constitucional. Rol N°2.102-11.

⁵⁶ Tribunal Constitucional. Rol N°786-07.

el precepto legal. En consecuencia, esta Magistratura no decidirá en esta causa si, a virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el derecho a no sufrir prisión por deudas es uno fundamental que emana de la naturaleza humana y si, por estar contenido en un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente, es o no apto y suficiente para servir de fundamento para declarar inaplicable un precepto legal”⁵⁷.

4. Acceso a la información

La Corte de Apelaciones de Valparaíso solicitó la inaplicabilidad del artículo 13 de la Ley N°18.575, por cuanto podría vulnerar el artículo 8 de la Constitución.

El Tribunal rechazó el requerimiento por diversas razones, entre las cuales tuvo en consideración que la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre de 2000, precisa que: “Sin esta información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental” (Principio N°19)”⁵⁸.

En relación al mismo principio, el Tribunal rechazó un requerimiento de funcionarios directivos de Televisión Nacional de Chile, quienes impugnaban el artículo décimo, letra h), de la ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, que establece la publicidad de las remuneraciones de quienes ocupen labores directivas superiores. Se tuvo en consideración en tal sentido además una sentencia de la Corte Interamericana de Justicia sobre el acceso a la información⁵⁹.

5. Derecho a la identidad

El conflicto constitucional sometido a la decisión de la Magistratura consistía en que, la aplicación del artículo 206 del Código Civil, a la resolución de la gestión judicial pendiente, eventualmente podía vulnerar la obligación que pesa sobre todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos

57 Tribunal Constitucional. Rol N°807/ 2007.

58 Tribunal Constitucional. Rol N°634/2007.

59 Tribunal Constitucional. Rol N°1.849-11.

esenciales que emanan de la naturaleza humana, consignada en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental. El requerimiento fue acogido y el Tribunal expresó que, entre dichos derechos, se encontraba el derecho a la identidad personal, consagrado en diversos tratados internacionales de aquellos que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁶⁰.

En algunos casos, se ha estimado que esta disposición legal solo importa una infracción a la igualdad ante la ley⁶¹. Más recientemente se ha acogido solo en lo que atinge a la exigencia de que el presunto padre haya debido fallecer dentro del plazo de 180 días posteriores al nacimiento del hijo para que sea procedente la reclamación de la filiación respecto de los herederos de aquél⁶².

6. Derecho a aclaración y rectificación

En otro caso, en el que analizó la naturaleza jurídica del derecho de aclaración y rectificación, el Tribunal Constitucional invoca el artículo 19 N°12 de la Carta Fundamental en conjunto con el artículo 14 de Pacto de San José de Costa Rica, “preceptos que habilitan al legislador para regular su ejercicio, sin afectar la esencia del mismo, ni vulnerar el principio de igualdad”⁶³.

7. Protección del trabajo

Finalmente, en una reciente decisión que declara inaplicable una disposición del Código del Trabajo (artículo 26 bis), se estima infringido el derecho a la protección del trabajo que establece el artículo 19 N°16 de la Constitución Política, a la vez que el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre que reconoce la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁴.

Similar criterio se ha empleado respecto del inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo, que señala “y de las esperas que les corresponda cumplir

60 Tribunal Constitucional. Rol N°1.340-09.

61 En tal sentido, Roles N°s 1.656-10, 1.537-10 y 1.563-09.

62 Tribunal Constitucional. Roles N°s 2.035-11 y 2.105-11.

63 Tribunal Constitucional. Rol N°1.247-09.

64 Tribunal Constitucional. Rol N°1.852-11.

entre turnos sin realizar labor”, por contravenir también la garantía del artículo 19 N°16 constitucional⁶⁵.

El TC ha señalado que la protección del trabajo se vincula con el deber que el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental impone a los órganos del Estado en el sentido de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución Política como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁶⁶.

8. Presunción de inocencia

Se ha sentenciado que una determinada disposición legal –el artículo 207 de la Ley del Tránsito– que como consecuencia de dos infracciones graves aplica inmediatamente una medida de suspensión, sin proceso judicial previo, afecta el principio de inocencia, claramente consignado en tratados internacionales suscritos por Chile, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁷.

Cabe señalar sobre este punto que el TC ha declarado que “la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas”.

Ahora bien, se ha puntualizado que en tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Pacto de San José de Costa Rica”–, en el artículo 8.2, dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” y que “durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas” que enuncia.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que

65 Tribunal Constitucional. Roles N°s 2.110-11, 2.086-11, 2.114-11, 2.182-12 y 2.197-12.

66 Tribunal Constitucional. Rol N°1.968-11.

67 Tribunal Constitucional. Rol N°2.045-11.

se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”⁶⁸.

9. Principio non bis in idem

Nuestra Magistratura Constitucional ha precisado que aun cuando se estimara que el principio del debido proceso legal, consagrado en nuestra Constitución, no incluye la prohibición de ser juzgado y penado dos veces por un mismo hecho (non bis in ídem), igualmente ha de entenderse que forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el que reconoce como fuente de esos derechos tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Así resulta pertinente recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, promulgado por Decreto Supremo N°778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1989, indica, en su artículo 14 N°7, que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”. La Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, promulgada por Decreto Supremo N°873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991, establece, a su vez, en su artículo 8 N°4, que: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”⁶⁹.

10. Migrantes

Con ocasión de la normativa sobre Ley de Extranjería (DL 1094), el TC también ha tenido oportunidad de aludir a disposiciones interamericanas. En tal sentido, se alude a los derechos a emigrar e inmigrar. Igualmente, a que en el Derecho Comparado se distingue entre extranjeros y nacionales o ciudadanos para el ejercicio del derecho de circulación y residencia⁷⁰.

Justicia militar

68 Tribunal Constitucional. Rol N°1.718-10, en relación con Rol N°793-07.

69 Tribunal Constitucional. Rol N°1.968-11.

70 Tribunal Constitucional. Rol N°2.273-12.

Por último, existe también jurisprudencia del TC en un caso referido al régimen de la justicia militar.

En tal sentido, se expresa que “la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”. Igualmente, se agrega 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 solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense”. De lo anterior se concluye que “no cabe duda que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República”⁷¹.

VII. CONCLUSIONES

1. Doctrinariamente, existe debate en nuestro país acerca de la jerarquía de los tratados internacionales. Así, por ejemplo, algunos consideran que los tratados tendrían rango constitucional e, incluso, supra constitucional. Una segunda posición sitúa los tratados a nivel superior que la ley. Una variante de la anterior es aquella que diferencia ambas normas desde el punto de vista competencial. Finalmente, existen autores que sitúan los tratados como normas de carácter legal.

2. A su vez, en el derecho comparado también se presentan diversas posiciones. Así, en España y Portugal la referencia a los tratados se utiliza para interpretar los reconocidos en la Constitución Política. Similar posición ha seguido la Carta de Perú. En Venezuela y Ecuador se les otorga jerarquía constitucional. En Costa Rica esto último ha sido desarrollado jurisprudencialmente. Por

71 Tribunal Constitucional. Rol N°2.493-13.

último, Panamá, Colombia, Argentina, Bolivia y República Dominicana aluden a la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos.

3. El TC ha señalado que si bien las normas internacionales, en cuanto a su rango, no son propiamente una ley, deben sujetarse a la Constitución Política, siguiendo jurisprudencia anterior. Dicha situación no se habría modificado con ocasión de la reforma constitucional de 2005. En todo caso, se ha instado por una interpretación conciliadora y una presunción de constitucionalidad de los tratados.

4. El TC ha revisado diversos tratados internacionales por la circunstancia de contener normas de carácter orgánico. Así, por ejemplo, tratándose de disposiciones que aluden a atribuciones del Banco Central y, especialmente, el Convenio 169 sobre pueblos originarios.

5. Del mismo modo, se ha distinguido entre normas autoejecutables y aquellas que no tienen tal carácter. A su vez, se ha pronunciado sobre los quorum de aprobación; oportunidad de impugnación y necesidad de que se produzca una cuestión de constitucionalidad para su impugnación preventiva.

6. En materia de inaplicabilidad de tratados, mayoritariamente han sido declarados inadmisibles, sin perjuicio de un caso que fue rechazado en el fondo (Convenio para la unificación de ciertas normas relativas al transporte aéreo internacional).

7. Finalmente, en diversas sentencias de inaplicabilidad se ha invocado la vulneración a principios o derechos contenidos en tratados internacionales. Así, por ejemplo, en materia de prisión por deudas, derechos del niño, libertad vigilada, acceso a la información, derecho a la identidad, derechos de aclaración y rectificación, protección del trabajo, presunción de inocencia, principio de non bis in idem, situación de migrantes y jurisdicción militar.

BIBLIOGRAFÍA

- Cea Egaña, José Luis, (1999). “Mérito Constitucional del Tratado que establece la Corte Penal Internacional”, Exposición efectuada ante la Comisión de Relaciones Exteriores de la H. Cámara de Diputados el 31 de agosto de 1999.
- Cea Egaña, José Luis, (2008). *Derecho Constitucional Chileno*. (Ediciones UC).

- Cumplido Cereceda, Francisco, (1996). Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, año 23.
- Evans de la Cuadra, Enrique, (1999). *Los Derechos Constitucionales*. (Editorial Jurídica de Chile).
- García B., Ana María, (2010). *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales, según la nueva Ley Orgánica*. *Revista de Derecho Público*, N°72.
- León Henríquez, Nicolás, (2015) *La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre tratados internacionales*. Cuaderno del Tribunal Constitucional, N°62.
- Llanos Mansilla, Hugo, (2005). *Los Tratados y la Reforma Constitucional. La Constitución Reformada de 2005*.
- Manili, Pablo Luis, (2017). *El bloque de constitucionalidad*. (Editorial Astrea).
- Medina Quiroga, Cecilia, (1996). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuaderno de Análisis Jurídico N°6, Universidad Diego Portales
- Mohor A., Salvador y Fiamma O., Gustavo, (1994). *La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales*. *Revista de Derecho Público* 55/56.
- Navarro Beltrán, Enrique, (2005). *El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005*. *Revista Derecho Público*, año 68.
- Nogueira A., Humberto. (2007). *Reforma Constitucional de 2005 y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales*. *Revista Estudios Constitucionales*, año 5, N°1.
- Nogueira, Humberto, (2005). *La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 N°1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales, en La Constitución Reformada*. (Editorial Librotecnia, año 2005).
- Nogueira, Humberto, (2009). *Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional, poder constituido respetuoso de la Constitución o poder constituyente en sesión permanente?*. *Estudios Constitucionales*, año 7, N°2. Universidad de Talca, 2009.
- Nuñez, Manuel, (2011). *Las representaciones internas del Derecho Internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En obra colectiva *Jurisprudencia Constitucional destacada*.
- Rivera, Teodoro, (2007). *Incorporación de los Tratados Internacionales al Orden Jurídico Chileno*. *Revista de Derecho Público* 2007, Tomo I.

Ribera N., Teodoro, (2007). *Los Tratados Internacionales y su Control A Posteriori por el Tribunal Constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5, Nº1.

Silva Bascuñan, (1989). *Reformas sobre Derechos Humanos*. Revista Chilena de Derecho, año 16, Universidad Católica de Chile.

Silva Bascuñan, (1997). *El Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV*. (Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional. Rol Nº46-87

Tribunal Constitucional. Rol Nº288-99,

Tribunal Constitucional. Rol Nº309-00

Tribunal Constitucional. Rol Nº311-00

Tribunal Constitucional. Rol Nº312-00

Tribunal Constitucional. Rol Nº346-02

Tribunal Constitucional. Rol Nº383-03

Tribunal Constitucional. Rol Nº531-06

Tribunal Constitucional. Rol Nº553-06

Tribunal Constitucional. Rol Nº572-06

Tribunal Constitucional. Rol Nº586-06

Tribunal Constitucional. Rol Nº519-07

Tribunal Constitucional. Rol Nº576-07

Tribunal Constitucional. Rol Nº 634-07

Tribunal Constitucional. Rol Nº786-07

Tribunal Constitucional. Rol Nº807-07

Tribunal Constitucional. Rol Nº830-07

Tribunal Constitucional. Rol Nº1.050-08

Tribunal Constitucional. Rol Nº504-09

Tribunal Constitucional. Rol Nº1.315-09

Tribunal Constitucional. Rol Nº1.340-09

Tribunal Constitucional. Rol Nº1.247-09

Tribunal Constitucional. Rol Nº1.415-09

Tribunal Constitucional. Rol Nº1.483-09

Tribunal Constitucional. Rol N°1.504-09.
Tribunal Constitucional. Rol N°1.563-09
Tribunal Constitucional. Rol N°1.307-10
Tribunal Constitucional. Rol N°1.537-10
Tribunal Constitucional. Rol N° 1.656-10
Tribunal Constitucional. Rol N°1.718-10
Tribunal Constitucional. Rol N°1.818-10
Tribunal Constitucional. Rol N°1.832-10
Tribunal Constitucional. Rol N°1.849-11
Tribunal Constitucional. Rol N°1.852-11
Tribunal Constitucional. Rol N°1.891-11
Tribunal Constitucional. Rol N°1.898-11
Tribunal Constitucional. Rol N°1.968-11
Tribunal Constitucional. Rol N°1.988-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.035-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.045-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.086-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.102-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.105-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.110-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.114-11
Tribunal Constitucional. Rol N°2.182-12
Tribunal Constitucional. Rol N°2.197-12
Tribunal Constitucional. Rol N°2.273-12
Tribunal Constitucional. Rol N°2.353-12
Tribunal Constitucional. Rol N°2.493-13
Tribunal Constitucional. Rol N°2.522-13
Tribunal Constitucional. Rol N°2.789-15
Tribunal Constitucional. Rol N°2.813-15.
Tribunal Constitucional. Rol N°6.447-19
Tribunal Constitucional. Rol N°6.662-19

CONSTITUCIÓN REFORMADA EN 2005, TRATADOS INTERNACIONALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

CONSTITUTION REFORMED IN 2005, INTERNATIONAL TREATIES AND CONSTITUTIONALITY CONTROL

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ¹

Resumen: El objetivo de este artículo es determinar el sentido y alcance que tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, ya que en nuestra Constitución Política de la República no hay norma expresa que le dé una categoría determinada entre las fuentes del derecho, por lo que ello debe determinarse por vía interpretativa como lo analizaremos en esta oportunidad.

Palabras clave: Tratados Internacionales, jerarquía de los tratados, fuentes del derecho e interpretación de los tratados.

Abstract: The objective of this article is to determine the meaning and scope that international treaties have in the Chilean legal system, since in our Political Constitution of the Republic there is no express rule that gives it a specific category among the sources of law, so this must be determined interpretively as we will analyze in this opportunity.

Key words: International Treaties, hierarchy of treaties, sources of law and interpretation of treaties.

¹ Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica; Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (CECOCH) y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es el de determinar el sentido y alcance que tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, ya que en nuestra Constitución Política de la República no hay norma expresa que le dé una categoría determinada entre las fuentes del derecho, por lo que ello debe determinarse por vía interpretativa.

Para ello debemos partir del hecho de que en el ordenamiento jurídico nacional es la Constitución Política la única norma jurídica habilitada para determinar la existencia de otras normas de derecho interno ya que determina el modo de producción de ellas, dotándolas de validez, vigencia y aplicabilidad. Además la Carta Fundamental, como norma fundamental del derecho estatal, puede remitirse a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez y vigencia, como son las normas de *ius cogens*, el derecho consuetudinario internacional y el derecho convencional internacional, siendo los tratados internacionales solo una de las fuentes del derecho internacional y la única a la cual la Constitución se refiere, aunque en la práctica jurisdiccional, la judicatura ordinaria aplica tanto los principios de *ius cogens* como el derecho consuetudinario internacional², considerando que ambos se incorporan automáticamente al derecho interno y se aplican en forma directa, a su vez, el Tribunal Constitucional asume la misma perspectiva respecto de los principios de *ius cogens*³.

Agreguemos que las obligaciones emanadas de un tratado vinculan al Estado y a todos sus órganos, incluso antes de que dicho tratado haya sido ratificado, en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, el cual dispone: “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el

2 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°146-06, 31 de julio de 2006, considerandos 5° y 6°. Revista Gaceta Jurídica (2006) N° 313. Edición Lexis Nexis. Santiago, pp. 243-254. Corte de Apelaciones de Santiago. (2009). Rol N° 7985-2007, considerando 14°; Corte de Apelaciones de Santiago. (2009). Rol N°2.495-08, considerando 10°; Corte de Apelaciones de Santiago. (2010). Rol N°7.816-09, considerando 15°. Corte Suprema de Justicia. (Sala Penal). Rol N°559-04. (Caso Molco), 13 de diciembre de 2006, considerandos 23°-24. Corte Suprema de Justicia. (Sala Penal). Rol N°3.125-04, 13 de marzo de 2007, considerandos 31-33. Corte Suprema. Rol N°2.182-98, (Caso Chihuío), de treinta de noviembre de dos mil siete, considerandos 11°-14°; 36°-37°, 40°-41°, 43°-44, 48°. Corte Suprema. (2007). Rol N°3.452-06, considerando 59°; Corte Suprema. (2008). Rol N°1.528-06, considerando 31°; Corte Suprema. (2011). Rol N°8314-09, considerando 17°; (2010). Rol N°9.474-09, considerando 13°; Corte Suprema. (2015). Rol N°17.393-15, de 18 de noviembre de 2015, considerando 3°.

3 Tribunal Constitucional. Rol N°2.615-14-INA, 30 de octubre de 2014, considerando 10°.

tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente”. En Chile, hay sentencias de nuestros tribunales basadas en tal disposición, haciendo aplicación correcta de estos deberes de abstención del Estado de realizar actos que frustren el objeto y fin del tratado⁴.

La soberanía estatal no es solo el principio que fundamenta *la validez* de las normas que integran el ordenamiento jurídico interno sino que también es la norma que habilita la *aplicabilidad* de normas jurídicas provenientes del derecho internacional que le son indisponibles en su validez, vigencia y eficacia, que la Constitución solo determina la aplicabilidad de ellas cuando se incorporan como *derecho convencional internacional* al ordenamiento nacional de acuerdo a las reglas precisadas constitucionalmente.

A su vez, todo tratado internacional que se incorpora al derecho interno por decisión del propio Estado en el ejercicio de su soberanía representa un límite externo o heterónomo que el Estado ratificante asume y se autoimpone, con el efecto de impedir que en el futuro se dicten normas violatorias de dicho tratado, así sean “normas constitucionales, lo que para tal supuesto implica que un tratado (...) funciona como un límite al futuro poder constituyente que introduce enmiendas a dicha Constitución”⁵.

El tratado actúa desde fuera del derecho interno con calidad de límite exterior y, por la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), el Estado que se limitó libre y voluntariamente con ese alcance “no está habilitado para incluir después en su Constitución normas que contradigan su conducta internacional anterior”⁶, sin violentar el derecho internacional y generar responsabilidad internacional del Estado, además de violentar el texto constitucional en su artículo 54 N°1, inciso 5°.

4 Corte de Apelaciones de Santiago. (2004). Rol N°1.1821-03, considerandos 35°, 36°, 96 y 97; Corte de Apelaciones de Santiago. (2006). Rol N°1.0279-06, considerando 12°; Corte de Apelaciones de Santiago. (2006). Rol N°5.937-06, considerandos 12° y 13°.

5 Bidart Campos, Germán, (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. (Buenos Aires. Editorial Ediar), pp. 259-260.

6 Bidart Campos, Germán, (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. (Buenos Aires. Editorial Ediar), *Ibid.*, p. 260.

La *aplicabilidad* es la cualidad cuya consecuencia en una norma presupone como condición la validez y vigencia de ella, cuya consideración transcurre por dos cauces normativos. El primero, el que determina directamente la Constitución para el derecho interno; el segundo, el diseñado por la Constitución para que las normas producidas en el derecho internacional de acuerdo con sus propios modos de producción normativa resulten aplicables en el ámbito regido por el ordenamiento estatal, pero indisponibles para el Estado en su validez y en su vigencia. Sobre esta materia el Tribunal Constitucional erróneamente confunde la validez del tratado que es otorgada por el derecho internacional con la aplicabilidad del tratado en el derecho interno que deriva de la incorporación del tratado conforme al procedimiento determinado constitucionalmente⁷, lo que es inducido por el error en que incurre Teodoro Rivera y parte de la doctrina constitucional chilena⁸, no es sostenible que la *validez* de un tratado dependa de la Constitución.

Asimismo, consideramos incorrecto hablar de *jerarquía del tratado en relación a la ley*, como a menudo expresa el Tribunal Constitucional, desarrollando la afirmación de que el tratado tiene “rango” superior o igual a la ley. Las expresiones “rango de ley” y “fuerza de ley” solo son predicables de normas que emanan del ordenamiento jurídico que tiene como fuente de validez la Constitución estatal, la que determina los modos de producción de enunciados normativos infra constitucionales de derecho interno. *El rango de ley* otorga a ciertos enunciados normativos, vale decir, a los preceptos legales, que son generados conforme a la Constitución por los órganos colegisladores que expresan la voluntad unilateral del Estado, constituyendo fuentes primarias del ordenamiento jurídico nacional, una determinada *fuerza de ley* tanto en su dimensión pasiva como activa, la que se manifiesta en relación a otras fuentes del derecho generadas unilateralmente por el Estado conforme a la

7 Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-2008, considerando 41°: “(…). De este modo, tal como lo ha sostenido el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, “la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna” (Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, p. 7).

8 Rivera Neumann, Teodoro, (2007). *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5 N°1. Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 89-118. En el acápite sobre “validez normativa de los tratados en la Constitución luego de la reforma de 2005”, confunde la validez de los tratados con la aplicabilidad de los mismos en el derecho chileno. La misma perspectiva sostiene en “Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, p. 7.

Constitución, que son infra legales, vale decir, constituyen grados inferiores a la ley en la gradación de fuentes formales internas de dicho ordenamiento jurídico, determinando la fuerza normativa superior de la ley respecto de la potestad reglamentaria. El *rango de ley* es el presupuesto necesario para la atribución de la *fuerza de ley* como asimismo para la asignación de un *valor de ley* que el ordenamiento jurídico estatal les otorga a los enunciados legales teniendo presente su posición en el sistema constitucional de fuentes formales del ordenamiento jurídico del Estado.

A diferencia de la ley, la *fuerza normativa del tratado* viene dada por el derecho internacional que determina su existencia, validez, vigencia, la cual no es una fuerza normativa derivada de la Constitución Estatal. *El tratado no tiene rango ni fuerza de ley, sino fuerza normativa de tratado*, la cual puede oponerse a toda norma de generación unilateral del Estado, cuando dicho tratado ha sido incorporado válidamente al orden jurídico interno conforme a los procedimientos determinados por la respectiva Constitución, sin que por ello deje de ser tratado internacional ni perder su fuerza normativa de tal, la que vincula al Estado, a todos sus órganos y autoridades, mientras el tratado no sea eliminado del ordenamiento jurídico conforme a las reglas del mismo tratado o las reglas generales de derecho internacional, posición que asume la propia Carta Fundamental en el artículo 54 N°1, inciso 5°, introducido por la reforma de 2005.

El artículo 54 N° 1, inciso 5°, impide la adopción de toda norma de derecho interno, incluida una reforma constitucional, que afecte la fuerza normativa del tratado internacional vigente e incorporado válidamente al derecho interno. El artículo 54 N°1, inciso 5°, debe ser razonado e interpretado en perfecta armonía con los artículos 26 (*pacta sunt servanda*), 27 (no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado) y 31 (*Bonna fide*), de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, por lo que la generación de una norma unilateral del Estado de cualquier jerarquía y fuerza normativa conforme al derecho interno, contraria a las normas de un tratado válidamente incorporado al derecho interno, vulnera tanto la Constitución como el derecho internacional, generando en este último caso, la responsabilidad internacional del Estado. Con ello se cumple uno de los objetos y fines de la reforma constitucional de 2005, armonizar nuestro derecho interno con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado.

Contrariamente a lo sostenido por Ribera, no es sostenible su análisis del 54 N°1, inciso 5°, de nuestra Constitución el que relaciona con el artículo

96.1 de la Constitución española, ya que parte del supuesto que debemos interpretar un enunciado normativo de nuestra Carta Fundamental de la misma manera como lo entiende una corriente de la doctrina española⁹, olvidando que el texto constitucional chileno debe interpretarse armónica y sistemáticamente con todas las disposiciones que lo integran y teniendo en cuenta el objeto y fin de la reforma constitucional de 2005, y no en el contexto del texto español, en el cual, en la práctica jurisdiccional el control reparador de tratados no ha sido ejercido en las últimas décadas, precisamente para evitar la responsabilidad internacional del Estado español por vulneración o eventual suspensión de disposiciones de tratados válidos, vigentes y obligatorios para España.

Asimismo, el artículo 54 N°1, inciso 5°, tiene su fuente en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, en sus artículos 42 y 43, no en la Constitución española que la copio de primer texto.

En efecto, el artículo 42 de la Convención de Viena de 1969 referente a la *Validez y continuación en vigor de los tratados*, determina:

“1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.

2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”.

A su vez, el artículo 43 de la Convención citada, precisa que “La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”.

9 Rivera Neumann, Teodoro (2007). *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5 N°1. Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, *ibid.*, pp. 89-118. En sentido contrario, ver Jimena, Luis (2007), pp. 419-441.

En tal perspectiva, el artículo 54 N°1, inciso 5°, de nuestra Carta Fundamental constitucionaliza el derecho convencional internacional, impidiendo el control reparador de constitucionalidad de tratados internacionales.

Asimismo constituye un error de Ribera considerar que la disposición del artículo 54 N°1, inciso 5, de nuestra Constitución, solo vincularía a los órganos colegisladores¹⁰ por estar en una disposición constitucional refiere al Congreso Nacional, ya que es sabido, pacíficamente, que las disposiciones de un tratado vinculan a todos los órganos y autoridades estatales, incluidos los órganos jurisdiccionales, cuyas sentencias pueden ser también causantes de responsabilidad internacional del Estado. Un ejemplo práctico es la sentencia de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.

En el caso chileno, conforme al texto constitucional no hay disposición constitucional alguna que se refiera al control reparador de tratados, más aún el legislador que redactó la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispuso con claridad en su texto que no había control reparador concreto de tratados, agreguemos que dicho legislador era el mismo que había aprobado la reforma constitucional al artículo 93 de la Constitución, y consideraba que la reforma de 2005, no había atribuido al Tribunal Constitucional tal competencia. Señalemos que el Tribunal Constitucional en una decisión altamente discutible y sin fundamento en el texto constitucional, del cual debe partir toda interpretación constitucional, eliminó lo dispuesto por el legislador, por medio de un acto pretoriano basado en una interpretación subjetiva, la que tiene menos sostenibilidad vía interpretativa que la del legislador que consideraba que la Constitución no autorizaba el control represivo al no haberlo establecido el texto constitucional, ya que el Tribunal Constitucional no tenía atribuida dicha competencia por la Carta Fundamental. Agreguemos adicionalmente que, conforme a nuestra Constitución, los órganos estatales solo pueden ejercer las competencias expresamente atribuidas, conforme determinan los artículos 6° y 7° de la Constitución, el texto no admite competencias implícitas ni se puede argüir circunstancias extraordinarias. A ello debe agregarse el *selfrestraint* que debe ejercer el Tribunal Constitucional respecto de sí mismo, debiendo solo determinar una inconstitucionalidad cuando en todas las interpretaciones legítimas de un precepto legal este es contrario a la Constitución, respetando

10 Rivera Neumann, Teodoro, (2007). *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5 N°1. Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Chile, *ibid.*, p. 112.

en dicho plano la distribución de competencias determinadas por la Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional no es legislador positivo, cuando actúa como tal erosiona su *autoritas* y se queda solo como un acto de *potestas*. No es casualidad, que se plantee por amplios ámbitos políticos actualmente la restricción de competencias del Tribunal Constitucional a través de una reforma constitucional, siendo un termómetro de la escasa legitimidad con que cuentan algunos fallos altamente discutibles del Tribunal Constitucional en la sociedad chilena, por ser un tribunal que un usa prudentemente el *sef retreint* o la *deferencia hacia el legislador*.

Nuestra Constitución en materia de control de constitucionalidad no se acerca al texto constitucional español, sino a los textos constitucionales latinoamericanos de Colombia, Bolivia y Ecuador, que contemplan al igual que Chile, un control preventivo de tratados internacionales en el texto constitucional, desde el cual debe partir toda interpretación de la Constitución y no de pre conceptos sin base constitucional expresa. La Constitución se defiende desde el propio texto constitucional, no desde concepciones subjetivas, preconceptos o prejuicios de los agentes de ejercicio temporales del Tribunal Constitucional.

II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

La reforma de 2005, en materia de tratados internacionales, como ya hemos señalado buscó armonizar el texto constitucional con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado de Chile, buscó llenar diversos vacíos en la tramitación de los tratados internacionales en el proceso de su incorporación al derecho interno y durante su mantención en el orden jurídico nacional, modificando el anterior artículo 50 N°1 de la Constitución, actual artículo 54 N°1. Asimismo introdujo la norma del actual artículo 54 N°1, inciso 5°, buscando establecer una coherencia entre las reglas que rigieran los tratados incorporados al ordenamiento jurídico y las obligaciones internacionales del Estado contenidas en los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en concordancia con los artículos 26, 31.1 y 27 de la misma Convención, impidiendo así la afectación de la validez, vigencia y aplicabilidad del tratado mientras estos formen parte del ordenamiento jurídico, para no incurrir en responsabilidad internacional por actos unilaterales del Estado. Asimismo, estableció expresamente la competencia

del Tribunal Constitucional en el procedimiento de control de compatibilidad de la Constitución con los tratados, al momento de incorporarse estos al derecho interno, mediante el control preventivo de constitucionalidad que se concreta en los artículos 93 N°1 y 3° de la Constitución. En una perspectiva complementaria reforzó el control de constitucionalidad reparador concreto y abstracto, inexistentes antes de la reforma de 2005, pero únicamente para *preceptos legales*, en el artículo 93 N°6 y 93 N°7 de la Carta Fundamental. De tales disposiciones consideradas en una interpretación sistemática no hay nada que permita sostener que haya una expresión inequívoca del deseo del constituyente de 2005, “en cuanto a que el Tribunal Constitucional goza de competencia para ejercer un control a posteriori de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” como con entusiasmo sostiene Ribera¹¹.

El inciso 1° reformado del artículo 54 (ex artículo 50), introduce una precisión en su frase final, que es de gran trascendencia respecto de los tratados, ya que el texto de este inciso anterior a la reforma en análisis se prestaba a disímiles interpretaciones, entre ellas la que sostenía que los tratados internacionales eran preceptos legales y como tales podían ser objeto de control de constitucionalidad conforme al anterior artículo 80 de la Constitución como había sostenido la Corte Suprema.

La nueva redacción establece “que la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara de los quórums que corresponda (...) y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

La expresión “aprobación de un tratado” y “se someterá, en lo pertinente” afirma solo que en el proceso de incorporación del tratado, este requiere de la aprobación de las cámaras que integran el Congreso Nacional, para lo cual, *solo en lo pertinente* a dicha aprobación se somete a los tramites de una ley, lo que explicita que un *tratado internacional* no es una norma creada unilateralmente por el Estado, como son los preceptos legales, no debe su validez, vigencia y eficacia al derecho interno, no pasa a ser tramitado como las leyes internas, las Cámaras solo aprueban o rechazan el texto presentado por el Presidente de la República y es este el que determina el momento de su ratificación o canje de instrumentos perfeccionando la vinculación del Estado con las obligaciones jurídicas emanadas del tratado. Es evidente así

11 Rivera Neumann, Teodoro, (2007). *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5 N°1. Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, *ibid.*, p. 109.

que el proceso de incorporación al derecho interno del tratado no sigue el proceso legislativo de las leyes ni es asimilable a las mismas. Tal perspectiva era reconocida además expresamente por el propio Tribunal Constitucional, con anterioridad a la reforma de 2005¹², aunque en una perspectiva ambigua que, a menudo es modificada y acomodada para sostener que el tratado tiene jerarquía de ley o jerarquía superior a las leyes pero infraconstitucional, lo que nunca es razonado jurídicamente en forma satisfactoria, sino solo constituyen afirmaciones sin apoyo en el texto constitucional, en otras palabras, afirmaciones pretorianas subjetivas, las cuales varían y se acomodan de una sentencia a otra, con el único objeto de asumir por decisión propia una competencia no otorgada por la Carta Fundamental¹³.

El procedimiento estatal de incorporación del tratado al derecho interno solo determina la obligación jurídica de los órganos estatales de vincularse por los enunciados normativos contenidos en el mismo, una vez que el tratado se encuentre válidamente incorporado al derecho interno. Desde dicho momento, el Estado en su conjunto queda vinculado por las obligaciones contenidas en el tratado hasta el vencimiento del tratado si este tiene tal fecha; desde que el tratado se denuncia, si este admite tal procedimiento y se desarrolla conforme a la Convención de Viena II, lo que ocurrirá en el momento en que conforme al propio tratado o a las reglas del derecho internacional el Estado queda definitivamente desvinculado del tratado; o cuando conforme al derecho internacional el tratado pueda considerarse nulo.

Mientras el tratado forma parte del derecho interno, el Estado, ni ninguno de sus órganos, puede disponer unilateralmente acerca de su derogación, modificación o suspensión de su aplicación, como lo establece expresamente el artículo 54 N°1, inciso 5° de la Constitución, en plena armonía con los

12 Tribunal Constitucional. Rol N°288-99, 24 de junio de 1999, considerando 6°.

13 Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-08, de 2009, en su considerando 43°, el que precisa: “Que, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N°1 del artículo 54 de la Constitución (“...se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”) que aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (rol N°288), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental”. Agregando el fallo en análisis, en su considerando 47°, que “El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de “precepto legal”. “El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de “precepto legal”.

artículos 42, 43, 26, 31.1. y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Tales son las disposiciones que el Tribunal Constitucional debe aplicar, ya que están protegidas por la supremacía constitucional. Tal obligación jurídica constitucional para todos los órganos y autoridades del Estado, impide determinar la conversión de los tratados a través de una varita mágica en “leyes”, normas de derecho interno creadas unilateralmente por el Estado, vale decir, alterar sustantivamente la naturaleza, forma y efectos jurídicos de un tratado, y también impide que, en otro pase mágico, se les dote de “fuerza de ley”, desconociendo que el tratado constituye una norma creada por el derecho internacional y no por la Constitución, determinando el primero su validez, vigencia y fuerza normativa. La Constitución solo puede dotar de calidad de leyes o preceptos legales a disposiciones de derecho interno nacidas de acuerdo a las normas de producción determinadas por la Constitución, pudiendo solo a ellas dotarlas de *fuerza de ley*, que es un concepto solo aplicable a normas nacidas dentro del ordenamiento jurídico estatal, teniendo además presente que la *fuerza de ley* determina su gradación dentro de las fuentes formales internas, respecto de normas infralegales.

Por otra parte, la inmensa mayoría de la doctrina reconoce la diferencia entre tratados y leyes, como también asume que son reglas jurídicas nacidas en distintos ordenamientos jurídicos y que, incluso tienen grandes diferencias en su proceso de incorporación al ordenamiento estatal que no es necesario explicitar, ya que son de todos conocidas.

El Tribunal Constitucional en el considerando 49 de la sentencia rol N°1.288-2008, esboza como fundamento, para otorgar *fuerza de precepto legal a los tratados*, con el objeto de *posibilitar el control reparator concreto de constitucionalidad de los mismos*, que: “(...) si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello”.

Dicha afirmación no es evidente sino una afirmación sin justificación ni inferencia lógica, ya que lo único que demuestra la afirmación del Tribunal Constitucional es que la Constitución tiene que hacerse compatible con el tratado para que este entre al ordenamiento jurídico, lo que se reforma así, en el caso de incompatibilidad, no es el tratado al que no se le mueve ni una coma, lo que se modifica es el texto de la Constitución para hacerla compatible con el primero, ya que es la Carta Constitucional la que no puede estar en discordancia con el tratado que se incorpora al ordenamiento jurídico, ya

que ello generaría responsabilidad jurídica del Estado conforme al artículo 54 N°1 inciso 5°, como con los artículos 42, 43, 26, 31.1 y 27 de la Convención De Viena sobre Derecho de los Tratados.

Tal perspectiva está expresamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia rol N°804, considerandos 4° y 5°, los que determinan:

“En este sentido, la regla de oro en la interpretación internacional está dada por el artículo 31 N°1 de la Convención de Viena, la que ordena que: ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’. Esta regla, a su vez, da aplicación a la norma contenida en el artículo 27 de la misma Convención, según la cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplida por ellas de buena fe”.

“Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno”¹⁴.

La perspectiva de la superioridad jerárquica de la Constitución sobre el derecho convencional internacional implica una concepción que no es sostenible desde el texto constitucional por no tener fundamento en el mismo, ni puede inferirse de los enunciados constitucionales, porque el control de compatibilidad entre Constitución y tratados no determina jerarquía superior de la Constitución sobre el tratado, como ya hemos explicitado, la jerarquía solo es posible de determinar entre normas jurídicas que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico y dependen en su validez y modo de producción normativa de una norma superior común, lo que no es el caso de los tratados.

El tratado no tiene su modo de producción determinado por la Carta Fundamental sino por el derecho internacional y su modo de producción normativa, la que determina su validez, vigencia y eficacia. Tratado y Constitución son normas jurídicas de dos ordenamientos jurídicos diferentes. La Constitución solo

¹⁴ *Caso Jeanny Meneses Cubides*, (2007): Tribunal Constitucional. Rol N°804-07, 28 de diciembre de 2007, considerando 4° y 5°

determina el procedimiento de incorporación del tratado al derecho chileno, pero ello nada dice sobre jerarquía normativa de uno sobre otro.

Algunos autores han intentado desarrollar un razonamiento para sostener que pueden homologarse los tratados a los preceptos legales solo si existe un fin lícito que debe explicitarse y someterse a la crítica científica¹⁵, el razonamiento que se avanza es que no hay impedimento para que las materias de ley puedan ser tratadas por un tratado, lo que es obvio, un tratado no tiene límite material alguno para regular cualquier materia que en el derecho interno sea tratada por distintas fuentes formales de derecho interno, sea esta la Constitución, las leyes o los reglamentos, pero una vez que el tratado que contiene tales materias se encuentra incorporado válidamente al derecho interno ninguna reforma constitucional, ley u otra norma interna, pueden afectar su contenido material ni las obligaciones jurídicas derivadas del mismo para el Estado Parte, ya que el contenido del tratado queda protegido por los artículos 42, 43, 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena ya señalados, como asimismo por el artículo 54 N°1, inciso 5° de la Constitución, por lo tanto dicho razonamiento no es plausible a un Estado que cumple sus obligaciones internacionales de buena fe y no opone obstáculos de derecho interno al cumplimiento de tales obligaciones internacionales, cualquier otra conducta genera responsabilidad internacional del Estado, lo que hace inadmisibile la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como lo ha sostenido una Sala del propio Tribunal Constitucional en 2015¹⁶.

En tal perspectiva, no es que el Tribunal Constitucional pueda extender el control de constitucionalidad reparador concreto a materias que en el

15 Nuñez, Manuel, (2010). *Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad*. Revista Estudios Constitucionales, año 8, N°2, pp. 431-464.

16 Tribunal Constitucional. Rol N°2789-15 INA, 25 de marzo de 2015 (inadmisibilidad de inaplicabilidad), considerando 7°: "(...) respecto de la impugnación del artículo 14, párrafo 3°, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se configura la causal de inadmisibilidad del número 4 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que una norma de un tratado ratificado por Chile no constituye "un precepto que tenga rango legal" en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad". "Además, el ejercicio de un examen represivo de constitucionalidad de disposiciones de tratados internacionales por parte de este Tribunal Constitucional implicaría contrariar los compromisos internacionales suscritos por Chile sobre formación y extinción de los tratados, infringiendo de este modo el principio "pacta sunt servanda" consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, en relación con lo preceptuado en el artículo 54 N°1 de la Carta Política de la República". (Resolución de Ministros: Marisol Peña T., Francisco Fernández F., Juan José Romero G., Nelson Pozo S., y disidencia de Ministro Domingo Hernández E.).

derecho interno son de rango de ley y que han sido asumidas por un tratado ratificado, sino que, al quedar dichas materias incorporadas al tratado vigente, ellas no pueden ser afectadas unilateralmente por ningún órgano estatal mientras el tratado sea vinculante para el Estado Chileno, porque así lo ha querido el Estado chileno, en ejercicio de su soberanía, al incorporar el tratado respectivo al derecho interno, los enunciados normativos que antes tenían fuerza de ley adquieren ahora fuerza normativa de tratado.

Sin embargo, debemos explicitar que si el contenido material del tratado constituyen *atributos y garantías de derechos humanos*, en dicha materia, opera otro principio consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos, que nada tiene que ver con el rango o jerarquía de las disposiciones normativas, el *principio favor persona*, debiendo primar “la interpretación que mejor asegure y garantice los atributos y garantías que integran el derecho considerado, vale decir, la interpretación que expanda y optimice en mejor forma los derechos, como asimismo, cuando se interprete una limitación o restricción de derechos, se debe optar por la interpretación que más restrinja dicha limitación”; por otra parte, este principio tiene una vertiente normativa, que dispone que cuando “existen diversas normas que regulan uno o más derechos, debe aplicarse la norma que mejor asegure y garantice los atributos de los derechos, con independencia de su nivel jerárquico”. Tal principio se encuentra asegurado por las reglas de interpretación contenidas en el artículo 29, literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en diversos otros tratados¹⁷ postulado desarrollado consistentemente en casos

17 El mismo postulado se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 5°; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, artículo 5.2; la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 41; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo VII; y en la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

contenciosos y Opiniones Consultivas por la Corte IDH¹⁸, como, asimismo, asumido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional¹⁹.

La aplicación preferente, en su caso, de un tratado, no implica la nulificación o derogación de normas jurídicas de derecho interno que entren en conflicto con las normas del mismo, ello solo determina la aplicación preferente de las normas del tratado, sin que se afecte la validez, vigencia o aplicabilidad de la norma interna para aquellas hipótesis en que no entran en conflicto con los deberes jurídicos de cumplir con los tratados de buena fe, sin oponer obstáculos de derecho interno a dicho cumplimiento.

Descartada la perspectiva anteriormente reseñada, se considera que igual debería cubrirse la necesidad de alguna forma de control (reparadora) de constitucionalidad de los tratados, lo que justificaría “la extensión del concepto de precepto legal hacia lo que técnicamente no corresponde a una ley”²⁰. Tal afirmación constituye una afirmación de principio sin respaldo en el texto constitucional y constitutiva de un acto que afecta las obligaciones jurídicas de un tratado que debe cumplirse de buena fe, lo que genera responsabilidad internacional del Estado y un ilícito internacional que la reforma de 2005

18 Véanse, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia (Fondo)*, Sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, núm. 90; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70 (alcance del derecho a la vida en situaciones de conflictos armados no internacionales); Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148 (prohibición del trabajo forzado u obligatorio); Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, N° 107 (relación entre la libertad de expresión y la sociedades democráticas); Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, N° 63 (derechos específicos de los niños y niñas, menores de 18 años); y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, N° 125 (derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas); Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C N° 257, párrafo 142; Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafo 84; para solo señalar algunas sentencias en la materia. Entre las Opiniones Consultivas ver: Opinión Consultiva OC-1/82 “*otros tratados. Objeto de la Opinión Consultiva de la Corte*”, 1982, párrafo 48; Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, nota 232, párrafo 52.

19 Tribunal Constitucional. Rol N°1.361-09, trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°. Tribunal Constitucional. Rol N°1.191-09, 19 de mayo de dos mil nueve, considerando 19°. Tribunal Constitucional. Rol N 1.484-10, de 5 de octubre de 2010, considerando 25°.

20 Núñez, Manuel, (2010). *Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad*. Revista Estudios Constitucionales, año 8, N°2, op. cit., pp. 431-464.

buscó eliminar, ya que genera obstáculos de derecho interno al cumplimiento de obligaciones internacionales, como dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y además constituye vulneración directa de la Constitución al artículo 54 N°1, inciso 5°, materia a la cual ya nos hemos referido suficientemente.

Dicha perspectiva fue expresamente asumida por el gobierno y los diversos sectores representados en el Senado en el primer trámite constitucional de la reforma constitucional de 2005²¹.

Frente a tan contundente evidencia, la sentencia rol N°1.288-2008, recurre a la opinión aislada del Senador Hernán Larraín, a la que se hace referencia como carta de triunfo de apoyo a sus consideraciones, lo que solo confirma *un vicio en que incurre el Tribunal Constitucional*, el cual es acudir a la de cita opiniones personales aisladas de miembros de un órgano colegiado, *que no constituyen acuerdos*, como ocurre en este caso. Las opiniones aisladas no tienen más valor que el fundamento que la sostiene, no siendo historia fidedigna del precepto constitucional respectivo por no constituir un acuerdo del órgano constituyente derivado, para quienes gustan del originalismo.

Además, cabe afirmar que la Constitución parte de la base que cada órgano estatal y autoridad cumple con las funciones y atribuciones conforme disponen las reglas generales del artículo 6° y 7° de la Constitución, en tal perspectiva, el texto constitucional determina la legitimación activa de los órganos que pueden concretar el control preventivo facultativo de tratados y los casos en que los tratados pasan por un control preventivo obligatorio de constitucionalidad, en ambos casos los órganos y autoridades respectivas deben realizar sus cometidos conforme a la Constitución, los que si se realizan correctamente no debería haber ningún conflicto entre la Constitución y los tratados incorporados al ordenamiento jurídico. Tanto el Presidente de la República como las ramas del Congreso Nacional tienen el apoyo jurídico necesario para tal objeto, como finalmente, queda abierto el acceso a las minorías parlamentarias para requerir el control del Tribunal Constitucional. No está demás señalar que, somos partidarios de incluir un control preventivo obligatorio todos los tratados que, conforme al texto constitucional, deben pasar por la aprobación de ambas ramas del Congreso Nacional para incorporarse al derecho interno.

21 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, pp. 188 y ss.

Finalmente, quedan todavía las facultades del gobierno como representante del Estado para negociar modificaciones a los tratados, plantear denuncias de tratados o la nulidad de ellos, ajustándose a las normas del respectivo tratado o las reglas generales del derecho internacional.

Tal perspectiva en materia de denuncia de tratados queda claramente reseñada en el artículo 54 N° 1, inciso sexto, de la Carta Fundamental reformada en 2005, el cual determina:

“Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por este. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, este dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno”.

A su vez, el inciso séptimo del artículo 54 N°1 de la Carta Fundamental:

“En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a este dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro”.

La prevalencia del derecho interno sobre la normas del derecho internacional válidamente incorporado al derecho interno, por más que se haga efectiva (lo que no implica que se haga válidamente), constituye una violación de normas internacionales incorporadas al derecho interno, y por ello, una transgresión al derecho interno y a la Constitución, un debilitamiento del Estado de Derecho y una afectación de la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile, como lo reconoce la Corte Suprema chilena en fallo rol N°5.566 de 26 de octubre de 1995, considerando 14, el cual sostiene: “Lo anterior, es sin perjuicio además de reconocer que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional -como se destaca en la sentencia recurrida- si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente de producirse sí debilitaría el estado de derecho”.

En la misma perspectiva la Corte Suprema en sentencia rol N°24.344 del 11 de enero de 1995, confirmó por unanimidad, la sentencia de la Segunda

Sala de la Corte de Apelaciones, rol N°3396-94, de fecha 22 de diciembre de 1994, cuyo considerando cuarto señaló: “Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente en el país..., debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del tratado”, a su vez, el considerando quinto agregaba: “Que la convención internacional se aplica preferentemente a la ley interna, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional”.

Por tanto, cuando se desee quedar fuera de la obligación de cumplir las disposiciones de un tratado, no hay que recurrir a la vía legislativa ni a la vía constituyente interna, salvo para armonizar la norma interna con la del tratado, para otro objetivo son ineficaces, solo cabe recurrir a la vía internacional del procedimiento de denuncia del tratado de acuerdo con las normas del derecho internacional, asumiendo el costo político, jurídico y, a veces económico y diplomático, de la respectiva decisión.

III. EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA REFORMA DE 2005

La reforma constitucional de 2005 innovó en la regulación constitucional de los tratados, estableciendo expresamente y únicamente el control preventivo de ellos conforme determina el artículo 93 N°1 y 3 de la Carta Fundamental, como asimismo desarrolló un nuevo sistema de control de constitucionalidad diferente al existente hasta esa fecha en Chile, fortaleciendo el control del Tribunal Constitucional sobre preceptos legales, determinando los nuevos artículos 93 N° 6, control reparador concreto de leyes y, 96 N°7 de control abstracto de preceptos legales, como asimismo.

Cabe además señalar, la necesaria consideración y aplicación de los *principios de unidad, de interpretación sistemática y finalista de la Constitución y de efecto útil* de los enunciados constitucionales, si se interpretara que un tratado es equivalente a un “precepto legal”, perdería todo sentido y *efecto útil* la diferenciación clara y tajante que realiza la Constitución en su artículo 93,

en sus numerales 1º y 3º sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional, entre leyes, proyectos de ley, proyectos de reforma constitucional y tratados.

La interpretación conforme a la Constitución que debe realizar el Tribunal Constitucional tiene su límite en la propia norma constitucional, su tarea es de un *poder constituido* no de un *poder constituyente*, ya que no le está permitido al operador judicial adulterar las palabras ni realizar una interpretación contra norma expresa; como asimismo tampoco le está permitido vulnerar el *principio de efecto útil* de las distinciones de vocablos y conceptos realizados por el texto constitucional, lo que lo hace además inconsistente con su propia jurisprudencia sobre este principio.

El Tribunal Constitucional reiteradamente ha manifestado que “no es dable aceptar en la interpretación de la Constitución ni de la ley que sus autores incorporen en sus textos normas superfluas, reiterativas o innecesarias que lejos de contribuir a la clarificación de sus prescripciones, confundan o tornen oscuro o difícil de comprender lo que para el legislador es claro y preciso”²². El mismo Tribunal Constitucional ya había señalado anteriormente que “cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella”²³ no era aceptable.

La evidencia normativa del texto constitucional es concluyente. El artículo 93, inciso primero N°1 de la Constitución, señala como atribución del Tribunal Constitucional:

“Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de éstas últimas, antes de su promulgación”.

Asimismo, el artículo 93 en su numeral 3º, también distingue claramente la atribución del Tribunal Constitucional para: “Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

22 Tribunal Constitucional. Rol N°325-01, 26 de junio de 2001, considerando 47.

23 Tribunal Constitucional. Rol N°33-85, veinte de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, considerando 19: LOC Tribunal Calificador de Elecciones.

Resultaría curioso y fuera de toda lógica jurídica que la Constitución distinga entre *tratados*, *reforma de la Constitución*, *leyes interpretativas de la Constitución* y *preceptos legales*, en los numerales 1º y 3º del artículo 93, inciso primero, y después, dando un salto lógico injustificado y sin fundamento constitucional, determine que la distinción hecha por la Carta Fundamental en los numerales 1 y 3, no tiene ninguna importancia, con el objeto de intentar justificar que, en el N°6 del mismo inciso primero de artículo 93, *tratados* y *leyes* son igualmente *preceptos legales*, sin importar su diferente naturaleza, fuerza normativa y su diferente disponibilidad unilateral por parte del Estado, dicho forzamiento del texto constitucional carece de toda seriedad interpretativa. No podemos sino afirmar que las diferencias conceptuales y de instituciones en la Carta Fundamental tienen *un efecto útil* indesmentible, de lo contrario nadie se habría tomado el trabajo de introducir un enunciado normativo constitucional para que carezca de efectos, repugna a una lógica elemental realizar diferenciaciones conceptuales para que ellas no tengan ningún efecto jurídico.

Finalmente, sobre el punto afirmemos que el único enfoque posible de armonización de la Constitución con el derecho internacional es aquel que posibilita solo control de constitucionalidad preventivo, el control de inaplicabilidad ejercido sobre tratados internacionales genera hipótesis de ilícito internacional por incumplimiento de obligaciones jurídicas convencionales dando lugar a la correspondiente responsabilidad del Estado²⁴.

Cuando el Tribunal Constitucional, pretorianamente, se auto otorga la competencia de control de inaplicabilidad de tratados no establecida en el texto de la Carta Fundamental, rompe el principio de hacer el máximo esfuerzo interpretativo de armonización del derecho internacional y la Constitución y entra en contradicción con un principio sostenido por el mismo y en una conducta incoherente con su propio enfoque jurisprudencial²⁵.

24 Fernández González, Miguel Ángel, (2003), p.498; Nogueira Alcalá, Humberto, (2005). *Aspectos fundamentales de la reforma Constitucional 2005 en materia de tratados internacionales*. Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Nogueira Alcalá, Humberto, (Coord.). *La Constitución Reformada de 2005*, p. 538. Aldunate Lizana, Eduardo, (2013), p. 175. Henríquez Viñas, Miriam. (2009). En contra de dicha posición, a favor del control reparador de tratados, Ribera Neumann, Teodoro (2007), pp. 89-118; Verdugo, Sergio (2011). pp. 449-477.

25 Tribunal Constitucional. Rol N°804-07, 28 de diciembre de 2007, considerando 5º: “en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el

Tal perspectiva, constituye una conducta pretoriana del Tribunal Constitucional destinada a acrecentar su propia potestad jurisdiccional, la que el texto constitucional no le otorga y que el respeto a las bases de la institucionalidad en los artículos 6° y 7° le prohíbe: *Los órganos estatales deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los órganos del Estado solo pueden ejercer las competencias que la Constitución expresamente le otorga. Ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

En Chile el aforismo de que el Tribunal Constitucional es *un poder constituyente en sesión permanente* no es sostenible, ya que viola flagrantemente el artículo 7° de la Carta Fundamental, base de la Institucionalidad como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, la que *irradia todo el ordenamiento jurídico*. El Tribunal Constitucional es un órgano constituido con *competencias taxativamente determinadas en el artículo 93 de la Carta Fundamental*, que no puede extenderlas discrecionalmente según su voluntad, ya que ello vulnera el inciso 2° del señalado artículo 7° de la Constitución, que expresa textualmente: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Las afirmaciones hechas por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N°1.288-08, considerando 41°, carecen de fundamentación jurídica y contradice el texto constitucional, cuando afirma:

“Qué respecto de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional aludida, (la del año 2005) esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. [...].

Segundo, un control ex post y concreto –facultativo– de constitucionalidad de una norma de un tratado que, en cuanto “precepto legal”, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”, esto es, el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto,

orden jurídico chileno”. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional rol N°309-00, de 4 de agosto de 2000, considerando 3° “(...) el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución”.

conforme a la atribución que le otorga el N°6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, arriba transcrito”.

La misma perspectiva es sostenida en su sentencia rol N°2.387-12 y 2.388-12, considerando 12°, donde afirma que conforme a los artículos 5, inciso 2°, artículo 32 N°17 y 54 N°1, de la Constitución, en que señala que la “sola lectura” de dichos artículos permite afirmar que la Constitución no fijó la jerarquía de los tratados y que “con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen rango inferior a la Constitución, porque pueden estar sometidos al control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales” (art. 93 N°1).

Tales afirmaciones del fallo del Tribunal Constitucional no tienen apoyo en el texto de la Constitución, en el contexto y fin de la reforma de 2005, en las reglas de interpretación constitucional, ni se deducen del texto constitucional, sino que son creación del Tribunal Constitucional de un estatuto referente a los tratados sin razonamiento lógico argumentativo ni inferencia o deducción razonada a partir del texto constitucional que explique o demuestre los asertos realizados.

La Ministra de Relaciones Internacionales, Señora Soledad Alvear, ya en la tramitación del proyecto de reforma constitucional de 2005 en el Senado en su primer trámite constitucional, había señalado el objeto y fin de armonizar el texto constitucional con las obligaciones jurídicas internacionales del estado en materia de tratados, precisando al respecto:

“El texto de la Constitución regula el proceso de celebración de un tratado internacional, estableciendo las competencias de los distintos órganos del Estado en esta materia (fundamentalmente, del Presidente de la República y el Congreso Nacional), pero nada dice respecto de la derogación o modificación de un tratado, lo que ha suscitado algunos problemas de interpretación, especialmente respecto a la relación entre éstos y las leyes posteriores que se pudieren promulgar y que fueren incompatibles con dichos tratados.

Parece necesario, dijo, regular estos aspectos puesto que se requiere resolver claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente.

Señaló que este tema debería resolverse haciendo consistente la solución de un conflicto entre normas internacionales e internas, dando primacía a

las primeras, como lo establece el Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), evitando, además, que el Estado incurra en permanentes e, incluso, a veces involuntarias situaciones generadoras de responsabilidad internacional”²⁶.

Más aún ellos son contrarios a lo sostenido por el Gobierno al presentar la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a través de Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en el debate sostenido a propósito del segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, sobre el artículo 47 b) del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. En dicha oportunidad el gobierno señaló a través del señor Subsecretario de dicha Cartera, don Edgardo Riveros Marín:

“En esa oportunidad, la decisión política del constituyente fue instalar el control preventivo de constitucionalidad sobre determinados instrumentos internacionales que en adelante sometiera el Presidente de la República a la aprobación del Congreso Nacional. No se pretendió dar a la reforma un efecto retroactivo ni general, porque los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad podrían dejar sin aplicación las disposiciones de un tratado para uno o más casos determinados, en una primera etapa, y las derogarían, en la siguiente. Es evidente que esos efectos son incompatibles con el Derecho de los Tratados, establecido en la Convención de Viena de 1969, puesta en vigor en nuestro país mediante el decreto N°381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1981. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en consideración que nuestro país, al ratificar dicha Convención, hizo una reserva declarando su adhesión al principio general de inmutabilidad de los tratados”.

Una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que deje sin efecto un tratado internacional entraría en franca colisión con el artículo 42, 43 y 27 de la Convención de Viena, según el cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

A su vez, el Director Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, señor Claudio Troncoso, expresó:

26 Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, pp. 332-333.

“la modificación que hizo la ley N°20.050 en el número 1) del artículo 50 de la Constitución Política de la República, que pasó a ser artículo 54, descarta absolutamente la interpretación según la cual, hasta entonces, se había asimilado la naturaleza jurídica de los tratados a la de la ley.

Es así que esa conclusión exegética, acuñada por la Corte Suprema sobre la base de la frase que señalaba que la aprobación por el Congreso de los tratados internacionales se sometería a los trámites de una ley, tuvo cabida bajo el imperio de las Constituciones chilenas de 1833, de 1925 e incluso la de 1980, hasta la reforma de 2005. Ella no estaba expresada en un texto normativo explícito.

El claro texto del número 26 del artículo 1° de la ley N°20.050, que sustituyó el artículo 50 de la Constitución, hoy artículo 54, descarta manifiestamente semejante interpretación. El reemplazo que el número 42 del artículo 1° de la citada ley hizo del artículo 82 de la Carta, hoy artículo 93, apunta en la misma dirección”.

En efecto, aseveró el abogado señor Troncoso, la reforma de 2005 estableció que, de allí en adelante, la aprobación de un tratado se someterá, “en lo pertinente”, a los trámites de una ley, lo cual deja meridianamente claro que “la Constitución no opera una asimilación entre la naturaleza jurídica de ambos tipos de norma, sino que, reconociendo la especificidad de cada una, hace aplicable a la tramitación legislativa de los proyectos de acuerdo sobre aprobación de tratados las disposiciones sobre formación de las leyes, en lo que sea pertinente, en otros términos, en lo que resulte apropiado”.

A mayor abundamiento, recalcó que el párrafo quinto del número 1) del artículo 54 de la Constitución que se incorpora con la reforma de 2005, establece que las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional. *Esto excluye* la posibilidad de que esas disposiciones sean suspendidas, para determinados casos, o dejadas sin efecto, en otros, en mérito de una sentencia del Tribunal Constitucional.

El texto constitucional del artículo 93 N°6 de la Constitución reformada en 2005, solo atribuye la competencia del Tribunal Constitucional el control reparador de constitucionalidad solo para *preceptos legales, no para tratados*, vale decir, *únicamente para enunciados normativos que se producen por la voluntad unilateral del Estado conforme al modo de producción determinado por la Constitución en el capítulo V de ella y que tienen jerarquía, fuerza y valor de ley*, como fuentes primarias del ordenamiento de fuentes del derecho interno chileno, conforme

hemos determinado previamente, lo que no es aplicable a los tratados internacionales, lo que constituye un forzamiento que desnaturaliza a estos últimos y genera responsabilidad internacional por el ilícito de incumplimiento de obligaciones jurídicas internacionales del Estado.

Así lo asumió la doctrina constitucional mayoritaria la que consideró que no procede el control reparador de tratados internacionales²⁷.

Klaus Stern dirá: “cualquiera sea la teoría a la que se otorgue preferencia, en lo que hace a los efectos prácticos hay unanimidad acerca de que la regla de Derecho Internacional incorporada goza de primacía frente al Derecho Nacional”²⁸.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Conforme con el artículo 54 N°1 de la Constitución, en el proceso de incorporación del tratado al derecho interno, el Presidente de la República requiere la aprobación de las cámaras que integran el Congreso Nacional, para lo cual, el tratado, *solo en lo pertinente a dicha aprobación* se somete a los tramites de una ley, lo que explicita que un *tratado internacional* no es una norma creada unilateralmente por el Estado, no siendo un precepto legal.

La reforma constitucional de 2005 constitucionaliza los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en el artículo 54 N°1, inciso 5°. Tales disposiciones se encuentran en plena armonía con los artículos 26, 31.1. y 27 de la misma Convención de Viena que determina la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones asumidas a través de tratados internacionales y la de no poner obstáculos de derecho interno a tal cumplimiento, cuya acción contraria a dichas obligaciones genera responsabilidad internacional del Estado.

La reforma constitucional de 2005, con el objeto de armonizar la Constitución con las obligaciones internacionales emanadas de tratados válidamente

27 Fernández González, Miguel Ángel, (2003), *op. cit.*, pp.498; Nogueira Alcalá, Humberto, (2005), *op. cit.*, pp.538. Aldunate Lizana, Eduardo, (2013), pp. 175. Henríquez Viñas, Miriam, (2009). En contra de dicha posición, a favor del control reparador de tratados, Ribera Neumann, Teodoro, (2007), *op. cit.*, pp. 89-118; Verdugo, Sergio, (2011), pp. 449-477.

28 Stern, Klaus (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. (Madrid. Editorial Centro de Estudios Constitucionales).

incorporados al ordenamiento jurídico, determinó única y exclusivamente control preventivo de constitucionalidad de tratados en los artículos 93 N°1 y 3 de la Constitución, lo que posibilita la armonización de la Constitución con los tratados, previamente a la entrada de estos últimos al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución no establece control reparador de tratados en ninguna de las disposiciones de los numerales del artículo 93 de la Constitución, los artículos 93 N°6 y 7 solo se refieren a preceptos legales, vale decir, normas internas creadas unilateralmente por los poderes colegisladores del Estado como fuentes primarias del ordenamiento jurídico.

La validez, fuerza normativa y vigencia de los tratados está determinada por el derecho internacional, la incorporación del tratado al derecho nacional solo determina su aplicabilidad interna.

El Tribunal Constitucional carece de competencia para realizar control reparador de constitucionalidad de tratados, ya que su competencia está determinada, a la luz de los artículos 6 y 7 de la Constitución, taxativamente por el texto constitucional en el artículo 93 del mismo. La práctica jurisdiccional contraria genera, en cuanto órgano constituido del Estado, responsabilidad internacional por violación de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y un ilícito internacional, además de contrariar disposición constitucional expresa del artículo 54 N°1, inciso 5° de la Constitución, que constitucionaliza los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, además de vulnerar los artículos 26, 31.1 y 27 de la misma Convención.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate Lizana, Eduardo, (2010). *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. Revista Ius et Praxis, año 16, N°2, Universidad de Talca.
- Benadava, Santiago, (1993). *Derecho Internacional Público*. Cuarta Edición. (Santiago. Editorial Jurídica Conosur).
- Bidart Campos, Germán, (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. (Buenos Aires. Editorial. Ediar).
- Bidart Campos, Germán, (1994). *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*. México. Ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.

- Cea Egaña, José Luis, (1997). *Constitución y Tratados de Derechos Humanos*. Revista IUS et PRAXIS. Derecho en la región. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.
- Coscolluela Montaner, Luis, (1994) *Manual de Derecho Administrativo*. Tercera edición. (Madrid. Editorial Civitas).
- Cruz Villalón, Pedro, (1981). *El control previo de constitucionalidad*. Revista de Derecho Público, año 2, N°82.
- Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, (1994). *Teoría de la Constitución*. Tercera Edición. (Santiago. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello).
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid, (2013). *Aplicación judicial en Chile del “ius cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°40.
- Fiamma, Gustavo y Mohor, Salvador (1994). “La jerarquía normativa de los Tratados Internacionales”, *El Mercurio*, Cuerpo D, 24, 4 de noviembre de 1994.
- García de Enterría, Eduardo, (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. (Madrid. Editorial Civitas).
- García Barzelatto, Ana Maria, (2006). *Tratados internacionales según la reforma constitucional de 2005*. Revista de Derecho Público N°68, Universidad de Chile.
- Henríquez Viñas, Miriam, (2007). *Improcedencia de control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales*. Revista Estudios Constitucionales, Año 5 N°1.
- Jimena, Luis (2007). “La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional español)”. En Pérez Trems, Pablo (Coord). *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia Tirant Lo Blanch.
- Martín López, Miguel Ángel, (2003). *El incumplimiento de los Tratados Internacionales*. (Córdoba. Universidad de Córdoba).
- Nogueira Alcalá, Humberto, (2003). *Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 11.821-03. Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez*. Revista Ius et Praxis, año 9, N°2. Talca.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005). “Aspectos fundamentales de la reforma Constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”. En Nogueira Alcalá, Humberto. (Coord.). *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

- Nogueira Alcalá, Humberto, (2009). *Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?* Revista Estudios Constitucionales, año 7, N°2.
- Núñez, Manuel, (2010). *Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad*. Revista Estudios Constitucionales, año 8, N°2.
- Peña Torres, Marisol, (2013). *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 1.
- Requejo Pagés, Juan Luis, (1992). *Consideraciones en torno de las normas internacionales en el ordenamiento español*. Revista Española de Derecho Constitucional, N°44.
- Requejo Pagés, Juan Luis, (1992). *La articulación de las jurisdicciones internacionales, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional N°35. España. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ribera Neumann, Teodoro (2007). *La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno*. Revista de Derecho Público, N°69.
- Ribera Neumann, Teodoro (2007). *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional*. Revista Estudios Constitucionales, año 5 N°1. Santiago,, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Riveros Marín, Edgardo; Llanos Mancilla, Hugo; Troncoso Repetto, Claudio; Rioseco Vásquez, Alberto; Vargas Carreño, Edmundo; Espaliat Larson, Astrid, amboa Serazzi, Fernando; Fernandez Illanes, Samuel; y Arévalo Cunich, Alvaro- (2009). “Un fallo del Tribunal Constitucional sujeto a la crítica”, Diario *El Mercurio*, 22 de septiembre de 2009.
- Ruiz Piraces, Roberto (2016). *La incorporación de los Tratados Internacionales al Derecho Interno en Chile*. Revista Podium, N°30, Guayaquil, Universidad Espiritu Santo.
- Sagüés, Nestor Pedro (1993). *Elementos de derecho constitucional*. Tomo I. (Buenos Aires. Editorial.Astrea).
- Sánchez Rodríguez, L. I. González Campos, I.D. y Saenz de Santamaría, M.P (1983). *Curso de Derecho Internacional Público*. Oviedo.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1989). *Reformas sobre Derechos Humanos*. Revista Chilena de Derecho, año 16, septiembre-Diciembre. Santiago. Universidad Católica de Chile.

Stern, Klaus (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. (Madrid. Editorial Centro de Estudios Constitucionales).

Troncoso, Claudio y Vial, Tomás (1993). *Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución. XXIV Jornadas de Derecho Público*. Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile, año 20, N°2 y 3, tomo II, mayo a diciembre 1993.

Troncoso R., Claudio (2010). *Control de Constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009*. Anuario de Derechos Humanos.

Varas Alfonso, Paulino (1993). *El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución. XXIV Jornadas de Derecho Público*. Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile, año 20 N°2 y 3. Tomo II mayo a diciembre.

Vega, Francisco y Zúñiga, Francisco, (2006). *El nuevo recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica*. Revista Estudios Constitucionales, año 4, N°2.

Jurisprudencia citada:

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°1.1821-03.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°146-06.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°5.937-06.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°1.0279-06.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°7.985-07.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°7.816-09.

Corte Suprema. Rol N°2.182-98.

Corte Suprema. Rol N°559-04

Corte Suprema. Rol N°3.125-04

Corte Suprema. Rol N°3.452-06,

Corte Suprema. Rol N°8.314-09

Corte Suprema. Rol N°1.7393-15.

Tribunal Constitucional. Rol N°33-85

Tribunal Constitucional. Rol N°309-00

Tribunal Constitucional. Rol N°325-01

Tribunal Constitucional. Rol N°804-07

Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-08

Tribunal Constitucional. Rol N°1.361-09

Tribunal Constitucional. Rol N°1.191-09

Tribunal Constitucional. Rol N°1.484-10

Tribunal Constitucional. Rol N°2.615-14

Tribunal Constitucional. Rol N°2.789-15

LA APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

THE APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES BY THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT

MARISOL PEÑA TORRES¹

Resumen: A pesar de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se relacione directamente a escenarios de guerra y que tienen como base organizaciones internacionales de toda índole, su consecuencia ha sido la redacción de las declaraciones más importantes a nivel mundial. Por lo anterior, es que este artículo abordará como se han aplicado los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en nuestro Tribunal Constitucional, ya que cada vez ha tomado mayor fuerza esta acción en los diferentes países.

Palabras clave: Derecho Internacional, derechos humanos, Tribunal Constitucional y aplicación de la norma internacional.

Abstract: Although International Human Rights Law is directly related to war scenarios and based on international organizations of all kinds, its consequence has been the drafting of the most important declarations worldwide. Therefore, this article will address how the International Human Rights Treaties have been applied in our Constitutional Court, since this action has become increasingly strong in different countries.

Key words: International Law, human rights, Constitutional Court and application of the international norm.

¹ Profesora Titular de Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica de Chile. mpenat@uc.cl.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye una rama del Derecho Internacional intrínsecamente asociada al fenómeno de la guerra. No debemos olvidar que las conflagraciones bélicas del siglo XIX son las que llevan al ciudadano francés Henri Dunant a impulsar la existencia de un movimiento destinado a apoyar a las personas que se ven envueltas en tales conflictos evitando su sufrimiento excesivo. Es así como se crea el Comité Internacional de la Cruz Roja y se sientan las bases de consenso de los primeros textos que conforman el corpus del denominado Derecho de La Haya, complementado, posteriormente, por el Derecho de Ginebra y, más recientemente, por el Derecho de Nueva York conformando todos ellos la médula del actual Derecho Internacional Humanitario.

Por su parte, el impacto de las dos Guerras Mundiales, a comienzos del siglo XX, da lugar al nacimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, presidido por el propósito de reafirmar y proteger los derechos que emanan de la misma naturaleza del hombre a partir del reconocimiento de su dignidad sustancial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, proclama, al efecto, en su Preámbulo, que: “... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” y que “... los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”.

Por su parte, la Declaración de Teherán, de 1968, proclamada el 13 de mayo de ese año, con ocasión de los 20 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, otorga carácter obligatorio a esta última en cuanto enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (Nº2). Al mismo tiempo, declara indivisibles los derechos humanos y las libertades fundamentales, de forma que “la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible” (Nº13).

Si bien el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos presentan sus propios perfiles, pues el primero se asocia al derecho de la guerra y, el segundo, al derecho de la paz, el Comité Internacional de la Cruz Roja se ha inclinado por la “convergencia” actual de

ellos considerando que persiguen un mismo objetivo: proteger y salvaguardar los derechos de las personas en todas las circunstancias².

Es por lo ya señalado que el principio pro homine o favor persona constituye hoy el principio cardinal de ambas ramas del Derecho. En virtud del referido principio, “el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera que sea la fuente que suministre esa norma – internacional o interna-”³.

Por su parte, hoy puede sostenerse que “hay una solidaridad social fundada en una comunidad de valores e intereses compartidos por todos los Estados del planeta, por los pueblos, pero también por cada ser humano que los compone”⁴. Entre dichos valores e intereses comunes, no cabe duda que el respeto de los derechos humanos, a partir de los distintos instrumentos internacionales que los han ido reconociendo y protegiendo constituye una expresión básica de dicha solidaridad en un mundo en que la paz no solo es un valor sino que un derecho de los pueblos⁵.

En el ámbito interno de los Estados se reconoce, por su lado, la tendencia cada vez más recurrente a atribuir a los instrumentos internacionales destinados a proteger los derechos humanos un rango constitucional o, incluso, supraconstitucional. De esta forma, su respeto no solo se impone al legislador y al juzgador, sino que se constituye en un importante límite para el ejercicio del propio Poder Constituyente Derivado. Así, por ejemplo, quedó en evidencia cuando el Gobierno de Costa Rica solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la adecuación a la Convención Americana de Derechos Humanos de un proyecto de reforma constitucional en materia de nacionalidad, el cual motivó la dictación de la OC-4/84, de 19 de enero de 1984. Los puntos consultados

2 Heintze, Hans Joachim, (2004). *La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Revista Internacional de la Cruz Roja, p. 282.

3 Bidart Campos, Germán J., (2000). “Las fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine”. En Germán G. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez: *El Derecho Constitucional del Siglo XXI; Diagnóstico y Perspectivas*. (Buenos Aires. Editorial EDIAR), p. 13.

4 Dupuy, Pierre-Marie (2005). *Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international: Le Cours Général de Pierre-Marie Dupuy*. Comentando por Charles Leben en Revue Générale de Droit International Public. Tomo CIX. (Paris), p. 76.

5 Peña Torres, Marisol, (2004) *Vías constitucionales para promover la paz en un mundo globalizado*. Revista Chilena de Derecho, año 31, N°2.

en aquella oportunidad se referían a la eventual pugna entre el proyecto de reforma constitucional y el derecho a la nacionalidad, asegurado por el artículo 20 de la Convención, así como a la contradicción que podría producirse entre las disposiciones del aludido proyecto y el derecho a que no se impongan discriminaciones arbitrarias, también garantizado por el referido pacto internacional.

En el caso de Chile nos encontramos con la siguiente realidad:

1° La Constitución Política no reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional. Al respecto ha sostenido que: “La sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5°, inciso segundo, 32, N°17°, y 54 N°1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando estos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”⁶.

Reafirmando esta tesis, en los últimos años, el Tribunal ha sostenido que los tratados internacionales no constituyen per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitarlo directamente para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Ha puntualizado que “Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieran dotados de rango constitucional, en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental”⁷.

2° La doctrina especializada ha entendido que, desde la vigencia de la reforma constitucional de agosto de 1989, el catálogo de derechos fundamentales asegurados a todas las personas en Chile no es taxativo, esto es, que no solo se compone de los derechos explícitamente consignados en el

6 Tribunal Constitucional. Rol N°2367-13, 23 de enero de 2013, referida al requerimiento de constitucionalidad planteado por un grupo de senadores respecto del proyecto de ley que modificaba, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, el acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal e introducía regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura, contenida en la Ley N°18.892 y sus modificaciones (Boletín N°8091-21), considerando 12°.

7 Tribunal Constitucional. Roles N°s 2.265, 21 de noviembre de 2013, considerando 8° y 2.703, 26 de enero de 2016, considerando 11°.

artículo 19 de la Constitución, sino que se encuentra complementado por todos aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana recogidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁸.

En otras Cartas Fundamentales una afirmación de esta naturaleza no es solo un tema de interpretación doctrinal, pues la propia Constitución se ha pronunciado al respecto. Así ocurre, por ejemplo, en la Carta de Colombia cuyo artículo 94 precisa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Esta Carta consigna, entonces, una “cláusula abierta” en materia de derechos humanos que ha venido a ser frecuente en Constituciones de última generación como las de Ecuador (Art. 11 N°7) y República Dominicana (Art. 74 N°1).

- 3° No existe, en Chile, una norma constitucional explícita que obligue a interpretar las normas sobre derechos fundamentales de conformidad con los parámetros que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El contraste, en esta materia, con otras Constituciones es evidente. En el caso de la Constitución de España, su artículo 10 N°2 indica que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Lo anterior no significa desconocer el criterio hermenéutico implícito que se desprende del artículo 5°, inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, pues la intención del constituyente de 1989 ha sido, claramente, establecer un límite para la actuación de los órganos del Estado derivado de la necesidad de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados tanto en tratados internacionales como en la propia Constitución.

8 Véase, por ejemplo, Cea Egaña, José Luis, (2004). *Derecho Constitucional Chileno*. (Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II), pp. 49 y Vivanco Martínez, Angela, (2006). *Curso de Derecho Constitucional*. (Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II), p. 239.

Así lo postula, por lo demás, el profesor Carlos Andrade Geywitz, al analizar la reforma constitucional de 1989. Sostiene que la frase agregada al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución “tiene una importancia que es necesario destacar. De ahora en adelante, la defensa de los derechos humanos no solo tendrá como base la legislación nacional, sino también los documentos internacionales”. Agrega que “en cuanto a los derechos establecidos en los tratados internacionales en relación con los de la Carta de 1980, podrán presentarse varias situaciones: que entre ellos haya concordancia; que derechos y garantías consagrados en los tratados internacionales no estén consagrados en nuestra Carta; que vayan más allá de ella, y, finalmente, que exista contradicción entre ellos. En este último caso, deberán ser los tribunales respectivos los que resuelvan; deberán interpretar cuáles prevalecerán”⁹.

El Tribunal Constitucional ha señalado, que el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental subraya y resalta, especialmente, el deber de todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Agrega que “si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda* –que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados–, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena)”¹⁰.

Con estas aclaraciones previas, procederemos a sintetizar, la aplicación, en los fallos del Tribunal Constitucional, de los tratados internacionales de derechos humanos. Para esos efectos abordaremos su jurisprudencia distinguiendo entre la aplicación de los tratados que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la aplicación de criterios o parámetros interpretativos provenientes del mismo.

Las consideraciones que siguen aparecen enmarcadas, por cierto, en la realidad –hoy incontestable– del indiscutible aporte que las jurisdicciones constitucionales están realizando respecto de la aplicación del Derecho de los

9 Andrade Geywitz, Carlos, (1991). *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), pp. 199 y 202.

10 Tribunal Constitucional. Rol N°2.387-13, 23 de enero de 2013, considerando 12°.

Derechos Humanos en el ámbito interno de los respectivos Estados¹¹. Como sostiene el profesor Allan Brewer-Carías: “una de las características más destacadas del derecho de los derechos humanos en América Latina, sin duda, es el de la progresiva aplicación por los tribunales nacionales y en particular por los tribunales constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los efectos de su protección en el orden interno”¹².

Lo anterior no obstante la posición crítica de una parte de la doctrina frente a la labor que ha desarrollado el Tribunal Constitucional. En esta línea se encuentra el profesor Nogueira Alcalá quien, en el contexto de un proyecto Fondecyt ha analizado su jurisprudencia a partir del año 2006 concluyendo que: “Las sentencias del Tribunal Constitucional han pasado desde una prescindencia del derecho internacional de los derechos humanos como regla general, aun cuando este fuere invocado por los requirentes (sentencias rol N° 468 de 9 de diciembre de 2006; rol N° 555 de 19 de diciembre de 2006; rol N° 591 de 11 de enero de 2007, entre otras) a un uso moderado y tímido de las normas jurídicas internacionales, a partir de 2007”. Agrega que “Tal perspectiva implica reconocer por parte del Tribunal Constitucional que forman parte de los derechos esenciales que constituyen límites al ejercicio de la soberanía, los atributos y garantías de los derechos que se encuentran asegurados y garantizados por los tratados y convenciones ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes, lo que genera resistencia significativa en parte de los ministros de dicha corporación”¹³.

11 Véase, por ejemplo, Bertoni, Eduardo, (2006). “Derecho Internacional y control constitucional: La importancia de los Tribunales Constitucionales en la aplicación del Derecho Internacional”. En *Consejo Superior de la Judicatura. III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. (Bogotá. Editorial Ediprime Ltda.), pp. 403-423. En materia de protección de derechos sociales por las Cortes Constitucionales, véase. Acuña, Juan Manuel, (2006). *Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia de los derechos sociales en la experiencia comparada*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N°6, Julio-diciembre, pp. 3-28.

12 Brewer-Carías, Allan R., (2006). *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N°6, Julio-diciembre 2006.

13 Nogueira Alcalá, Humberto, (2012). “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”. En Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador). *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. (Santiago. Editorial Librotecnia), p. 241.

II. LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Sin pretender abarcar toda la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, a continuación, se analizarán algunos fallos, que podríamos denominar como “emblemáticos” en la aplicación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del Tribunal Constitucional. Para esos efectos se distinguirá la jurisprudencia anterior a la reforma constitucional de agosto de 2005 de la que se ha producido con posterioridad a esa fecha.

1. Jurisprudencia constitucional del período 1981-2005

Durante el segundo período de funcionamiento del Tribunal Constitucional (1981-2005)¹⁴ pueden citarse solo tres pronunciamientos que inciden en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de nuestro Estado. Dos de dichos pronunciamientos se refieren al rango jerárquico que nuestra Magistratura les asignaba a los tratados internacionales sobre derechos humanos en relación con la propia Constitución. El tercer fallo alude a la eventual responsabilidad internacional en que Chile incurriría al no honrar el cumplimiento de sus compromisos internacionales, entre los que cabe incluir, por cierto, aquellos derivados de las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas y vigentes en nuestro país.

Dentro del primer grupo de pronunciamientos cabe mencionar, en primer término, la sentencia rol N°46, de 21 de diciembre de 1987, referida a la responsabilidad que se atribuía al ex Canciller Clodomiro Almeyda por haber incurrido en algunos de los ilícitos constitucionales tipificados en el primitivo artículo 8° de la Carta Fundamental. En dicha oportunidad, el requerido

14 Se ha reconocido que el funcionamiento del Tribunal Constitucional chileno ha pasado por 3 etapas: La primera (1970-1973) obedece al primer Tribunal de 5 miembros creador por la reforma constitucional de 1970, el cual alcanzó a emitir sólo 17 pronunciamientos antes de ser disuelto, en noviembre de 1973, producto de la convulsión política y social por la que atravesó el país en ese tiempo. La segunda etapa (1981-2005) se inicia con la instalación, en 1981, del Tribunal de 7 miembros creado por el Capítulo VII de la Constitución de 1980, el cual ha funcionado interrumpidamente desde entonces, pero con sustanciales cambios a su composición y atribuciones a partir de la reforma constitucional de agosto de 2005. El 26 de febrero de 2006 inicia su vigencia esta reforma y, con ella, la tercera etapa del Tribunal Constitucional que funciona en la actualidad compuesto de 10 miembros y con un significativo aumento de sus competencias en relación con las que le había otorgado el texto original de la Carta Fundamental.

impugnó la aplicación a su respecto de la mencionada norma constitucional sosteniendo que era intrínsecamente ilegítima, pues vulneraba los artículos 18 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como los artículos 18 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos instrumentos ratificados por Chile e incorporados al ordenamiento jurídico nacional. Como puede observarse el fallo recaído en este requerimiento data de una fecha anterior a la reforma constitucional de agosto de 1989, que incorporó la obligación de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional consideró, en esa oportunidad, que resultaba “inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones” en atención a que “las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales” (considerando 27°). Agregó que una interpretación contraria “significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118” (considerando 28°) y, además, apeló a lo dispuesto en el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para afirmar que el concepto de autodefensa de la democracia y de los derechos fundamentales, a que se refería el primitivo artículo 8° de la Constitución, no era ajeno a los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (considerando 30°).

Agregó que la prevalencia de las disposiciones constitucionales por sobre las contenidas en tratados internacionales es la generalmente aceptada, tanto en la doctrina nacional como extranjera, “salvo en aquellos casos excepcionadísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario” (considerando 28°).

La doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol N° 46 resulta concordante con aquélla que otras magistraturas de la misma naturaleza desarrollaran en aquellos años. En este sentido, puede recordarse la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en el Expediente 280-90, de 1990, donde sostuvo que: “El artículo 46 [de la Constitución] jerarquiza tales derechos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con la cláusula

de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución (...)”¹⁵.

Quince años después, en la sentencia de 8 de abril de 2002, rol N°346, se resuelve en un sentido muy similar al del rol N°46, encontrándose plenamente vigente la norma del artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental que se ha recordado.

En esa oportunidad, un grupo de diputados impugnó la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional y, aunque el tema de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos no se había planteado directamente en la litis, el Tribunal Constitucional estimó del caso analizarlo argumentando lo siguiente:

“Que, como consecuencia de esta reforma (la de agosto de 1989) se ha suscitado una controversia respecto a la interpretación que debe darse al inciso segundo del artículo 5°, de la Constitución.

La nueva redacción ha llevado a algunos a pretender que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental.

Dada la estrecha relación entre este tema y el que se analiza en esta causa, se hace necesario dilucidar esta controversia, máxime cuando en la fundamentación de las observaciones formuladas por el Presidente de la República subyace la idea que el derecho internacional convencional sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución”. (Considerando 60°)

En su decisión favorable al requerimiento, el Tribunal se amparó en una serie de antecedentes relacionados con la tramitación de la reforma constitucional de agosto de 1989, que decían relación con las opiniones vertidas por autorizados profesores de derecho constitucional, entre las cuales destacan las expresiones formuladas por el profesor Alejandro Silva Bascuñán en los debates sostenidos al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en el sentido que “...en esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica ...” y que “las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos

15 Sentencia de 19 de octubre de 1990, Gaceta N°18.

esenciales. Revisten estos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (considerando 75°).

Puede apreciarse, entonces, que el Tribunal Constitucional reiteró, en esta sentencia, el criterio ya vertido en la sentencia de 1987 advirtiéndole que el Capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si, por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se pudiera enmendar su texto (considerando 70°), con lo cual descarta la tesis de que a tales tratados pueda reconocérseles rango constitucional.

Desde la fecha de dicha sentencia, no existe ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional que haya revocado esa tesis relativa al rango jerárquico de los tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁶. Por el contrario, ese punto de vista fue reafirmado en un fallo expedido, en enero del año 2013, respecto de dos requerimientos parlamentarios relacionados con las modificaciones que se pretendían introducir a la Ley General de Pesca y Acuicultura¹⁷, algunas de las cuales incidían, a juicio de los requirentes, en la omisión de la consulta a los pueblos indígenas exigida por el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En cuanto al rango jerárquico de los tratados internacionales, aunque sean de derechos humanos, descarta, en primer término, que ellos tengan rango constitucional (considerandos 11° y 12°). Enseguida, distingue entre los deberes de “respetar” y de “promover” los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de conformidad con el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental (considerando 13°). Finalmente, indica que, aunque no existiera dicho artículo 5°, inciso segundo, los órganos del Estado tendrían la obligación de cumplir los tratados internacionales, ratificados por Chile y vigentes, de acuerdo a lo previsto en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

¹⁶ La tesis explicada contrasta notoriamente con la doctrina sentada por los tribunales ordinarios de justicia según plantea el completo estudio de la profesora Henríquez Viñas, Miriam, (2008). *Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el Método de Casos*. Revista Estudios Constitucionales, Año 6, N°2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 73-119.

¹⁷ Tribunal Constitucional. Roles N°s 2.387 y 2.388 (acumulados).

Dentro del segundo período de funcionamiento del Tribunal Constitucional existe también una decisión que, si bien, no alude directamente al derecho internacional de los derechos humanos, sienta una doctrina muy importante en materia de responsabilidad internacional del Estado instando, además, a buscar una interpretación que concilie las normas del tratado con lo dispuesto en la Constitución. Se trata del fallo de 4 de agosto de 2000, rol N°309, referido a la cuestión de constitucionalidad promovida por un grupo de diputados respecto del Convenio N°169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En esa sentencia, el Tribunal Constitucional advirtió sobre “la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno (de modo que) el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución” (considerando 3°). Esta doctrina nos parece especialmente importante en el evento que se plantee un conflicto entre un tratado internacional sobre derechos humanos que nuestro país haya ratificado y se encuentre vigente y la Carta Fundamental, como quedó demostrado en el análisis efectuado en uno de los votos de minoría de la sentencia rol N°1288, a propósito del control preventivo obligatorio ejercido por el Tribunal respecto de la modificación a la su ley orgánica constitucional¹⁸.

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POSTERIOR AL AÑO 2006

En este apartado se analizarán algunos fallos recaídos en acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se han deducido en virtud de la nueva atribución que le confiara el artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional y en las que se han invocado, recurrentemente, normas propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. También pueden encontrarse pronunciamientos alusivos a esta materia en los cuales se han resuelto cuestiones de constitucionalidad promovidas por parlamentarios en su calidad de órganos constitucionales legitimados.

¹⁸ Voto de minoría de los Ministros Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña y Marisol Peña Torres.

Para el análisis de esta jurisprudencia aludiremos, primeramente, a fallos en los que el Tribunal ha considerado normas que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para decidir el asunto concreto sometido a su conocimiento. En el segundo apartado nos referiremos a la aplicación, por parte de nuestra Corte Constitucional, de algunos principios y criterios extraídos del “corpus” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que han sido utilizados como elementos hermenéuticos o que ilustran la decisión del Tribunal.

1. Fallos que han considerado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por haberse invocado en el respectivo requerimiento

Las acciones de inaplicabilidad deducidas desde el 26 de febrero de 2006 –fecha en que entró en vigencia esta nueva atribución del Tribunal Constitucional– han planteado, recurrentemente, contradicciones entre los preceptos legales que se impugnan en cada caso y la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución que, como se recordó, impone a los órganos del Estado la obligación de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados no solo por la Constitución, sino que por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La primera sentencia que resolvió una acción de inaplicabilidad (rol N°481-06), de 4 de julio de 2006, tuvo que hacerse cargo de este tipo de pugna. Se trataba del requerimiento deducido por Inversiones Errázuriz Limitada para impugnar la aplicación de los preceptos contenidos en el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil y en los artículos 215, 217, 218, inciso segundo, 219 y 221 del Código Orgánico de Tribunales en un procedimiento de exequátur del que conocía la Excma. Corte Suprema. Estos preceptos no solo se estimaron vulneratorios de la Constitución, sino que, además, contrarios al artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica, en lo referido a la garantía del debido proceso legal.

Por su parte, en la acción de inaplicabilidad deducida por don Mauricio Ramírez y otros respecto de las normas contenidas en los artículos 3°, 12 y 14 de la Ley N°17.322 que establece el pago compulsivo de obligaciones provisionales¹⁹, se hizo presente que sin perjuicio de la pugna de esas normas con los artículos 1°, 3°, 5°, 19 N°s. 3 y 7 de la Carta Fundamental, también

19 Tribunal Constitucional. Rol N°519-06, 27 de junio de 2006.

se configuraba una violación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que se refiere a la prohibición de la prisión por deudas. En relación con este último grupo de contravenciones se sostuvo por los requirentes que “dado que el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución les otorga rango constitucional o supra legal (a esos tratados), debe entenderse que se aplican por sobre otro tipo de normas”.

En su sentencia, sin embargo, el Tribunal Constitucional afirmó que “contrariamente a lo sostenido por los requirentes, el precepto legal en cuestión se encuentra en armonía con los deberes impuestos al Estado en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo ordena el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República., particularmente respecto de diversos tratados internacionales que prohíben la denominada “prisión por deudas”. Agregó que “se ha concluido que las obligaciones contractuales a que suelen aludir los pactos internacionales dicen más bien relación con obligaciones civiles emanadas típicamente del derecho privado, que de aquellas establecidas por la ley” (considerando 25º). En esa línea de argumentación –que parte, precisamente, del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución– el fallo va estableciendo la conformidad de las normas legales impugnadas con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con la Declaración Americana de Derechos Humanos, con el Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y con la Convención Americana de Derechos Humanos” (considerandos 26º y 28º).

En un tercer caso, referido a la acción de inaplicabilidad deducida por don Homero Caldera Calderón, en representación de don Francisco Godoy Rojas²⁰ (rol N°728), se impugnó el artículo 163 letra f) del Código Tributario, que permite al juez que conoce de una causa por evasión de impuestos otorgar la excarcelación previa fijación de una fianza de un monto no inferior al 30% de los impuestos evadidos, reajustados en la forma prevista en la misma ley y de acuerdo a la estimación que de ellos haga el Servicio de Impuestos Internos. El requirente estimó que la aplicación del aludido precepto legal en la gestión pendiente de que se trataba vulneraba los artículos 19 N°s. 7 letra e) y 26 de la Constitución y, por aplicación de su artículo 5º, inciso segundo, diversas normas internacionales que garantizan la libertad del procesado como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7 N°5

20 Tribunal Constitucional. Rol N°728-07, 1º de febrero de 2007.

de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Resolución 11/65 del Consejo de Europa.

La sentencia dictada el 3 de julio de 2007 acogió el requerimiento deducido por estimar que la aplicación del artículo 163 letra f) del Código Tributario, en la gestión judicial de que se trataba, vulneraba el artículo 19 en sus numerales 3 y 26. Nada dijo el fallo, no obstante, respecto de la supuesta vulneración a las normas del Pacto de San José de Costa Rica, de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Consejo de Europa, argumentando que “acogida la acción por los fundamentos expuestos, resulta innecesario pronunciarse sobre los demás vicios de inconstitucionalidad en la aplicación del precepto, denunciados en el requerimiento” (considerando 21°).

Más adelante, en la acción de inaplicabilidad deducida por doña María Isabel Reyes Kokisch, secretaria titular del 14° Juzgado Civil de Santiago, contra diversos preceptos del Código Orgánico de Tribunales, que regulan la jurisdicción disciplinaria de los funcionarios judiciales, se estimaron infringidas 8 disposiciones constitucionales, pero además, “en virtud de lo dispuesto en su artículo 5°, se funda también la acción de inaplicabilidad en la contrariedad que las normas legales tendrían con cinco preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos”²¹.

En la sentencia de 31 de agosto de 2007²², el Tribunal consideró inaplicables, para el caso concreto que se ventilaba, las disposiciones contenidas en los artículos 539, inciso segundo y 551, inciso tercero, del Código Orgánico de Tribunales, que permiten a la Corte de Apelaciones respectiva imponer sanciones correccionales procediendo “de plano” y al tribunal superior, resolver la apelación deducida contra esa resolución “en cuenta”, por resultar contrarias al principio del debido proceso legal garantizado en el artículo 19 N°3° de la Carta Fundamental. A juicio de la requirente, esos preceptos legales pugnaban, además, con lo prescrito en el artículo 8°, números 1, 2 letra h) y 5, y en el artículo 25 número 1 del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, al acoger la inaplicabilidad solo por la vulneración al artículo 19 N°3 de la Constitución, el Tribunal consideró innecesario examinar si la aplicación de tales preceptos legales, en idéntica gestión, “podría vulnerar otros preceptos constitucionales” (considerandos 12° y 16°). En la misma sentencia se decidió respecto a la contradicción planteada por la actora del

21 Considerando 1° de la sentencia de 31 de agosto de 2007, Roles N°s 747 y 774 (acumulados).

22 Tribunal Constitucional. Rol N°783-07.

requerimiento entre los artículos 541, inciso segundo, 539, inciso segundo, 536, 537, 542, 544, número 4, 557 y 558 del Código Orgánico de Tribunales respecto de los principios de tipicidad y de legalidad asegurados en el inciso 8° del artículo 19 de la Constitución y en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, a juicio de la requirente, tenía “rango constitucional”.

En este último caso, el Tribunal sí abordó directamente la alegación referida a una eventual pugna de esas normas legales con el Pacto de San José de Costa Rica señalando textualmente:

“Que lo razonado hasta aquí acerca del modo en que está consagrado el principio de tipicidad no se ve alterado por los dispuesto en el artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aunque se considerara, como pide la requirente, como parámetro de rango constitucional (...) Como puede apreciarse, del solo lenguaje de esa norma internacional, ella, al igual que la Carta Fundamental chilena, establece el principio de legalidad –y su componente de tipicidad– en materias penales. Así, se refiere a delitos, penas, condenados y delincuentes. Ello hace innecesario referirse a la jerarquía de la norma de un tratado que no se contraponga con lo establecido en la Constitución”.

Como se advierte, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la jerarquía normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico interno sino que sostuvo derechamente la conformidad entre los preceptos legales impugnados y las normas constitucionales junto al artículo 9 del aludido tratado internacional estimando que esa conformidad hacía innecesario referirse a la jerarquía de este último.

Por otra parte, cabe hacer presente que la alusión a tratados internacionales de derechos humanos, como fundamento de las acciones de inaplicabilidad, no solo se ha realizado “a través de la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución”, tal como se pone en evidencia en las sentencias analizadas.

Se ha sostenido también la pugna directa entre la o las normas legales impugnadas y alguno de los preceptos contenidos en tratados internacionales. Así ocurrió, por ejemplo, en el requerimiento deducido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de la apelación en un recurso de amparo de acceso a la información pública, en el que se objetó la aplicación inconstitucional del inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional

de Bases Generales de la Administración del Estado²³. El abogado Juan Pablo Olmedo, representante de la empresa que dedujo ese recurso de amparo sostuvo, en el proceso de inaplicabilidad, que la aludida norma legal, no solo vulneraba los artículos 5º, 8º y 19 N°s. 12º y 26º de la Carta Fundamental, sino que, además, los artículos 1º, 2º y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En su sentencia de 9 de agosto de 2007, el Tribunal acogió parcialmente la acción deducida por estimar que la aplicación del precepto legal impugnado resultaba contraria al artículo 8º de la Carta Fundamental sin pronunciarse sobre las demás alegaciones de inconstitucionalidad, incluidas las referidas al Pacto de San José de Costa Rica.

A su turno, en fallo de 4 de octubre de 2007²⁴, el Tribunal Constitucional decidió una acción de inaplicabilidad deducida respecto de los artículos 17 letra d) y 19 de la Ley N°18.216 que regulan la obtención y conservación del beneficio de la libertad vigilada como medida alternativa al cumplimiento de la pena y que se estimaban contrarios al artículo 19 N°2 de la Constitución, pero también a los artículos 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíben la prisión por deudas.

Para fundamentar el rechazo de la acción de inaplicabilidad, el Tribunal, entre otras consideraciones, descarta una eventual pugna entre los preceptos legales cuestionados y las normas internacionales invocadas por el recurrente. En los considerandos 12º a 15º rechaza que la situación planteada sea constitutiva de una “prisión por deudas” prohibida por dichos instrumentos internacionales teniendo presente, fundamentalmente, que lo que éstos impiden es “el encarcelamiento en virtud de obligaciones contraídas en virtud de un contrato” mientras que, en el caso concreto, se trataba de un encarcelamiento proveniente de una sentencia judicial. Agregó que “a través de lo prescrito en la Ley N°18.216, el legislador no ha dispuesto que se encarcele a una persona por no pagar una deuda, que es la conducta prohibida por la norma de derecho internacional invocada, sino que ha establecido una condición para que a la persona condenada por un delito pueda concedérsele o mantener el goce del beneficio de cierta libertad”. Debe puntualizarse que

23 Tribunal Constitucional. Rol N°634-06, 17 de octubre de 2006.

24 Tribunal Constitucional. Rol N°807-07.

tres Ministros del Tribunal no compartieron estos razonamientos en cuanto apelaban directamente a las normas internacionales.

Como puede observarse, en este caso, nuestra Magistratura razonó sobre la base de efectuar un contraste directo entre las normas legales impugnadas y los tratados internacionales invocados por el requirente. Ello aparece confirmado por lo señalado en el considerando 18º de la sentencia: “Que, no advirtiéndose contradicción entre los efectos que produciría la aplicación de los preceptos legales impugnados y la norma de derecho internacional que se alega infringida, resulta inoficioso, un ejercicio puramente teórico, impropio de un Tribunal e inconducente para resolver el libelo, razonar acerca de si una eventual contradicción que en este caso no se verifica, sería suficiente para inaplicar el precepto legal”. Añadió que no estimaba necesario pronunciarse acerca de si el derecho a no sufrir prisión por deudas era de aquellos fundamentales que emanan de la naturaleza humana y si, por estar contenido en un tratado internacional ratificado por Chile y vigente, era apto o suficiente para servir de base a la inaplicabilidad de un precepto legal.

Particular interés puede despertar, por otra parte, un requerimiento de inaplicabilidad que sostuvo la contradicción entre dos tratados internacionales: a uno se le atribuyó rango legal y, al otro, rango constitucional (rol Nº572). El tratado al que se le atribuía rango legal era la Convención Internacional sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, en sus artículos 1º, 3º y 12º. Se afirmaba que dichas normas pugnaban con la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que se le atribuía rango constitucional. Parece interesante reproducir la argumentación de la requirente. Sostuvo que:

“...tratándose de la Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional, cuyo carácter legal se visualiza desde todo punto de vista, al no regular derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, no puede superponerse a los derechos esenciales de todo ser humano....”.

Agregaba que:

“... fluye de una interpretación armónica que las normas aplicadas, no pueden superponerse o contravenir las disposiciones contenidas en la Convención sobre los derechos del niño, puesto que ellas, por mandato del artículo 5º constituyen normas supremas integradas a la propia Constitución, de tal manera que cualquier disposición normativa sea ella de carácter nacional o internacional

que vulnere, contradiga o infrinja sus mandatos constituye un precepto, una norma o una ley de carácter inconstitucional...”.

El requerimiento fue declarado inadmisibile por la Primera Sala del Tribunal Constitucional, con fecha 31 de enero de 2007, por tres votos contra dos, pues se estimó que “tiene como razón de ser el que no se resuelva respecto de la tuición de la menor sobre la base de las normas que se impugnan ante esta sede jurisdiccional, (por lo que) carece de fundamento razonable, al no ser ese el objeto de la litis en la gestión pendiente” (considerando 11º).

Sin perjuicio de los ejemplos reseñados de sentencias que han decidido acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidas ante el Tribunal Constitucional es posible indicar un pronunciamiento recaído en la atribución que le confiere el artículo 93 N°3 de la Constitución al Tribunal Constitucional, esto es, la resolución de cuestiones de constitucionalidad referidas a un proyecto de ley. Es así como nuestra Magistratura decidió, por sentencia de 13 de junio de 2007²⁵ una cuestión de esa naturaleza planteada por un grupo de diputados que perseguía declarar la inconstitucionalidad del artículo único, número 3, del Proyecto modificadorio de la Ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (Ley N°20.084). La norma impugnada se había originado en una indicación parlamentaria (del senador Hernán Larraín) y tendía a establecer, como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a cinco años, la de internación en régimen cerrado, durante los dos primeros años de la condena, sin considerar además la modalidad de internación en régimen semi-cerrado, como lo contemplaba el proyecto original.

Entre las inconstitucionalidades alegadas por los requirentes se encontraba la vulneración del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 37, letra b), de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de no retrocesión en materia de derechos humanos consagrado en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en conexión, además, con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Interesante es consignar que, a juicio de los diputados requirentes, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, “los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento

25 Tribunal Constitucional. Rol N°786-07.

jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los respectivos derechos”. Agregaban, asimismo, que “la Convención sobre los Derechos del Niño, que se estima vulnerada por el precepto impugnado en este requerimiento, tiene rango constitucional e, incluso, supraconstitucional”.

El senador Hernán Larraín, autor de la indicación cuya constitucionalidad se impugnaba, y en calidad de órgano constitucional interesado, presentó observaciones al requerimiento y alegó, durante la vista de la causa, que el precepto impugnado no contravenía los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que, por el contrario, se conformaba con ellos, desde el momento en que esa norma internacional reconocía al legislador un amplio margen de autonomía para determinar la cuantía de una pena particular. Además, adujo que una eventual infracción a la Convención sobre los Derechos del Niño determinaba un problema de responsabilidad internacional y no de constitucionalidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional se hizo cargo, en primer término, de las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento (vulneración de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República y de las limitaciones constitucionales inherentes a las ideas matrices o fundamentales de un proyecto de ley) para resolver, enseguida, la inconstitucionalidad de fondo, referida a la supuesta infracción de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los considerandos 25º y siguientes. El Tribunal desechó, en definitiva, el requerimiento por 6 votos a favor y 2 en contra.

En síntesis, las razones del Tribunal, para rechazar el requerimiento, giraron en torno a tres órdenes de consideraciones:

- 1º Que de los antecedentes originales de la legislación sobre responsabilidad penal adolescente fluía que, precisamente, se había tenido en vista el interés superior del niño, proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que no aparecía modificado por el proyecto de ley que contenía la norma impugnada.
- 2º Que, en ese contexto, la privación de libertad de los adolescentes no se encuentra prohibida por el aludido tratado internacional, sino que lo que se impide es que ella sea ilegal o arbitraria, exigiéndose, además,

que ella solo proceda conforme a la ley y siempre en carácter de *última ratio* y por el menor tiempo posible; y

- 3^a Que, en todo caso, la determinación de las penas como de sus modalidades de cumplimiento constituyen materias de resorte exclusivo del legislador sin que corresponda a la Magistratura Constitucional calificar su mérito, aun cuando sí debe cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y que no se vulneren los límites que la propia Carta Fundamental ha impuesto.

Lo interesante es destacar de qué manera el Tribunal Constitucional efectuó el contraste entre el precepto impugnado del proyecto de ley y la Convención sobre los Derechos del Niño para concluir en lo que se ha sintetizado.

Lo cierto es que se comparó ese precepto con el artículo 5° de la Constitución y no con la Convención referida. En efecto, al razonar sobre la autonomía del legislador en materia de fijación y determinación de penas, considerando los límites indicados, se afirmó que “todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano” (considerando 30°). Por lo tanto, aun cuando se alude al “interés superior del niño” consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, la sentencia expresa una línea argumental del todo similar a la contenida en la sentencia rol N°519, reiterada más adelante en la sentencia rol N°2.387, esto es, que todo órgano del Estado debe respetar los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, independientemente de si se encuentran garantizados por normas constitucionales o del derecho internacional convencional.

En lo que respecta a la vulneración al principio de no retroceso en materia de derechos humanos, consignado en diversos pactos internacionales, se decidió que la eliminación de la modalidad de internación en régimen semi-cerrado, producto de la indicación parlamentaria, “no envuelve una vulneración de derechos del sentenciado y se inserta por completo dentro de los criterios de política criminal que corresponde ponderar exclusivamente a los legisladores... Si así no se entendiera, toda innovación legal que asignara una pena única a un delito anteriormente sancionable conforme a una escala gradual o que entrañara un incremento de penas o un mayor rigor en sus modalidades de cumplimiento entraría en colisión con los derechos esenciales del ser humano, lo que no puede compartirse” (considerando 33°).

Dicho en otros términos, el Tribunal no afirmó, en su sentencia, que la Convención sobre los Derechos del Niño pudiera tener rango supraconstitucional, constitucional o legal. Simplemente estimó que el legislador, como todo otro órgano del Estado, está obligado a actuar respetando y promoviendo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que no solo pueden estar consagrados en la Constitución sino, como en este caso, en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Por lo tanto, el contraste entre el precepto impugnado se efectuó propiamente con los deberes que establece la Convención, en este caso, en referencia a la privación de libertad de adolescentes, por aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución.

En los últimos años, prácticamente no se encuentran requerimientos de inaplicabilidad en que no se invoque, además de la transgresión a normas constitucionales, la de normas contenidas en diversos tratados internacionales de derechos humanos siendo las más frecuentes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos y ya sea como transgresión directa de esos tratados o a través del inciso segundo del artículo 5º constitucional.

2. Fallos en que se han considerado principios y criterios extraídos del “corpus” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La consideración que el Tribunal Constitucional ha brindado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque no le reconozca rango constitucional a los tratados que lo conforman, debe hacerse extensiva a la aplicación, en sus decisiones, de los parámetros o criterios interpretativos que derivan de esta rama del Derecho. Y ha procedido de esta forma, pese a que, como se señaló, nuestra Carta Fundamenta, no contempla una norma expresa que obligue a interpretar los asuntos de derechos fundamentales con arreglo a tales parámetros interpretativos.

Es así como, tempranamente, al radicarse la decisión de las acciones de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional, por fallo de 5 de junio de 2007²⁶, referido a la eventual inconstitucionalidad de disposiciones de la Ley N°17.322, referida al cobro compulsivo de cotizaciones previsionales, nuestra Magistratura sostuvo –como argumentación principal para rechazar

26 Tribunal Constitucional. Rol N°519-07.

el requerimiento- que la privación de libertad que las referidas normas permiten se basa en el incumplimiento de obligaciones legales sin contrariar las normas constitucionales ni tampoco las de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para sostener ese argumento, la sentencia tuvo presente las observaciones de los países participantes en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica, en 1969, (conforme a las cuales la finalidad del artículo 7° de la referida Convención se vincula con la proscripción de la privación de libertad derivada de deudas propiamente civiles y, en modo alguno, con el incumplimiento de las obligaciones legales que involucran intereses de toda la sociedad (considerando 28°).

El fallo referido al caso de la “Píldora del Día Después”²⁷, recaído en el requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°48, del Ministerio de Salud, del año 2007, que aprobó las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad autorizando la distribución gratuita de dicho fármaco en los consultorios del Servicio Nacional de Salud, acogió la acción deducida invocando, como parte de la argumentación, uno de los principios centrales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como es el principio *pro homine o favor persona*. En ese sentido el Tribunal argumentó que:

“(...) para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida en el presente requerimiento.

En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.” (Opinión consultiva 5,1985)” (Considerando 66°).

Este principio también fue aplicado en las sentencias roles N°s 1.191, de 19 de mayo de 2009, 1.361, de 13 de mayo del mismo año y 1.484, de 5 de octubre de 2010, entre otras²⁸.

²⁷ Tribunal Constitucional. Rol N°740-07, 19 de mayo de 2007.

²⁸ Para un examen más detenido de la aplicación del principio *pro homine* por el Tribunal Constitucional chileno puede consultarse Viera Gallo-Quesney, José Antonio, (2011).

Entretanto, en el pronunciamiento recaído en la inaplicabilidad de las normas de la Ley N°18.216, referidas al beneficio de la libertad vigilada²⁹ se tuvieron presentes las Reglas de Tokio relativas a las Medidas No Privativas de Libertad y aprobadas en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, realizado en Cuba, entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990, y que consignan diversos criterios que ha de considerar la autoridad para adoptar su decisión de imponer tal tipo de medidas (considerando 16º).

En el año 2012, el Tribunal Constitucional se vio enfrentado a decidir la acción de inaplicabilidad deducida por un ciudadano de nacionalidad haitiana a quien se había revocado su orden de residencia disponiéndose su abandono del país. La sentencia de 4 de mayo de 2013³⁰ acogió la acción deducida, en el marco de un recurso de protección efectuando interesantes consideraciones conforme a las cuales las normas de un Estado que regulan la situación de los extranjeros deben interpretarse necesariamente conforme a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a fin de evitar actos arbitrarios. Sostuvo el Tribunal en aquella oportunidad que: “no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de política de seguridad. Más bien, el punto de vista es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país” (considerando 13º).

Puede observarse, entonces, que el Tribunal entiende que la consideración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en relación con la situación de los migrantes, se erige como un importante límite para frenar la arbitrariedad estatal, lo que nos parece un aporte muy importante de cara a una realidad que ha llevado a revisar las políticas vigentes en la materia y a la esperada revisión del Decreto Ley N°1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros.

“Controlando leyes mediante principios constitucionales. Un derecho razonable”. En Carbonell, Flavia, Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo (Coord.) *Principios jurídicos. Análisis y crítica*. (Santiago. Editorial. Abeledo-Perrot y Thomson Reuters, Santiago), pp. 93-142; y Peña Torres, Marisol, (2013). “El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”. En Nogueira Alcalá, Humberto. *Diálogo jurisprudencial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. (Santiago. Editorial Librotecnia), pp. 131-154.

29 Tribunal Constitucional. Rol N°807-07, 27 de junio de 2007.

30 Tribunal Constitucional. Rol N°2.273-13

Más recientemente, el Tribunal ha razonado en torno al principio de retroactividad de la ley penal, tanto como principio constitucional cuanto como garantía en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El requerimiento de inaplicabilidad impugnaba el artículo 12 transitorio de la Ley N°20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, así como el artículo 38 de la Ley N°18.715, que fijó el nuevo texto de la Ley de Quiebras.

En su sentencia de 24 de enero de 2017³¹, el Tribunal precisa los alcances del principio de irretroactividad y su excepción benigna conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para sostener, a continuación, que “el estándar internacional –que este Tribunal ha considerado previamente para precisar el alcance de diversas reglas y principios contenidos en el artículo 19 N°3 constitucional (STC rol N°2.763)- hace hincapié en el principio de legalidad de la pena, insistiendo en la necesidad de que las condenas estén basadas en la existencia de una ley previa. Sin embargo, el imperativo de razonabilidad en la aplicación de las mismas ha obligado también a reconocer la aplicación retroactiva de leyes penales, principio establecido en distintos instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (considerando 18°).

Finalmente, no puede soslayarse una referencia a la ya profusa jurisprudencia relativa a la impugnación del artículo 196 ter de la Ley del Tránsito así como a aquélla que se ha pronunciado –también en sede de inaplicabilidad- respecto del artículo 1° de la Ley N°18.216 en relación con el artículo 17 b), inciso segundo, de la Ley de Control de Armas. En todos estos casos, el conflicto constitucional dice relación con el impedimento para las personas condenadas por la infracción de la Ley del Tránsito o a la Ley de Control de Armas de acceder al beneficio de las penas sustitutivas de privación de libertad contempladas en la Ley N°18.216 atendida la naturaleza de los ilícitos cometidos. Los alegatos de los requirentes y de la Defensoría Penal Pública, en estos casos, ha girado en torno el imperativo de promover la reinserción social de los condenados como también de no afectar la capacidad decisoria del juez sin perjuicio de alegarse también una infracción a la igualdad ante la ley.

Las sentencias estimatorias respectivas han acudido también al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para justificar el acogimiento de la acción de inaplicabilidad. Se ha sostenido, en este sentido, que “de acuerdo a

31 Tribunal Constitucional. Rol N°2.957-17.

la nueva perspectiva compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las penas y su aplicación no puede ser sinónimo de impunidad. Tienen el carácter de pena con una intensidad importante en casos como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva. Por otro lado, este tipo de pena favorece la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a las víctimas”³².

De esta manera, podemos concluir este análisis genérico sosteniendo que, si bien las primeras sentencias de inaplicabilidad pronunciadas por el Tribunal Constitucional incursionaron tímidamente en el campo propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos considerando sus normas y parámetros, lo que hoy prima, en su jurisprudencia, es una apelación permanente a esta rama del derecho y, particularmente, a los criterios interpretativos que de él se desprenden. Ello no ha significado, sin embargo, que, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, el Tribunal Constitucional haya variado su jurisprudencia inicial sentada en el rol N°46 que entiende que no existe norma en la Carta Fundamental que permita asignarle rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, Juan Manuel, (2006). *Contribuciones de la jurisdicción constitucional para la eficacia de los derechos sociales en la experiencia comparada*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N°6, julio-diciembre.
- Andrade Geywitz, Carlos, (1991). *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile).
- Bertoni, Eduardo (2006). “Derecho Internacional y control constitucional: La importancia de los Tribunales Constitucionales en la aplicación del Derecho Internacional”. En Consejo Superior de la Judicatura. *III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. (Bogotá. Editorial Ediprime Ltda).
- Bidart Campos, Germán J. (2000). “Las fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine”. En Germán G. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez: *El Derecho Constitucional del Siglo XXI; Diagnóstico y Perspectivas*. (Buenos Aires. EDIAR).

32 Tribunal Constitucional. Rol N°5.999-19, 14 de mayo de 2019, considerando 23°.

- Brewer-Carías, Allan R., (2006). *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N°6, Julio-diciembre 2006.
- Cea Egaña, José Luis, (2004). *Derecho Constitucional Chileno*. (Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II).
- Dupuy, Pierre-Marie. *Un nouveau bilan des théories el réalites du droit international: Le Cours General de Pierre-Marie Dupuy*. Comentando por Charles Leben en Revue Générale de Droit International Public. Tomo CIX. (Paris).
- Heintze, Hans Joachim, (2004). *La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Revista Internacional de la Cruz Roja.
- Henríquez Viñas, Miriam, (2008). *Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el Método de Casos*. Revista Estudios Constitucionales, año 6, N°2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Nogueira Alcalá, Humberto, (2012). “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”. En Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador). *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. (Santiago: Editorial Librotecnia).
- Peña Torres, Marisol, (2004). *Vías constitucionales para promover la paz en un mundo globalizado*. Revista Chilena de Derecho, año 31, N°2.
- Peña Torres, Marisol, (2013). “El principio *pro homine* o *favor persona* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”. En Nogueira Alcalá, Humberto. *Diálogo jurisprudencial multinivel y principios interpretativos favor personay de proporcionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca. (Santiago. Editorial Librotecnia).
- Viera Gallo-Quesney, José Antonio, (2011). “Controlando leyes mediante principios constitucionales. Un derecho razonable”. En Carbonell, Flavia, Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo (Coord.) *Principios jurídicos. Análisis y crítica*. (Santiago. Editoriales Abeledo-Perrot y Thomson Reuters).
- Vivanco Martínez, Ángela (2006). *Curso de Derecho Constitucional*. (Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II).

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional. Rol N°634-06.

Tribunal Constitucional. Rol N°519-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°728-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°740-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°783-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°786-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°807-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°2.265-13

Tribunal Constitucional. Rol N°2.273-13.

Tribunal Constitucional. Rol N°2.367-13.

Tribunal Constitucional. Rol N°2.387-13.

Tribunal Constitucional. Rol N°2.388-13

Tribunal Constitucional. Rol N°2.703-16

Tribunal Constitucional. Rol N°2.957-17.

Tribunal Constitucional. Rol N°5.999-19.

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO CHILENO. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y DESAFÍOS FUTUROS

INTERNATIONAL LAW AND CHILEAN LAW. SOME REFLECTIONS ABOUT THE CURRENT SITUATION AND FUTURE CHALLENGES

CLAUDIO TRONCOSO REPETTO¹

Resumen: La evolución del Derecho Internacional ha experimentado cambios importantes en su forma de funcionar, desde el Derecho Internacional clásico que se basaba solo y únicamente entre los Estados y de materias necesarias para sobrevivir como el comercio y las fronteras. En la actualidad se han sumado nuevos actores y nuevas materias a discutir, es más común ver Tratados Internacionales multilaterales y el debate se ha trasladado a la aplicación de este en el ordenamiento interno de cada país.

Palabras clave: Derecho internacional, Estados, evolución del derecho y derecho chileno.

Abstract: The evolution of International Law has undergone major changes in the way it works, from classical International Law that was based only and only between States and on matters necessary to survive such as trade and borders. Currently, new actors and new subjects to discuss have been added, it is more common to see Multilateral International Treaties and the debate has moved to the application of this in the internal order of each country.

Key words: International law, States, evolution of law and Chilean law.

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. LL.M Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Alemania). Profesor Asociado del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile. El autor agradece los comentarios al presente artículo efectuados por el Profesor Álvaro Arévalo Cunich que han servido para enriquecerlo.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional ha experimentado una importante evolución en el tiempo, particularmente en los últimos 150 años. Desde el derecho internacional clásico de los siglos XIX y precedentes, de carácter típicamente interestatal, en que los asuntos tratados en la Cancillerías se concentraban básicamente en acuerdos de paz, de tregua, de alianza, materias fronterizas y acuerdos comerciales que vinculaban a los Estados en una base bilateral, se ha avanzado profundamente, por voluntad de los propios Estados, hacia una diplomacia multilateral que abordan los más diversos asuntos que estaban entregados antiguamente exclusivamente al ámbito de la jurisdicción doméstica del Estado. Piénsese todo el desarrollo producido a partir de 1945 en adelante en el terreno del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional del medio ambiente, del derecho penal internacional especialmente en relación a los crímenes internacionales, del comercio internacional, de las inversiones y la regulación del uso de la fuerza, por mencionar, solo a título ejemplar, los principales grupos de materias que concentran atención de los otros Estados y de la comunidad internacional.

Recordemos que Hans Kelsen en su renombrada obra acerca de los principios de derecho internacional expresaba que “no hay ninguna materia que pueda ser reglada solo por el derecho nacional y no por el derecho internacional” agregando muy reveladoramente que “todo asunto que es o puede ser reglado por el derecho nacional, es también susceptible de regulación internacional” Con ello criticaba la doctrina “dualista” llamada por él “pluralista” que sostenía una diferencia de contenido entre el derecho internacional y el derecho nacional².

Bastante razón tenía el ilustre jurista vienés si se observa de qué manera la enorme evolución de las materias reguladas por el derecho internacional desde la realidad imperante en los siglos pasados a la actualidad ha impactado decisivamente en reducir en forma progresiva el ámbito de los asuntos que pueden entenderse como que corresponden esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados.

2 Kelsen, Hans (1967). *Principles of International Law*. Revised and Edited by Robert W. Tucker. The John Hopkins University, Second Edition. Copyright 1966 by Holt, Rinehart and Winston Inc, Printed in the US, p. 555.

Ello ha implicado, por una parte, que las normativas internas de los Estados son sujetas a supervisión internacional para determinar si se ajustan a sus compromisos internacionales y, por la otra, que la normativa internacional que obliga a los Estados se entiende hoy como parte del derecho aplicable por parte de los órganos del Estado, en particular, por parte de los Tribunales de Justicia.

En consecuencia, de un derecho internacional aplicable fundamentalmente entre Estados, se ha pasado a un derecho internacional que recibe también creciente aplicación dentro de los Estados.

A continuación, analizaremos la forma cómo se han ido incorporando las distintas fuentes del derecho internacional al derecho chileno.

II. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL AL DERECHO CHILENO

El derecho internacional consuetudinario es una de las principales fuentes del derecho internacional y se caracteriza por la concurrencia de un elemento material constituido por la práctica general, constante y uniforme de los sujetos de derecho internacional y de un elemento subjetivo u “*opinio iuris*” que consiste en que dicha práctica obedece a un imperativo jurídico, esto es, que los sujetos de derecho internacional se comportan de la forma como lo hacen puesto que con ello entienden que ejercen un derecho o cumplen una obligación³. Naturalmente las normas del derecho internacional consuetudinario tienen fuerza obligatoria y se aplica entre los Estados y al interior de los Estados.

La incorporación de estas normas del derecho internacional consuetudinario no está reglada expresamente en nuestro derecho pero ya desde el siglo XIX como lo expresa BENADAVA existe una tradición que las normas internacionales generalmente aceptadas se incorporan global y automáticamente al orden

3 Vargas Carreño, Edmundo (2017). *Derecho Internacional Público*. (Santiago. Editorial El Jurista, 2ª edición actualizada), pp. 84 y 85. El artículo 38 numeral 1 letra b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona a la costumbre como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

jurídico chileno, sin necesidad de acto de recepción alguno y deben ser aplicadas por los tribunales cuando se presente ocasión para ello⁴.

En tal carácter las normas del derecho internacional consuetudinario han recibido aplicación por parte de los tribunales chilenos en distintas épocas.

Sin duda el caso más renombrado es el caso Lauritzen con Fisco que trataba acerca de la requisición de 5 barcos daneses en que la Corte Suprema el año 1955 se pronunció, no solo sobre la aplicación al caso de los principios de derecho internacional, sino incluso acerca de la primacía en el orden interno del derecho internacional consuetudinario sobre las leyes internas en los siguientes términos:

“Que aún en el supuesto de que pudieran tener aplicación las leyes internas (es decir, que contemplaran el caso de requisición de barcos extranjeros) los principios de derecho internacional tienen prevalencia en estos casos, como se verá oportunamente...”⁵.

Más contemporáneamente, los tribunales chilenos han reconocido la incorporación al derecho interno chileno de las normas derecho internacional consuetudinario en el caso de la aplicación de las normas de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad en los siguientes términos:

“12°.-Que el Derecho Internacional Convencional, advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno de los Estados, relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues puede impedir el enjuiciamiento y castigo de los responsables de esos crímenes, estimó necesario legislar en ese nivel, asentando el principio de imprescriptibilidad

4 Benadava, Santiago, (1992). “Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante Los tribunales Chilenos”. En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile), pp. 18. Detzner, John A., (1988) *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno*. Comisión Chilena de Derechos Humanos, pp. 25 y 26.

5 Fallo citado por Santiago Benadava, (1992). “Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante Los tribunales Chilenos”. En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile) *op. cit.*, p. 29 y por Detzner, John A., (1988) *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno*. Comisión Chilena de Derechos Humanos, *op cit.*, p. 29.

de esa categoría de crímenes nefastos, a través de la denominada “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución N° 2.391 (XXIII), de 26.11.1.968, en vigor desde el 11.11.1970, pero no ratificada por Chile. Entre los crímenes declarados imprescriptibles, la Convención cita, en su artículo I, las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra anteriormente aludida.

13°. -Que, si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados como elemento material de ésta y la *opinio iuris* internacional”⁶.

Más adelante la sentencia da por acreditado dichos elementos señalando que Chile no ha sido objetor persistente del principio de imprescriptibilidad en esta materia, refiriéndose además al grado de conciencia adquirido por la Asamblea General de las Naciones Unidas a la época de la adopción de la Convención acerca de la represión efectiva de tales hechos, unido a la necesidad de prevenirlos y proteger los derechos humanos, asegurando la aplicación universal del principio de imprescriptibilidad, concluyendo, a este respecto, que “la Convención no se limitó a enunciar la regla sino a afirmarla mediante su positivización ya que ella operaba a la fecha como Derecho consuetudinario internacional”⁷. A su vez, en relación a la concurrencia del requisito de la *opinio iuris*, la sentencia señala que son medios idóneos de prueba de este elemento de la costumbre las decisiones de tribunales nacionales, la práctica y resoluciones de las organizaciones internacionales y la doctrina. Para dichos efectos, la sentencia cita los informes de la Comisión de Derecho Internacional y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos⁸.

6 Corte Suprema. Rol N°559-04, 13 de diciembre de 2006. Considerandos 12 y 13. Este fallo también ha sido citado por Llanos Mansilla, Hugo, (2011). *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo IV), pp. 86-89.

7 Corte Suprema. Rol N°559-04, 13 de diciembre de 2006, *ibíd*, considerandos 14,15 y 16 del fallo.

8 Corte Suprema. Rol N°559-04, 13 de diciembre de 2006, *ibíd*, considerandos 18,19 y 20 del fallo.

III. INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES AL DERECHO CHILENO

La otra fuente principal del derecho internacional la constituyen los tratados internacionales o derecho internacional convencional. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, para los efectos de dicha Convención, define al Tratado (art 2 N°1 letra a) como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular. Con todo, la propia Convención de Viena señala que el hecho que la Convención no se aplique a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional y a los acuerdos no celebrados por escrito, no afectará el valor jurídico de tales acuerdos, ni a la aplicación a dichos acuerdos de cualquiera de las normas enunciadas en la Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independiente de dicha Convención (art 3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), por lo que la doctrina ha definido a los tratados internacionales como acuerdos de voluntades celebrados entre sujetos de derecho internacional y regido por este, destinado a producir efectos jurídicos, cualquiera sea su enunciado o denominación particular⁹.

El derecho chileno, a su vez, aborda el tema de los tratados internacionales en relación con los órganos del Estado que intervienen en el proceso de su celebración, firma, aprobación y ratificación además de quienes participan en el control de constitucionalidad de los mismos. Así se trata este tema en relación con las atribuciones especiales del Presidente de la República para conducir las relaciones políticas con otras potencias y organismos internacionales (Art 32 N°15 de la Constitución), con las atribuciones exclusiva del Congreso Nacional respecto de la aprobación de los tratados internacionales (art 54 N°1 de la Constitución) y respecto del control preventivo de constitucionalidad de los tratados (Art 93 N°1 y N°3 de la Constitución). La única mención a los tratados internacionales distinta a las anteriores, la encontramos en el Artículo 5 inciso 2 de la Constitución referida a la obligación de los órganos del Estado de promover y respetar los derechos humanos garantizados por

9 Jana Sáenz, Jaime, (1987). *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*. Revista Estudios de MIDEPLAN. (San José de Costa Rica), pp.18-25. Rioseco Vásquez, Alberto (1987). *Derecho de los tratados. Apuntes de Clases*. Con la colaboración de Nora Villavicencio G y Álvaro Arévalo C. Primera Parte, p. 2.

la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El tema de la jerarquía de los tratados internacionales

El orden jurídico chileno no contempla una norma expresa acerca de la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho chileno. Por mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron por asimilar su jerarquía a la de las leyes. Para ello básicamente se fundaban en que los textos constitucionales chilenos señalaban que los tratados, antes de su tramitación, se presentarán a la aprobación del Congreso (Constitución de 1833 Art 82 N°19), que los tratados tendrán en el Congreso los mismo trámites que una ley (Art 43 N°5 de Constitución de 1925) o bien que la aprobación de los tratados se someterán a los trámites de una ley (Constitución de 1980 Art 50 N°1, en su texto original). De hecho hubo fallos de los tribunales chilenos que asimilaban enteramente los tratados a la ley. El más emblemático de todos es el fallo “Godoy con Fisco” de la Corte Suprema de 1915, citado por el profesor Santiago Benadava, que señalaba:

“Que esta estructura jurídica de los tratados internacionales, y principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que ellos sean verdaderas leyes, ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley, tal como lo define el Artículo 1 del Código Civil”¹⁰.

Este criterio fue repetido en otros fallos¹¹.

Sin embargo, es claro que los tratados internacionales constituyen una fuente de derecho distinta a la ley, tanto en su elaboración, puesto que dista de ser un acto unilateral del Estado, sino que requiere en su celebración la concurrencia de dos o más sujetos de derecho internacional, así como en su

10 Revista de Derecho y Jurisprudencia (1915), tomo XII, segunda parte, sección primera, p. 1045. Sentencia citada por Benadava Cattán, Santiago, *op. cit.*, p. 36.

11 Sucesión Juan Gardaix con Fisco, Gaceta de los Tribunales, 1921, 1º semestre, p. 28, fallo del 21 de enero de 1921. Fundamento 3º “Que los tratados internacionales si bien son concluidos y firmados por el Presidente de la República en el ejercicio de sus atribuciones especiales revisten, sin embargo los caracteres jurídicos de verdaderas leyes, porque para que tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que las leyes...”; Junta de Beneficencia de Sevilla, p.433. RDJ Tomo XXXIII, 2º Parte Sección primera. p. 470. Fallos citados por Santiago Benadava, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

aprobación legislativa puesto que, entre otras cosas, no puede iniciarse por moción parlamentaria, su articulado no puede ser objeto de modificaciones vía indicaciones, el Presidente de la República no puede acudir al veto ni las Cámaras a los procedimientos de insistencia como en el caso de las leyes. Además, una vez aprobado el tratado, el Presidente de la República puede no ratificarlo si así lo decide ya que la ratificación es un acto completamente discrecional del Primer Mandatario, en su calidad de conductor de las relaciones internacionales del Estado. Fuera de lo anterior, una vez aprobado el tratado y ratificado por el Presidente de la República no existe una norma constitucional o legal que obligue a promulgar el tratado y a publicarlo en el Diario Oficial, ni tampoco a hacerlo dentro de determinado plazo. Ello como bien lo ha reconocido una sentencia el Tribunal Constitucional de 24 de junio de 1999 se trata más bien de una práctica constitucional que se realiza desde largo tiempo. Así en dicha sentencia el Tribunal Constitucional declaró:

“Que, por otra parte, la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental”¹².

En un considerando anterior del mismo fallo el Tribunal Constitucional había declarado que tratado y ley eran fuentes de derecho diferentes. En efecto, a este respecto el Tribunal señaló lo siguiente:

“Que cabe puntualizar, en primer término, que tratado y ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a la Constitución y los tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el Artículo 82 N°2, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”¹³.

Cabe tener presente que ya en la génesis del Artículo 50 N°1 de la Constitución (hoy 54 N°1), en la Comisión de Estudios Constitucionales, se planteó por algunos comisionados la conveniencia de consagrar explícitamente que los tratados prevalecen sobre las leyes (criterio planteado por el Comisionado

12 Tribunal Constitucional. Rol N°288-99, 24 de junio de 1999. Considerando 7.

13 Tribunal Constitucional. Rol N°288-99, 24 de junio de 1999, *ibíd*, considerando 6.

Guzmán y respaldado por Romo y Ortúzar, además del invitado a la sesión Sr. Bernstein) a objeto que el legislador interno por un acto posterior al tratado no pudiera derogar o modificar el tratado. Esta proposición finalmente no prosperó, pues se estimó que en materia internacional la Constitución debe ser lo más escueta posible (criterio sustentado por los comisionados Bertelsen y Bulnes y finalmente apoyado por el Presidente de la Comisión Sr. Ortúzar). Sin embargo, del debate producido en la comisión se evidenció un consenso en el sentido que una ley no puede modificar un tratado¹⁴.

Sin duda, un elemento que ayudó a concitar un mayor acuerdo respecto de la jerarquía de los tratados en el orden jurídico chileno fue la aprobación de la reforma constitucional de 2005, mediante la cual se introdujeron dos cambios muy importantes a este respecto. El primero que dispone que la aprobación de los tratados se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley y la segunda que preceptúa que las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

A este respecto, cuando se debatía la reforma constitucional en la Comisión de Constitución del Senado, la Ministra de Relaciones Exteriores Soledad Alvear destacó la importancia de esta reforma “para evitar que una ley posterior dictada en Chile pueda modificar o dejar sin efecto un tratado, lo que acarrearía consecuencias para la responsabilidad internacional de nuestro país por verse imposibilitado de cumplir fielmente con sus obligaciones internacionales”¹⁵.

La consecuencia de esas modificaciones es que ya no se podrá sostener que los tratados internacionales equivalen a verdaderas leyes, por lo que, a partir de entonces, la tendencia dominante ha sido considerar que los tratados internacionales en general tienen un valor supra legal. Persisten, sin

14 Actas de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución. Sesión N°367, celebrada el martes 9 de mayo de 1978, págs. 2511 y 2512; sesión N°371, martes 16 de mayo de 1978, pp. 2587 y 2588. El Sr. Ortúzar no obstante ser partidario de no tocar el tema consideró “indudable que la ley interna no pueda modificar un tratado, porque sería lo mismo que enmendar un contrato por la voluntad de una sola parte”. Estimó además “que de no ser así, el honor de la nación quedaría por el suelo” Actas. *op. cit.*, p. 2512. Ver también: Troncoso Repetto, Claudio (2011) *Parlamento y Política Exterior de Chile: Un balance de veinte años (1990-2010)*. Fundación Konrad Adenauer. Serie de Estudios N°6, p. 10.

15 Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 193. Ver también: Troncoso Repetto, Claudio (2011) *Parlamento y Política Exterior de Chile: Un balance de veinte años (1990-2010)*. Fundación Konrad Adenauer. Serie de Estudios N°6, *op. cit.*, p. 15, cita 22.

embargo, las distintas posiciones en la doctrina y la jurisprudencia respecto a la jerarquía de las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a que hace referencia el Artículo 5 inciso 2 de la Constitución, ya que unos (dentro de los que me inscribo) sostienen que dichas normas gozan de jerarquía, al menos, constitucional al constituir un límite al ejercicio de la soberanía y al integrarse en el mismo nivel que los derechos reconocidos por la Constitución dentro de los deberes que los órganos del Estado tienen de promover y respetar¹⁶, mientras que otros afirman que el Artículo 5° inciso 2° solo tuvo por objeto otorgarle más énfasis a estos tratados sin que eso significara un tratamiento distinto del resto de los tratados internacionales¹⁷. Esta misma diferencia de posición también se advierte en la jurisprudencia, puesto que mientras la Sala Penal de la Corte Suprema ha tendido a reconocer su jerarquía constitucional¹⁸

16 Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, (1993). *Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución*. Revista de Derecho Público. año 20, N°2, pp. 696-700; Medina Quiroga, Cecilia, (1994). “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En Constitución, Tratados y Derechos Esenciales. Santiago. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, pp. 48-49. Nogueira Alcalá, Humberto, (1997) “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. Ius et Praxis. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720203> ISSN 0717-2877 (Fecha de consulta: 17 de agosto de 2018); entre otros autores.

17 Ríos Álvarez, Lautaro, (1997) “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos”. Ius et Praxis [en línea] 1997, pp. 105 y 110. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720203> ISSN 0717-2877. (Fecha de consulta: 17 de agosto de 2018). Saenger Gianoni, Fernando, (1993) *Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución*. Revista de Derecho Público, año 20, Tomo 2, pp. 645-667, entre otros autores.

18 En diversas sentencias la Sala Penal de la Corte Suprema, para fundar la aplicación preeminente de las normas de los tratados de derechos humanos, ha señalado “que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5 de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”. Entre ellos: Fallos del Mes N°446, Sección Criminal, p. 2066, Considerando 4°; mencionado en el fallo de la Corte Suprema en el caso Pedro Poblete Córdova de fecha 9 de septiembre de 1998. Rol N°469-98. Considerando 10°. En el fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de fecha 13 de marzo de 2007, rol N°315-04, considerando trigésimo nono, además de reiterar lo antes señalado, se agrega que el Artículo 5 le otorga “rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndole una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” agregando a continuación que “En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez, y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos, a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos”.

el Tribunal Constitucional ha tenido dos posiciones al considerar, por una parte, a las disposiciones de derechos humanos contenidos en tratados como parámetro de rango constitucional, de control o examen de constitucionalidad, al entender que están incorporados al artículo 5 inciso 2¹⁹ y, por la otra, al declarar que los tratados de derechos humanos tienen la misma jerarquía que los demás tratados internacionales, reconociéndoles una jerarquía supra legal pero infra constitucional²⁰.

Lo anterior ameritaría que, a estas alturas del desarrollo de este tema, se pudiera contemplar una regla expresa que reconociera la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho chileno y dentro de ellos la especial jerarquía de las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Hay suficientes ejemplos en el derecho comparado que podrían estudiarse a este respecto.

La entrada en vigor de los tratados internacionales en el derecho interno

También se ha hecho un lugar común sostener que los tratados internacionales solo entran en vigor en el derecho interno chileno una vez que se encuentren promulgados y publicados en el Diario Oficial. La verdad, es que como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional, no existen en un nuestro derecho normas relativas a la promulgación y publicación de los tratados internacionales en Chile²¹. Solo existe una ley referida a la publicación simplificada de los tratados de gran extensión que allí se indican²². Seguramente por analogía se ha tendido a aplicar a los tratados internacionales las normas de los Artículos 6 y 7 del Código Civil que señalan que la ley no obliga sino una vez promulgada

19 Entre otros ver Tribunal Constitucional. Rol N°786-07, 13 de junio de 2007; Tribunal Constitucional. Rol N°576-07, 24 de abril de 2007, Tribunal Constitucional, rol N°747-07 (774) de 31 de agosto de 2007, Tribunal Constitucional. Rol N°1.340-09, de 29 de septiembre de 2009; Tribunal Constitucional. Rol N°1.656-11, 1 de septiembre de 2011.

20 Tribunal Constitucional. Rol N°46-87, Tribunal Constitucional. Rol N° 346-02, Tribunal Constitucional. Rol N°2.387-13.

21 La única excepción la constituyó el Decreto Ley N°247, de 17.01.1974, que exigía expresamente la promulgación y publicación del tratado. Este Decreto Ley tuvo rango constitucional a través del Decreto Ley N°778. El Decreto Ley N°247 fue derogado tácitamente por la Constitución de 1980 y expresamente mediante la Ley N°18.903 de 19 de enero de 1990. Ver Benadava, Santiago, (1992). "Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos". En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. (Santiago. Ed. Jurídica de Chile), *op cit.*, p. 39. Cita 59.

22 Ley N°18.158 de 9 de septiembre 1982.

en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde esa fecha será conocida por todos y será obligatoria. El tema es que esas disposiciones son aplicables a la promulgación y publicación de la ley y no se refieren a los tratados internacionales.

Por lo tanto, lo clave para determinar la entrada en vigor de los tratados internacionales es acudir a las propias disposiciones de los tratados referidos a su entrada en vigor o en subsidio a las normas contempladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados sobre la materia (Art. 24). Entrado en vigencia internacional el Tratado produce todos sus efectos jurídicos para el Estado que es parte de él, por lo que este debe darle pleno cumplimiento tanto internacional como internamente.

Por cierto que, debido a la práctica constitucional, la que también tiene su fundamento en otorgar la necesaria seguridad jurídica, el Presidente de la República, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores promulga y publica en el Diario Oficial (previa toma de razón del decreto promulgatorio por parte de la Contraloría General de la República) los tratados internacionales, tratando de evitar en la mayor medida posible, que la publicación del Tratado sea posterior a la entrada en vigor internacional del mismo, para que nadie pueda invocar que un tratado, a pesar que estar en vigor internacional, no tiene vigencia en el derecho interno. En todo caso, la verdad sea dicha, no existe hasta ahora una norma expresa que se refiera a la entrada en vigor interna de los tratados internacionales.

Control de constitucionalidad de los tratados internacionales

Otro tema controvertido ha sido el del control constitucional de los tratados. Aquí la controversia no se traba en el control preventivo en que hay acuerdo unánime que, existiendo norma expresa, el Tribunal Constitucional está facultado por la Constitución para efectuar un control preventivo de oficio de las normas de un tratado internacional que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional (Art 93 N°1 de la Constitución) o para efectuar un control preventivo facultativo, si alguno de los órganos habilitados constitucionalmente plantea una cuestión de constitucionalidad relativa a un tratado internacional sometido a la aprobación del Congreso (artículo 93 N°3 de la Constitución). La divergencia se suscita en el control represivo o ex post de constitucionalidad de los tratados. En efecto, a diferencia del control preventivo, en estos casos la Constitución no utiliza los términos “tratados internacionales” o “normas contenidas en un

tratado internacional” sino solo la expresión “precepto legal.” Se trata de las facultades del Tribunal Constitucional para declarar inaplicables (Art 93 N°6) o inconstitucionales (Art 93 N°7) dichas disposiciones. Quienes defienden la posición que el Tribunal Constitucional podría efectuar un control represivo de los tratados internacionales señalan que ello es posible al entender en un sentido amplio la expresión “precepto legal” comprendiendo en ella los tratados internacionales²³. Sin embargo ello lo reconocen solo respecto de la inaplicabilidad, más no de la inconstitucionalidad, fundado en que como los efectos de la inaplicabilidad lo son solo para una gestión judicial determinada no se generaría la derogación o suspensión del tratado²⁴. A pesar de ello, cabe tener presente que en ambos casos la Constitución utiliza el término “precepto legal”. Quienes señalan que el Tribunal Constitucional no tiene facultades para efectuar un control represivo de los tratados internacionales (entre los que me inscribo) argumentan que “ley” y “tratado” son fuente del derecho distintas, que el propio constituyente utilizó la expresión “tratados internacionales” en el control preventivo distinguiéndolo de las leyes, lo que no efectuó a la hora de regular el control de constitucionalidad *ex post* y a que un control represivo implicaría una suspensión o derogación de un tratado no permitido por el Artículo 54 N°1 inciso 5 de la Constitución, generando, asimismo, responsabilidad internacional para el Estado²⁵.

El único caso en que el Tribunal Constitucional hasta ahora ha conocido de una solicitud de inaplicabilidad de un tratado se refiere a una persona que sufrió el extravío de un equipaje y solicitó se declara inaplicable la Convención de Varsovia, fundado en que la limitación de responsabilidad que consagra dicha Convención sería contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley y al debido proceso. El Tribunal Constitucional mediante sentencia de 20 de enero de 2011 señaló que no se había conculcado el derecho a la igualdad ante la ley ya que el límite que establece la Convención se sustenta en criterios razonables que no pueden calificarse de caprichosos (considerando 17). Asimismo, descartó que el Artículo 25 de la Convención infringiese la garantía del debido proceso (considerando 25). De particular interés reviste la prevención de la Ministra Marisol Peña y los Ministros

23 Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-08, 25 de agosto de 2008. Voto de mayoría. Considerando cuadragésimo séptimo

24 Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-08, 25 de agosto de 2008, *ibid*. Voto de mayoría. Considerando sexagésimo, sexagésimo primero y sexagésimo segundo.

25 Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-08, 25 de agosto de 2008, *ibid*. Letras h), i), k) p), q), r, u, v y w del voto disidente

Francisco Fernández, Carlos Carmona y José Antonio Viera-Gallo dejando constancia de su posición en orden a que el Tribunal Constitucional no tiene atribuciones para conocer de la inaplicabilidad de tratados²⁶. Recordemos que este asunto había tratado de ser resuelto legislativamente a través del proyecto de ley de modificación de la ley orgánica del Tribunal Constitucional aprobado por el Congreso Nacional. En él se señalaba expresamente que el Tribunal Constitucional carecía de competencias para efectuar un control represivo de constitucionalidad de los tratados. Sin embargo, las normas del proyecto de ley que impedían que el Tribunal Constitucional pudiese declarar inaplicable las disposiciones de un tratado internacional vigente fueron declarada inconstitucionales por un fallo dividido del propio Tribunal Constitucional, por lo que, en ausencia de norma expresa, será el propio Tribunal constitucional el que, caso a caso, deberá pronunciarse acerca de si tiene o no atribuciones para ejercer dicho control²⁷.

EL TEMA DE LOS ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES

Una de las maneras más habituales de avanzar en la cooperación internacional entre ciertos órganos del Estado con sus similares de otros Estados es la celebración de acuerdos que no tienen la calidad de tratados, puesto que no se celebran entre sujetos de derecho internacional, y que, en muchas ocasiones, tampoco están destinados a producir efectos jurídicos. Dentro de la categoría de este tipo de acuerdos se pueden encontrar acuerdos entre los Ministerios de Defensa, de Justicia, de Salud, del Interior, Secretaría General de la Presidencia, Autoridades Aduaneras, Ministerios de Agricultura, Servicios Agrícolas y Ganaderos con entidades en los otros Estados como también entre Gobiernos Regionales con Autoridades Regionales o provinciales de otros Estados, entre otros.

Este tipo de acuerdos, sin embargo, encontraba dificultades a la hora de su incorporación al derecho interno ya que los mismos debían ser luego objeto de un acto administrativo que se enviaba a toma de razón por parte de la

26 Tribunal Constitucional. Rol N°1.307-11, 20 de enero de 2011.

27 Troncoso Repetto, Claudio (2010). *Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009*. En Anuario de Derecho Humanos. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 149-157.

Contraloría General de la República²⁸, la que, en muchas ocasiones, los devolvía sin tramitar, puesto que la ley orgánica del respectivo Ministerio o Servicio no contemplaba la facultad del órgano para celebrar este tipo de acuerdos. Ello obligaba en ciertos casos a transformar en tratados internacionales acuerdos interinstitucionales que no tenían originalmente dicho carácter.

Este vacío legal fue afortunadamente subsanado con la entrada en vigor la Ley N°21.080 de Modernización del Ministerio de Relaciones Exteriores

En efecto, el Artículo 35 de dicha ley facultó a los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, para suscribir acuerdos interinstitucionales con entidades extranjeras o internacionales.

Se trata de una facultad legal de carácter general para todos los órganos de la Administración del Estado por lo que ya no se requerirá determinar en cada ley del órgano respectivo si este cuenta o no con tales facultades. Por imperio de esta ley todos los órganos de la Administración del Estado se entienden que cuentan con dicha facultades.

Por otra parte, no solo se autoriza la celebración de estos acuerdos con entidades extranjeras sino también con entidades de naturaleza internacional como podría ser una entidad de una organización internacional.

Luego esta disposición legal señala que los convenios no podrán comprender materias de ley, lo que resulta lógico ya que en ese caso estaría incursionando en materias propias de los órganos co-legisladores de nuestro país. También se añade que estos convenios no pueden referirse a asuntos que no sean compatibles con la política exterior de la República de Chile. Por lo tanto, si bien los distintos órganos de la Administración del Estado tienen, dentro del ámbito de su competencia, autonomía para negociar este tipo de acuerdos, los mismos tienen que guardar coherencia con la política exterior de Chile. Para tales fines la ley señala que el respectivo órgano deberá informar con la debida antelación al Ministerio de Relaciones Exteriores su intención de suscribirlos. Esta disposición guarda relación además con las facultades de la nueva Secretaría General de Política Exterior que define la ley, dentro de las cuales se contempla la coordinación de los acuerdos internacionales

28 La Resolución 1600 de 2008 de la Contraloría General de la República contempla como afecto a toma de razón los decretos y resoluciones que se dicten que se refieran, entre otras materias, a “Tratados internacionales y medidas que incidan en su vigencia; y acuerdos con entidades extranjeras u organismos internacionales, incluidas las transacciones que ante ellos se celebren.” (Art 10. 10.4.1)

de carácter interinstitucional (Art 15 N°1 de la Ley). Ello resulta razonable puesto que ningún órgano de la Administración del Estado podría celebrar por ejemplo un acuerdo interinstitucional con una entidad de un Estado que Chile no reconozca como tal o bien que esté sujeto a sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que Chile debe respetar, entre otras muchas circunstancias que habría que evaluar.

Luego la ley señala que los convenios interinstitucionales no revestirán la naturaleza de tratados ni generarán obligación alguna derivada del derecho internacional para la República de Chile. Estos serán elementos que tienen que tener en cuenta los órganos de la Administración de Estado cuando negocien la suscripción de este tipo de convenios interinstitucionales lo que requiere de un análisis muy cuidadoso de sus disposiciones.

Por último, señala la ley, que los derechos y obligaciones que deriven de estos convenios serán asumidos por el órgano que los suscriba, conforme a las reglas generales y dentro de sus disponibilidades presupuestarias, disposición que debe ser especialmente observada por los órganos de la Administración del Estado que celebren el convenio.

IV. INCORPORACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS AL DERECHO CHILENO²⁹

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es uno de los órganos principales de dicha Organización y tiene la responsabilidad primordial de velar por la paz y seguridad internacionales.

El artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas señala claramente que los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con la Carta. Ello conlleva a que estas decisiones del Consejo de Seguridad, tan pronto son adoptadas, pasan a ser obligatorias para todos los Miembros de las Naciones Unidas. Si bien el Consejo de Seguridad está facultado para adoptar en determinados casos recomendaciones que no tienen carácter jurídicamente vinculante,

29 El autor agradece en esta parte los comentarios y antecedentes proporcionados por la Jefa del Departamento Público Multilateral de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Valentina Monasterio Gálvez, que han servido para enriquecerlo

no cabe duda que las decisiones que adopta, revisten en virtud del Artículo 25 de la Carta, el carácter de obligaciones jurídicas para todos los Estados miembros. Al tener dicho carácter, ningún Estado miembro de las Naciones Unidas puede excusarse de su cumplimiento fundado en su derecho interno. Por lo tanto, el Estado no puede justificar el incumplimiento de la obligación internacional que para él se deriva de las decisiones del Consejo de Seguridad fundado, ya sea en la insuficiencia del derecho interno o bien en normas internas contradictorias con aquellas. De la misma forma, no se pueden invocar otras normas del derecho internacional para dejar de cumplir con la obligación internacional. A este respecto cabe tener presente la primacía especial que le da la Carta de las Naciones Unidas a las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta de dicha Organización al señalar en el Artículo 103 que “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

Implementación de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el Derecho Interno

Despejado lo anterior en cuanto a la obligatoriedad de las decisiones del Consejo de Seguridad para todos los miembros de las Naciones Unidas, tan pronto ellas sean adoptadas por dicho Consejo, surge igualmente la cuestión de su implementación en el derecho interno. Ello, pues la mayoría de las sanciones requieren ser implementadas por actos jurídicos emitidos por órganos del Estado que le den fiel y cabal cumplimiento. Así ocurre, a título ejemplar, con medidas que deben ser implementadas en el caso de Chile por el Ministerio de Interior, el Ministerio de Defensa Nacional (Dirección General de Movilización Nacional), el Servicio Nacional de Aduanas, la Unidad de Análisis Financiero del Ministerio de Hacienda, entre otras entidades, dependiendo de las medidas adoptadas ya sean éstas prohibición de ingreso de personas al país, embargo o prohibición de exportación de armas, prohibición de comerciar determinados productos, bloqueo o congelamiento de activos, etcétera.

Falta de una normativa general de implementación y la vía de los decretos de implementación

En Chile, como en otros países, se advierte un vacío normativo en torno a una modalidad general de implementación de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ello ha conducido a que desde largo tiempo se haya optado por dictar decretos supremos respecto de las decisiones del Consejo de Seguridad que adoptan sanciones que deben ser ejecutadas por Chile.

El profesor Edmundo Vargas Carreño recordaba que la primera vez que surgió este problema fue con ocasión de la adopción por parte del Consejo de Seguridad de la Resolución 232 de 1966 en la que se disponía la prohibición de una serie de actividades comerciales con el régimen de Rhodesia del Sur. El gobierno de Chile, indicaba el profesor Vargas Carreño, inicialmente consideró que podía dar cumplimiento a esa resolución del Consejo de Seguridad mediante una circular del Banco Central que prohibía el intercambio comercial directo con Rhodesia del Sur; sin embargo en vista que dicha Circular no cubría en toda su amplitud la resolución adoptada por el Consejo procedió a dictar un decreto supremo que dispuso dar cumplimiento íntegro a cada una de las sanciones contenidas en la antes señalada Resolución del Consejo de Seguridad³⁰.

Luego del término de la guerra fría ha aumentado crecientemente la adopción de resoluciones del Consejo de Seguridad que contemplan un régimen de sanciones, por lo que se han continuado dictando sendos decretos supremos para efectos de implementar estas sanciones en el orden jurídico chileno.

La estructura de estos decretos consta de una parte expositiva en la que se alude a las normas constitucionales y a las de la Carta de las Naciones Unidas, una parte considerativa referida a las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad y luego una parte resolutive mediante la cual el Presidente o la Presidenta de la República dispone y declara que el Gobierno de Chile decide dar estricto y fiel cumplimiento a dichas resoluciones, expresando

30 Conversación del autor con el profesor Edmundo Vargas Carreño, quien fuera la época de la implementación de la Resolución 232 de 1966, el Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Ver también Llanos Mansilla, Hugo, (2011). *Teoría y Práctica del Derecho Internacional y el Derecho Interno*. (Santiago. Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV), *op. cit.*, pp. 403 y 404 que se refiere al Informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de 12 de mayo de 1967.

que para dichos efectos, las autoridades y órganos del Estado velarán para que, en el ámbito de sus atribuciones, se dé cumplimiento a dispuesto en las señaladas resoluciones.

Recordemos que la resolución del Consejo de Seguridad se adopta en cumplimiento de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, tratado del que Chile es parte y que está incorporado en el orden jurídico interno chileno.

Listado de decretos supremos sobre implementación

Si se revisan los decretos supremos dictados desde el año 2000 en adelante se pueden agrupar las distintas decisiones del Consejo de Seguridad que han sido implementadas en las siguientes materias:

- Embargo de armas, prohibición de importación y exportación de armas
- no proliferación. Impedimento de venta o transferencia directa o indirecta de artículos relacionados con actividades nucleares
- expulsión de diplomáticos o representantes gubernamentales que faciliten la evasión de sanciones.
- inspección de los cargamentos destinados determinados países.
- cancelación de matrícula de buques.
- denegación a las aeronaves de permisos para despegar de su territorio, aterrizar en él o sobrevolarlos.
- Prohibición de viajar, impedimento de ingreso a su territorio o tránsito por él a las personas designadas.
- congelamientos de activos.
- sanciones financieras incluyendo la prohibición de la prestación de servicios financieros, la apertura de nuevas sucursales y filiales y prohibir el apoyo financiero público o privado.
- prohibición de venta o transferencia de carbón, hierro, minerales, combustibles de aviación, para motores a reacción o para cohetes coma también de artículos de lujo.
- prohibición que busques carguen, transporten ni descarguen petróleo.
- reducción de funcionarios diplomáticos.

Normativa de implementación de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

La ausencia de una norma general de implementación no ha impedido, sin embargo, que se hayan adoptado ciertas normas específicas para regular la implementación de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Así por ejemplo cuando el año 2015 mediante la Ley N°20.818 se modificó la Ley que creó la Unidad de Análisis Financiero (UAF) del Ministerio de Hacienda se contempló la siguiente disposición en que existe una referencia explícita a las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su Artículo 3 del siguiente tenor:

“Se entiende por operación sospechosa todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente o pudiera constituir alguna de las conductas contempladas en el artículo 8° de la ley N°18.314, o sea realizada por una persona natural o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea que se realice en forma aislada o reiterada”.

Por otra parte, el Artículo 38 de la misma ley reformada el año 2015 señala que las personas naturales y jurídicas, entre estas últimas, los Bancos e Instituciones Financieras, sociedades que administren fondos de inversión privadas, casas de cambio, operadoras de tarjetas de crédito, bolsas de valores, agentes de valores, compañías de seguros, administradoras de fondos mutuos, etcétera, estarán obligadas a informar a la Unidad de Análisis Financiero todos los actos, transacciones u operaciones realizadas o que intente realizar alguna de las personas naturales o jurídicas individualizadas en las listas confeccionadas por el Comité establecido en las resoluciones números 1.267, de 1999; 1.333, de 2000, y 1.390, de 2002, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y sus subsecuentes resoluciones o cualquiera otra que las adicione o reemplace, y que estén contenidas en decretos supremos publicados en el Diario Oficial.

A su vez, el decreto 80 de 1991 que crea la Comisión Asesora del Ministerio de Defensa Nacional respecto a las exportaciones armas y materiales de uso bélico señaló dentro de sus funciones la de “velar porque en estas operaciones se dé cumplimiento a los compromisos internacionales que Chile haya suscrito en materia de armas y elementos de uso bélico”, entre los cuales deben comprenderse a nuestro juicio también las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que establecen el embargo de armas.

Adicionalmente cabe señalar que el año 2012 se creó -por decreto supremo 14 (27.01.2012) modificado por el decreto supremo 104 de 23 de abril de 2016- un Comité Interministerial para la implementación y cumplimiento de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Su objeto es el de asesorar a los Ministerios y servir de instancia de coordinación para la implementación y cumplimiento del conjunto de recomendaciones y medidas establecidas en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, así como de sus órganos subsidiarios (Comité de Sanciones y otros órganos). Dicho Comité está conformado por representantes de los Ministerios de Interior, de Relaciones Exteriores, de Defensa, de Hacienda, Secretaría General de la Presidencia, de Justicia y de la Agencia Nacional de Inteligencia. Dentro de sus funciones se consigna la de servir como instancia de coordinación entre los Ministerios para la implementación y cumplimiento del conjunto de recomendaciones y medidas establecidas en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptadas en virtud del capítulo VII de la Carta. Además, se agrega como función la cooperar en la realización de informes sobre el cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad por el Estado de Chile cada vez que sea solicitado por ese Consejo o por alguno de sus órganos subsidiarios. Adicionalmente se contempla la función residual de encargarse de todas aquellas otras materias destinadas a la cooperación y coordinación entre Ministerios para la implementación y cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Finalmente, se dispone que el Comité podrá solicitar a los órganos públicos que estime conveniente toda la colaboración que se requiera para el ejercicio de sus funciones como también podrá invitar a representantes de organismos privados y organizaciones no gubernamentales, cuya participación o colaboración se estime conveniente para su buen funcionamiento.

En su funcionamiento práctico, este Comité Interministerial ha servido de instancia de información por parte de la Cancillería a los demás Ministerios acerca del contenido y alcance de las decisiones del Consejo de Seguridad, de coordinación para la adopción oportuna de medidas que le den cumplimiento, y de la preparación de los informes nacionales que se deben presentar a los distintos Comités de Sanciones del Consejo de Seguridad.

La implementación interna de las decisiones del Consejo de Seguridad resulta además indispensable para que los diversos órganos del Estado que deban adoptar medidas específicas en cumplimiento de aquéllas y que no disponen de normas legales especiales que les autoricen a adoptarlas con reenvío a las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, puedan tomar

estas medidas con suficiente respaldo normativo interno que las pongan al abrigo de eventuales recursos judiciales que se interponga en su contra.

Además, la implementación de las decisiones del Consejo de Seguridad en el orden jurídico doméstico resulta relevante para fines de publicidad y de oponibilidad respecto de particulares contribuyendo con ello también a la seguridad jurídica.

V. CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CHILENO

Otro tema que ha requerido de implementación en el derecho interno es el del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas respecto de nuestro país. Allí también se evidencia un vacío legislativo que ha debido ser cubierto acudiendo a soluciones creativas e imaginativas.

El problema no se ha presentado con las partes del fallo referidas a medidas que puede adoptar el Gobierno, incluso con la participación de otros órganos del Estado, como el caso de la publicación de la sentencia, la realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional haciendo referencia a las violaciones a los derechos humanos declaradas en las sentencias, el develar placas conmemorativas a las víctimas, el brindar atención de salud, o la realización de jornadas, programas y cursos de educación y de capacitación.

Respecto de la parte de la sentencia que dispone indemnización se ha encontrado una solución, efectuado una interpretación integrada del Artículo 68, apartado 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos con el Artículo 752 del Código de Procedimiento Civil, con las adaptaciones necesarias del caso. En efecto, el Artículo 68 apartado 2 de la Convención Americana señala que “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. A su vez el Artículo 752 del Código de Procedimiento Civil establece el procedimiento interno vigente en Chile para la ejecución de sentencias contra el Fisco que contempla la dictación de un decreto de pago. Por lo tanto, el pago de las indemnizaciones determinadas por la sentencia de la Corte Interamericana, una vez comunicada la sentencia

al Estado, se ha efectuado a través de la emisión de decretos de pagos con la correspondiente refrendación presupuestaria, siendo la cantidad determinada por la Corte Interamericana finalmente pagada mediante un cheque emitido por la Tesorería General de la República.

El tema más complejo acontece cuando el acto declarado por la Corte como contrario a las obligaciones internacionales del Estado corresponde a una resolución de los tribunales de justicia que goza de autoridad de cosa juzgada y, por lo tanto, no resulta posible enmendar ni dejar sin efecto. En estos casos en que ha debido recurrirse a soluciones creativas e imaginativas. Es así, por ejemplo que en el caso del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana relativa a la prohibición de la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*³¹ en que existía una sentencia de la Corte Suprema que acogiendo un recurso de amparo, había dispuesto la señalada prohibición, hubo que modificar la Constitución eliminando de su texto la censura cinematográfica, creando un nuevo derecho a la libre creación artística (Art 19 N°25)³² y dictando una nueva ley de calificación cinematográfica que dispuso que se pudieran exhibir en las condiciones establecidas por la ley todas las películas que habían sido censuradas con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley³³. Asimismo, en el caso Palamara³⁴ referido a un proceso que la justicia naval siguió contra un empleado civil de la Armada por la publicación, sin contar con la autorización del mando naval, de un libro titulado “Ética y Servicios de Inteligencia” en que este resultó condenado por el juzgado naval por los delitos de incumplimiento de deberes militares,

31 *Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. (2001): Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo”. (Fondo, Reparaciones y Costas), 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

32 Ley de Reforma Constitucional N°19.742 de 25 de agosto de 2001.

33 Ley N°19.846 de 4 de enero de 2003. “Artículo Primero Transitorio: A contar de la publicación de la presente ley, las películas que durante la vigencia del decreto ley N°679, de 1974, hayan sido calificadas para “mayores de 21 años” se entenderán calificadas para “mayores de 18 años” y las que hayan sido “rechazadas” dejarán de estarlo y para su exhibición o comercialización deberán someterse a la calificación del Consejo.” La Corte Interamericana declaró que el Estado de Chile había dado pleno cumplimiento a la sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003. Caso la última Tentación de Cristo. (Olmedo Bustos y otros) Cumplimiento de la sentencia. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/tentacion_28_11_03.pdf. (Visitado el 13 de agosto de 2018).

34 *Palamara Iribarne Vs. Chile* (2007): Corte IDH. (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007. Caso Palamara v Chile. Cumplimiento de la sentencia. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/palamara_30_11_07.pdf. (Visitado el 13 de agosto de 2018).

desobediencia y desacato, sentencia confirmada por la Corte Marcial y luego por la Corte Suprema, para cumplir el fallo, hubo que disponer que se eliminaran los antecedentes penales, oficiando al Servicio de Registro Civil e Identificación para dichos efectos, y, como no era posible devolver los libros decomisados a su autor ya que había una sentencia firme a ese respecto, la Armada de Chile publicó a su costa, a través de su imprenta mil ejemplares del libro que entregó a su autor.

Por cierto, lo anterior, si bien manifiesta una voluntad clara de los órganos del Estado por dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dista de ser la solución más idónea por lo que resulta aconsejable en dictar una ley que regule el cumplimiento en Chile de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Lo expuesto en el presente artículo demuestra la evolución que ha experimentado la incorporación de diversas fuentes del derecho internacional al ordenamiento jurídico de nuestro país y la creciente aplicación que ellas han tenido por los órganos del Estado, particularmente por los tribunales de justicia. Sin perjuicio de lo anterior, existen aún varios vacíos en la manera de incorporar esta normativa al derecho interno y asegurar su debida aplicación.

Por ello sería necesario impulsar iniciativas de reforma constitucional y legal, en su caso, que se hicieran cargo de llenar estos vacíos, regulando expresamente entre otras materias, la jerarquía supra legal de los tratados internacionales en nuestro derecho interno y el especial rango constitucional de que gozan las normas de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, la incorporación global y automática de las normas generales de derecho internacional (comprendiendo en ellas las del derecho internacional consuetudinarios y los principios generales del derecho), la imposibilidad de ejercer un control represivo de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales vigentes para Chile y la forma como nuestro país da cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

- Benadava, Santiago, (1992). “Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante Los tribunales chilenos”. En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. (Santiago. Ed. Jurídica de Chile).
- Detzner, John A., (1988) *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno*. Comisión Chilena de Derechos Humanos.
- Jana Sáenz, Jaime, (1987). *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*. Revista Estudios de MIDEPLAN. (San José de Costa Rica).
- Kelsen, Hans, (1967). *Principles of International Law*. Revised and Edited by Robert W. Tucker. The John Hopkins University, Second Edition, 1966.
- Llanos Mansilla, Hugo, (2011). *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. (Santiago. Editorial. Jurídica de Chile. Tomo IV).
- Medina Quiroga, Cecilia (1994). “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En Constitución, Tratados y Derechos Esenciales. Santiago. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Nogueira Alcalá, Humberto (1997) “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. Ius et Praxis. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720203> ISSN 0717-2877 (Fecha de consulta: 17 de agosto de 2018).
- Ríos Álvarez, Lautaro (1997) “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos”. Ius et Praxis [en línea] 1997, pp. 105 y 110. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720208> ISSN 0717-2877 (Fecha de consulta: 17 de agosto de 2018).
- Rioseco Vásquez, Alberto, (1987). *Derecho de los tratados. Apuntes de Clases*. Con la colaboración de Nora Villavicencio G y Álvaro Arévalo C. Primera Parte.
- Saenger Gianoni, Fernando. (1993) *Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución*. Revista de Derecho Público, año 20, Tomo 2.
- Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, (1993). *Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución*. Revista de Derecho Público, año 20, N°2.
- Troncoso Repetto, Claudio (2010). *Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009*. En Anuario de Derecho Humanos. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Troncoso Repetto, Claudio (2011) *Parlamento y Política Exterior de Chile: Un balance de veinte años (1990-2010)*. Fundación Konrad Adenauer. Serie de Estudios, N°6.

Vargas Carreño, Edmundo (2017). *Derecho Internacional Público*. (Santiago. Editorial. El Jurista, 2ª edición actualizada).

Jurisprudencia citada

Corte Suprema. Rol N°559-2004.

Tribunal Constitucional. Rol N°46-87.

Tribunal Constitucional. Rol N°288-99.

Tribunal Constitucional. Rol N°346-02.

Tribunal Constitucional. Rol N°576-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°747-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°786-07.

Tribunal Constitucional. Rol N°1.288-08.

Tribunal Constitucional. Rol N°1.307-11.

Tribunal Constitucional. Rol N°1.340-09.

Tribunal Constitucional. Rol N°1.656-11.

Tribunal Constitucional. Rol N°2.387-13

Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. (2001): Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo”. (Fondo, Reparaciones y Costas), 5 de febrero de 2001. Serie C N°73.

Palamara Iribarne Vs. Chile (2007): Corte IDH. (Fondo, Reparaciones y Costas), 22 de noviembre de 2005. Serie C N°135. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2007.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y ACTIVISMO EN EL SISTEMA JUDICIAL HOY. APUNTES CRÍTICOS¹

CONTROL OF CONVENTIONALITY AND ACTIVISM IN THE JUDICIAL SYSTEM TODAY. CRITICAL NOTES

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA²

Resumen: En este artículo abordaremos el, aún controvertido, Control de Convencionalidad, aquel que busca ser una inspección de los actos del Estado, cualquiera sea, por parte del sistema internacional, particularmente regional. Uno de sus objetivos es obligar a los jueces a velar por el imperio de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) frente a leyes de derecho interno que sean contrarias a su objeto y fin.

Palabras clave: Control de Convencionalidad, Convención Americana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.

Abstract: In this article we will address the, still controversial, Conventionality Control, that which seeks to be an inspection of the acts of the State, whatever they may be, by the international system, particularly regional. One of its objectives is to force judges to ensure the rule of the provisions of the American Convention on Human Rights (CADH) against laws of domestic law that are contrary to its purpose and purpose.

Key words: Conventionality Control, American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights and Constitutional Court.

¹ Exposición leída en Seminario de Control de Convencionalidad organizado por Academia Judicial y Universidad Finis Terrae, 11 y 13 de diciembre de 2018.

² Profesor titular de Derecho Constitucional, departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad, en su acepción fuerte, es un control o inspección de regularidad de los actos del Estado parte del sistema de protección internacional-regional (sistema interamericano), actos emanados de sus poderes públicos en ejercicio de potestades constituyentes, legislativa, gubernativa, administrativa, judicial e inclusive de control. El derecho material del control de convencionalidad es la Convención Americana de Derechos Humanos y el “corpus iuris interamericano”, y sus decisiones, en una dimensión más que discutible de la exacta competencia de esta Judicatura, se asemejan crecientemente al ejercicio de una suerte de inaplicación-invalidación de las decisiones emanadas de poderes públicos del Estado; una suerte de *pouvoir d’empêcher*, análogo al poder del “legislador negativo” encarnado en el Tribunal Constitucional, en la Sala Constitucional o en el Tribunal supremo, según el país de que se trate³. En esta acepción fuerte, que se asienta en la CIDH la CADH obliga a los jueces a velar por el imperio de sus disposiciones frente a leyes contrarias a su “objeto y fin”, ejerciendo un control *ex officio* entre las normas de derecho interno y la CADH, a la que suma el “corpus iuris” incluidas las decisiones de la misma Corte Interamericana. El control de convencionalidad transita en dos direcciones: del sistema interamericano a los tribunales nacionales y de estos (plano doméstico) al sistema, subordinando a los tribunales domésticos al seguimiento y directriz interamericana.

En nuestro país aún persisten las dudas acerca de su ejecutabilidad en el ordenamiento chileno, ante la ausencia de una norma expresa e inequívoca que defina la posición “jerárquica” o lugar de los tratados internacionales, centrándose su discusión en la norma constitucional del artículo 5 inciso 2º que ha tenido diversas interpretaciones, la más cercana a su origen que la ha definido como una norma que estableció el deber de promoción y respeto de los derechos fundamentales como obligación de todos los órganos del Estado, como una limitación al ejercicio del poder⁴, incorporándose en el ordenamiento en una posición de eficacia o aplicabilidad preferente como fuente de derecho internacional convencional⁵. Con todo, se abre paso en la

3 Zuñiga, Francisco, (2011). *Control de constitucionalidad de Autos Acordados*. Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1.

4 Ríos Álvarez, Lautaro, (1997). *Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos*. Revista Ius et Praxis, año 2, N°2, p. 103.

5 Zuñiga, Francisco, (2015). *El retorno a lo administrativo: Comentario a la sentencia Rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, Fisco de Chile con Dörr Zegers y otros’ (‘Chispas II’)*. Revista Estudios Constitucionales, año 13, N°1, pp. 462 y Zuñiga, Francisco, (2008). *Control judicial de los actos*

jurisprudencia de los tribunales de Poder Judicial e incluso episódicamente del Tribunal Constitucional (SSTC roles N°2.493 de 6 de mayo de 2014, cons. 5°, 6°, 7° y 8°, N° 2.492 de 13 de junio de 2014 cons 17° y N°2.615 de 30 de octubre de 2015 cons. 10°) el control de convencionalidad en su acepción fuerte.

En relación con el mentado control de convencionalidad (más allá de sus propias inconsistencias que hemos comentado en otro lugar) una de las más graves consecuencias “políticas” de este, a mi juicio, es el activismo judicial. Ocurre, lo que presagia Atria hace más de una década parafraseando el Manifiesto de Marx: un fantasma recorre el mundo, nuestra América, una legión de jueces, profesores, abogados, letrados, funcionarios pretenden hacer política desde las salas de audiencia, aulas, gabinetes, y no desde el sistema político democrático, no desde la dura política. A esto cierta izquierda en la cultura jurídica del continente mira con complacencia o entusiasmo, un candor infinito para hacer suyo el neoconstitucionalismo, la moda etnocéntrica o colonial del constitucionalismo europeo (cultura y teoría-metateoría) de postguerra. Una confianza inusitada en los jueces, un panjudicialismo sin tapujos apaña un activismo de izquierda, sumiendo a la izquierda en un elitismo epistémico incompatible con el desarrollo político democrático. En paralelo como bien observa Gargarella cierta izquierda olvidó la “sala de máquinas”, el Estado y la política. En el activismo de derecha existe un vértigo complaciente con el poder y el establishment; de lo cual el Tribunal Constitucional parece prisionero hoy; sin necesidad de recurrir al control de convencionalidad.

El resultado: el activismo, de izquierda o de derecha, a veces crítico o con una políticamente correcta “agenda valórica” de corte “liberal”, a veces complaciente u ortopédico de los gobiernos, cuando no comprometido con el orden establecido o intereses de clase o corporativos, en suma el activismo es una patología.

Ciertamente, el activismo judicial no se acopla bien con el Estado de Derecho y el principio de legalidad y de suyo con el principio de separación de poderes. Pero hasta allí ese es un desacoplamiento con un modelo de Estado de Derecho eminentemente liberal. Lo grave a mi juicio, es que tal desacoplamiento también se produce con el Estado democrático, ya que el “gobierno de los jueces” (Lambert) debilita la política democrática, anula o

reduce los espacios de deliberación pública, somete a revisión las políticas públicas y las decisiones políticas de los poderes públicos.

El mentado “gobierno de los jueces” pretende en suma que decisiones políticas importantes y menos importantes las adopte la “aristocracia de toga” y no los “poderes públicos” democráticos que en la disputa con el voto popular han obtenido la legitimidad necesaria para impulsar agendas políticas, programas gubernamentales y políticas públicas, “poderes públicos” cuyos servidores son de cara al cuerpo electoral o las instituciones responsables jurídica y políticamente.

A continuación, revisaremos, por vía puramente ejemplar, dos sentencias de la Corte Suprema en que es posible identificar explícitamente una referencia al control de convencionalidad; resistiéndonos a la versión esperpéntica del control de convencionalidad resumido en nuestro caso López Mendoza. En ambas sentencias, la disposición de la Corte Suprema parece, a simple vista, favorable; ante el cúmulo de fuentes formales disponibles a la adjudicación, a resolver aplicando el control de convencionalidad. Posterior a ello, analizaremos sentencias de tribunales supremos o salas constitucionales o cortes constitucionales extranjeras que se inscriben en el vértigo del activismo judicial, y que usan el control de convencionalidad sesgada o fraudulentamente para zafar de las fuentes formales.

II. ACTIVISMO JUDICIAL EN TRIBUNALES NACIONALES

a) Sentencia rol N°9.031-2013

El primer fallo en que la Corte Suprema chilena expresamente se ha pronunciado sobre control de convencionalidad data del 19 de noviembre de 2013, rol N°9.031-2013, y refiere a un proceso de extradición desarrollado en contra de un sujeto imputado por el delito de transporte ilegal de estupefacientes. La Corte, luego de analizar los hechos del caso, consideró que, a la luz de la normativa de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que efectivamente se cumplen las garantías del debido proceso.

En el considerando décimo segundo, la Corte Suprema conceptualizó, caracterizó y señaló los principales elementos y fundamentos del control de convencionalidad, en los siguientes términos:

“Control de respeto y vigencia efectiva de las garantías fundamentales. Que efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad. (...)”

La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad, sino que requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos y llevar adelante una interpretación racional y razonada de lo que es la garantía en sí misma, para asegurarla en su integridad, sobre la base de disposiciones concretas, pero con la mirada puesta en su profundización y desarrollo. En otras palabras se debe efectuar una interpretación racional, contextual, informada y responsable, con todos los textos nacionales e internacionales a la vista, considerando, como se ha dicho la naturaleza de los tratados, su objeto y fin, de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta.

En el mundo actual todas las jurisdicciones reclaman un papel predominante en torno a la interpretación de los derechos y garantías fundamentales: primeros, únicos y finales. En realidad todos tienen la posibilidad de aplicarlos, y para ello, de interpretarlos, la diferencia estará en la competencia que le reconozca el ordenamiento jurídico para hacerlo”.

Del considerando transcripto, la Corte Suprema estima que, a su juicio, corresponden los siguientes elementos al control de convencionalidad: a) consiste en la función de los jueces de velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos, b) la consecuencia inmediata de lo anterior sería la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario e *ius cogens*, dándole directa aplicación a sus disposiciones, como profundizando su contenido; c) la sola referencia que se efectúa a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad; d) Los encargados de realizarlo son los jueces, especialmente de las instancias superiores, como parte de función jurisdiccional

y en ejercicio de su función conservadora; e) En dicho ejercicio, los jueces procuran un diálogo con las instancias internacionales, aplicando principios como el de progresividad y favor persona; f) La inobservancia del respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales genera responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

En suma, la CS concibe el control de convencionalidad como un control restringido, es decir, como se dijo anteriormente, como la función de los jueces de velar por el respeto y vigencia del reconocimiento de los derechos humanos.

b) Sentencia rol N°27.543-16

Por otro lado, nos encontramos con la sentencia dictada por la segunda sala de la Corte Suprema, rol N°27.543-16, de 3 de octubre de 2016, fallo dictado en cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana contra el Estado de Chile “Omar Humberto Maldonado Vargas”. Así, en atención a lo dispuesto en el artículo 68 N°1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, revisó y anuló la causa rol N°1-73, aludiendo al control de convencionalidad para justificar el efectivo cumplimiento de la sentencia de la CIDH.

Así, el considerando undécimo de la sentencia explicita “Que exponer y atender al contenido y resolución del fallo de la CIDH, resulta ineludible en esta causa, pues dado el mandato contenido en dicho pronunciamiento al Estado de Chile, ello conlleva que la interpretación y aplicación de las disposiciones procesales que reglan la acción de revisión que ha sido planteada, contempladas en el Código de Justicia Militar y en el Código de Procedimiento Penal, deberá efectuarse esta vez procurando ajustarse a lo razonado y decidido por dicho tribunal internacional, para de esa manera resguardar el derecho a la protección judicial que se estimó vulnerado por la ausencia de recursos para revisar las sentencias de condena dictadas en los Consejos de Guerra del proceso rol N°1-73 y, en definitiva, hacer posible el mecanismo efectivo y rápido para revisar y poder anular esas sentencias que dispone dicho fallo. No debe olvidarse que, como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos (este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26) y que, además -o como consecuencia de lo anterior-, el incumplimiento del fallo trae consigo la responsabilidad internacional del Estado de Chile, conforme

a los artículos 65 y 68 N°1 de la Convención, por lo que todos sus órganos –incluyendo esta Corte, huelga señalar– en el ámbito de sus competencias deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado. Así, en la interpretación y aplicación de las normas que tratan la acción de revisión, en especial la causal de invalidación invocada, no debe preterirse que lo que está en juego no es solo la resolución de un caso concreto, sino que la responsabilidad internacional del Estado de Chile en caso de optar por una lectura restrictiva de los derechos humanos y, en particular, del derecho a un mecanismo efectivo y rápido para revisar y poder anular las sentencias dictadas como corolario de un proceso injusto –como se demostrará– por los Consejos de Guerra convocados en el proceso rol N° 1-73.

Empero, conviene resaltar que, aun de no haberse dictado el pronunciamiento referido por la CIDH en el caso “Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros versus Chile”, igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2°, de la Carta Fundamental. En ese orden, los tribunales tienen la obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención (Cecilia Medina Q. y Claudio Nash Rojas, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección, p. 9, disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>), a lo que cabe agregar que, atendidas las particularidades de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, dichos derechos deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios y, uno de éstos, es el principio pro persona, de acuerdo al cual debe preferirse aquella norma o interpretación que de mayor efectividad a la protección de los derechos humanos.

Ratificando y respaldando todo lo antes razonado, la CIDH ha declarado que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias

a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 339; Caso Boyce y otros vs. Barbados, párr. 78; Caso Almonacid Arellano, párr. 12423).

Entonces, ya que se ordena por la CIDH que el mecanismo para revisar las sentencias que se ponga a disposición de quienes comparecieron ante dicho tribunal y los demás sentenciados por Consejos de Guerra sea “efectivo”, ello implica que el estudio de los extremos de la causal de revisión invocada del artículo 657 N°4 del Código de Procedimiento Penal, debe efectuarse por esta Corte Suprema de manera de no sujetar la procedencia de esa causal a condicionamientos excesivos, lo que, por ende, conducirá a rechazar interpretaciones de los requisitos legales para su admisión o estimación que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso o sus posibilidades de ser acogido. Ello, en armonía con la jurisprudencia de la misma CIDH que ha señalado que “si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho” (Caso Cantos vs. Argentina, párr. 54”).

En análisis del considerando en comento, concluimos que: a) la aplicación de las normas procesales que regulan la acción de revisión, contempladas en el Código de Justicia Militar y en Código de Procedimiento Penal debe efectuarse de conformidad a lo razonado en el fallo Omar Humberto Maldonado Vargas vs. Estado de Chile; b) Aquello con la finalidad de resguardar el derecho de protección judicial que se vio vulnerado por la ausencia de recursos para revisar las sentencias dictadas en los Consejos de Guerra rol N°1-73 y, así, hacer posible el mecanismo para revisar y anular esas sentencias. En ello radicaría, según nuestro Tribunal Supremo, el control de convencionalidad.

III. ACTIVISMO JUDICIAL EN TRIBUNALES EXTRANJEROS

a) Sentencia N°02.771, de 4 de abril de 2003, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

En Costa Rica la reelección presidencial estaba prohibida por la reforma constitucional de 1969 a la Carta de 1949 (art. 132). Y en el año 2000, la Sala cuarta de la Corte Suprema rechazó en dos ocasiones revisar la constitucionalidad de aquella prohibición de reelección.

Sin embargo, en abril de 2003 la Sala Constitucional de la Corte Suprema del Poder Judicial de Costa Rica mediante la sentencia N°2.771 del 2003 declaró la inconstitucionalidad la reforma de 1969 que impedía la reelección presidencial, con 5 votos a favor y 2 en contra. La Corte Suprema y su sala cuarta es un tribunal activista, compuesto de jueces- “políticos con toga”, provenientes muy mayoritariamente de partidos tradicionales (PLN-PUSC). Un botón de muestra de este activismo es la declaración de inconstitucionalidad de la reforma constitucional en base a un “derecho fundamental a la reelección”; cuando la Ley de la Jurisdicción Constitucional solo autoriza el control de constitucionalidad de reformas constitucionales por vicios de forma. De esta manera, se establece que, “en cuanto a la reforma, estima que ésta sí vino a limitar el derecho de elección de los ciudadanos al imposibilitar a los costarricenses volver a elegir a una persona que ya hubiese sido Presidente, cuando el texto original aprobado por una Asamblea Nacional Constituyente y en consecuencia con mayores poderes que el ejercicio de poder derivado reformador con que cuenta la Asamblea Legislativa, sí permitía que un expresidente pudiera volver a ser presidente, si se hubiesen transcurrido 8 años después del periodo para cuyo ejercicio se verificare la elección”.

El Tribunal Supremo de Costa Rica, en su fallo, hace hincapié respecto al derecho de elección como un derecho fundamental, y establece, en relación con dicho derecho, que “El derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental. La reelección tal y como se pudo constatar en el considerando V, estaba contemplada en la Constitución Política de 1949 y constituye una garantía del derecho de elección, pues le permite al ciudadano tener la facultad de escoger, en una mayor amplitud de posibilidades, los gobernantes que estima convenientes. Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección”. En la

misma línea, la Corte concluye, tomando como referente el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que “La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existentes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena. Por otro lado, Costa Rica suscribió este Convenio sin reserva alguna, aceptando el ejercicio de tales derechos en la mayor libertad posible, asumiendo como únicas limitaciones las que deriven del inciso 2 del artículo 23. De resultar inconstitucional la forma en que la Asamblea Legislativa suprimió este derecho, implicaría que su restauración deba sujetarse al procedimiento correspondiente”.

Por otro lado, y en relación con los límites a la reforma constitucional, el fallo de la Corte deduce, en base a todas las consideraciones insertas en la sentencia, que la Asamblea Legislativa carecía de competencia para hacer una reforma parcial que afectare los derechos fundamentales. Así, establece que “La Asamblea Nacional Constituyente estableció en el numeral 132 de la Constitución regulaciones a los derechos políticos de quienes aspiren al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República. En el caso que nos ocupa en esta decisión judicial, el inciso 1) prohibía la reelección únicamente para aquellos que hubieren ejercido la Presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección. La reforma operada por ley N°4349 prohibió en forma total la reelección presidencial, afectando negativamente derechos políticos de los ciudadanos y al actuar así, la Asamblea Legislativa, en ejercicio del Poder Constituyente de reforma parcial, excedió los límites de su competencia. La Asamblea Legislativa como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general, regulado en el artículo 196 de la Constitución Política y en estricto apego a lo allí dispuesto, se podría intentar una reforma de tal naturaleza”.

En base a lo anterior, es que se reestablece en Costa Rica la regla de que los ex presidentes pueden volver a postularse esporádicamente en periodos de 8 años, debido a que la reforma constitucional de 1969 infringía los artículos

1,2,23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo relativo al derecho a elegir y ser elegido.

Esta sentencia permitió que el político-empresario y expresidente Oscar Arias Sánchez (1986-1990) fuera reelecto en 2006.

b) Sentencia N°504, de 19 de octubre de 2009, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

El 19 de octubre de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua se pronunció favorablemente acerca del recurso de amparo interpuesto por Daniel Ortega, Presidente de la República de Nicaragua, y 103 alcaldes del país, contra el Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua, órgano que rechazó la solicitud de inaplicación del principio de interdicción electoral para el Presidente y Vicepresidente de la República, alcaldes y vice alcaldes municipales. En este caso se declaró inaplicables los artículos 147 y 178 de la Constitución reformados por el constituyente derivado (art. 13 de la Ley N°192 de 4 de julio 1993) por constituir una discriminación e interdicción electoral, que se oponía a la Constitución de 1987 fruto del constituyente originario. Es menester recordar que el pacto político (Aleman-Ortega) permitió en el año 2000 aumentar el número de miembros de la Corte Suprema (12 a 16), generando un empate (8-8), con reducción de periodo (7^a 5 años) y reelección (art.161), pudiendo estos perder su inmunidad por simple mayoría en la Asamblea Nacional (arts. 130.3 y 162); generándose así un “patronazgo político en la Corte y un fenómeno de “bancadas en la Corte”.

El recurso interpuesto buscaba permitir la posibilidad de que aquellos que ocupaban los cargos anteriormente mencionados, pudieran participar en las contiendas electorales de los años 2011 y 2012 en los cargos que ostentaban en dicho momento. Los recurrentes alegaban, esencialmente, que la aplicación la interdicción electoral generaba una “DESIGUALDAD EN y ANTE LA LEY pues solo se aplica a los cargos de Elección Directa y Popular que fueron democráticamente electos sus representados, NO ASÍ para los cargos también de Elección Directa y Popular de los Diputados ante la Asamblea Nacional, Diputados ante el Parlamento Centroamericano, Miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica; o en los casos de Elección Indirecta como Magistrados del Consejo Supremo Electoral (CSE), Fiscal de la República, Miembro la Contraloría General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Intendente y Superintendente

de Bancos, incluso de los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, NO APLICA”.

En su sentencia, la Corte se hace cargo de dos cuestiones esenciales. En primer lugar, se pronuncia respecto a si el Constituyente Derivado, al impedir la reelección de los cargos mencionados, violó la igualdad “en la ley”, excediéndose al constituyente originario, al tratar desiguales situaciones iguales. Así, y luego de analizar la normativa aplicable al caso en cuestión, la sentencia consigna que “dichos cargos de elección directa presentan DESIGUALDAD EN IGUALDAD DE CONDICIONES, solo por lo que hace al Presidente y Vicepresidente de la República, y al Alcalde y Vicealcaldes Municipales, dicha desigualdad en igualdad de condiciones consiste en: “El derecho a optar al mismo cargo público de manera sucesiva en los subsiguientes comicios electorales”.- Al Presidente y Vicepresidente: NO SE LE PERMITE (Arto. 147 Cn); el Alcalde y Vicealcalde: NO SE LE PERMITE (Arto. 178 Cn); Diputados Asamblea Nacional: se le permite; Diputados al Parlacen: se le permite; y Diputados en los Consejo Regional Autónomos (RAAS y RAAN): se le permite. En consecuencia, las Disposiciones Constitucionales que contienen esa Interdicción Electoral solo para el Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde, representa un trato desigual, cuando como queda claro hay igualdad de condiciones, contraviniendo el Principio de Igualdad y el Principio de Proporcionalidad, que reconoce como única limitación señalada en la Parte Dogmática por el Constituyente Originario por razones de edad y por motivo de condena penal o interdicción civil”.

Seguido de ello, y en relación ahora a las limitaciones del poder constituyente derivado y el principio de soberanía, el fallo hace hincapié en que “la Soberanía es la voluntad del pueblo, y que se autorregula solamente por el Poder Constituyente Originario; el Poder Constituyente Derivado en general está subordinado al Principio de Soberanía, no puede contradecirla, ya que la Soberanía es única, inalienable, intransferible, irrenunciable, impostergerable, indivisible y reside en el pueblo, quien lo ejerce a través de los instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación. (...) De ninguna manera, la Soberanía como Principio Supremo de la Nación, matriz y vientre de los derechos ordinarios y extraordinarios puede estar limitada o supeditada por NINGUNA NORMA, ni siquiera por la Constitución Política Formal o Escrita, ya que la Soberanía es la principal fuente de la Nación y de la misma Constitución Escrita”.

Es en base a lo anterior que la Corte concluye que tanto el poder constituyente originario como derivado tienen la obligación de jamás restringir el principio de soberanía, razón por la que “En el presente caso, al modificarse la voluntad del Poder Constituyente Originario, limitando -no ampliando- un Principio Fundamental como es el Derecho al Sufragio Electoral: Elegir y ser Elegido, se atenta contra la Soberanía Popular de la Nación Nicaragüense y contra el Principio de Prelación de los Intereses Supremos de la Nación, contenido en el artículo 129 Cn”.

Así, la sentencia resuelve la inaplicabilidad de la interdicción de reelección, permitiendo que el presidente Daniel Ortega (2001) fuese reelegido en las elecciones generales de 2011 y 2016. A pesar del debate generado por la sentencia y por la integración de la sala (3 ministros del FSLN y tres suplentes, dado que los titulares de orientación liberal no integraron); se solidificó el reeleccionismo.

c) Sentencia de 22 de noviembre de 2015, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras

El 22 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Honduras acogió plenamente el requerimiento presentado por 15 diputados de la República y por el ex presidente del país, Rafael Callejas, quienes solicitan se declaren inconstitucionales los artículos 42 numeral quinto y 239 de la Constitución Política de la República, teniendo como consecuencia la derogación del artículo 330 del Código Penal, artículo que sanciona con reclusión a quien habiendo ejercido a cualquier título la Presidencia de la República, promoviere o ejecutare actos violatorios del artículo constitucional que le prohíbe ejercer nuevamente la Presidencia de la República. En efecto, el artículo 239 de la Constitución hondureña dispone que “El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública”. Por su parte, el artículo 42 N°5 de la misma Carta dispone que la ciudadanía se pierde por “incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República”.

Previo a analizar el fallo, es menester señalar que la Constitución de Honduras fue dictada en consideración a las traumáticas experiencias dictatoriales de su historia. En atención a esa historia reciente, el constituyente de 1982

fijó el artículo transcrito como una disposición pétrea, es decir, que no admite reforma por el constituyente derivado: para cambiar su contenido o sacarla del ordenamiento jurídico se requiere el recurso al constituyente originario. En otras palabras, para mudar otras disposiciones basta la reforma constitucional, pero para cambiar ésta se requiere la entrada en vigencia de una nueva Constitución.

Pasando al análisis del requerimiento, los actores, en específico, el ex presidente Callejas “alega que la aplicación del artículo 239 constitucional restringe el derecho fundamental y libertad pública de libre elección y el libre acceso a la función pública de su país a los ciudadanos hondureños, afectando directamente los derechos individuales concedidos por el poder originario constituyente (aunque restringidos, mediando un criterio incoherente y actualmente desfasado)”.

Respecto, ahora, al análisis de la Corte respecto del requerimiento, el órgano jurisdiccional concluye declarar la inaplicabilidad de las normas constitucionales y la inconstitucionalidad de la norma penal, destacando que la Constitución le encarga a ella misma “el control directo de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, en su carácter de intérprete último y definitivo de la Constitución”, por lo que estaría “igualmente facultada para resolver sobre acciones contra la constitucionalidad de la norma fundamental, en caso de colisionar esta con otra de igual rango y contenido esencial, tangible o intangible”.

Posterior a ello, e insólitamente, la sala se da a sí misma la atribución de inaplicar o “derogar” normas constitucionales, señalando que “Para resolver el problema planteado esta Sala debe interpretar la Constitución como un todo, en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, considerando a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado (Artículo 59 de la Constitución) y la jurisprudencia de la Corte IDH, confrontando las normas impugnadas con el texto constitucional en su conjunto, y los tratados internacionales ratificados por la República antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, de carácter vinculante, solo así se podrá verificar si existe incoherencia y restricción de derechos fundamentales en el mismo texto constitucional, en cuyo caso las normas constitucionales impugnadas pudieran perder operatividad o ser desaplicadas” (c. 11º).

Finalmente, y luego de referirse a derecho a la libertad de expresión como la “piedra angular” de una sociedad democrática, la Corte concluye que “cuando

existe contradicción entre normas del mismo rango constitucional, es necesario aplicar los principios de interpretación constitucional y jurídica, para resolver la contradicción de acuerdo al Derecho Constitucional e Internacional aplicables. En la Constitución vigente (1982), para el caso concreto, contiene normas que permiten o garantizan la libertad de expresión o el ejercicio de derechos políticos en los términos más amplios, pero otras normas restringen puntualmente esa libertad o el ejercicio de esos derechos, siendo necesario articular, interpretar armónicamente para evitar la contradicción; tanto por violación a la propia constitución como violación a normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que son superiores a las normas de derecho interno (Artículo 18 Constitucional).- En el caso de confrontación de principios o normas constitucionales e internacionales de Derechos Humanos (libertad de expresión, de conciencia, igualdad, derechos políticos), con otras normas constitucionales como los contenidos en los artículos 239 y 42.5), esas normas deben interpretarse armónicamente y cuando ello no se es posible procede la desaplicación para garantizar la armonía constitucional y la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico”.

En conclusión, se trata de una situación que atenta contra nuestras más básicas concepciones del ordenamiento jurídico como sistema normativo y que, por tanto, puede parecer absolutamente irrepetible en Chile. Sin embargo, los fundamentos alegados por la Sala Constitucional –si bien errados a nuestro entender– son de interesante análisis, pues sirven de elocuente ejemplo de los peligros que encierra la asunción del neoconstitucionalismo como marco teórico-metodológico e ideología en el quehacer de las judicaturas.

d) Sentencia de 28 de noviembre de 2017, del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

El día 28 de noviembre de 2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional sorprendió a la región con la dictación de la sentencia que de forma unánime autoriza al Presidente, Vicepresidente, gobernadores, alcaldes, concejales y asambleístas que estaban limitados por la Ley Electoral y la Constitución para ser reelectos, declarando inaplicables dichas normas luego del examen de compatibilidad con el artículo 23 de la CADH en ejercicio del control de convencionalidad. Este caso se suma a lo que David Landau ha denominado como constitucionalismo abusivo, mecanismos constitucionales para

posibilitar cambios políticos y que ya hemos tenido oportunidad de revisar previamente⁶.

El recurso presentado por el oficialismo buscaba abrir la posibilidad para que el Presidente en ejercicio, Evo Morales, pudiera optar a la reelección y continuar en su cuarto mandato basado en que la norma constitucional que limita la reelección atentaría contra el derecho humano de “ser elegible sin restricciones” del Presidente boliviano.

El tribunal señala que el artículo 256 de la Constitución boliviana introduce un mecanismo para la eficacia de los derechos humanos reconocidos por tratados internacionales y que, siendo estos más favorables, se aplicarán preferentemente sobre la Constitución e incluso sobre lo que la misma señala, en este caso, los artículos 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución. Así, se declara la aplicación preferente de la norma convencional sobre dichos artículos que establecen el periodo de duración del mandato y limitan a las autoridades ya señaladas a una reelección de manera continua.

Los requirentes también habrían alegado la inconstitucionalidad e “inconventionalidad” de dichas normas por vulnerar el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por “establecer límites para su ejercicio, sin justificación alguna, para que todos los ciudadanos puedan ser reelectos como autoridades de representación popular, mientras el soberano así lo desee. [Estiman] que se restringe la posibilidad de participar en la dirección del poder y de ser elegido en elecciones periódicas y auténticas, cuando la elección depende del ciudadano, que si confía en sus candidatos, saldrán victoriosos, no pudiendo restringirse sin motivo su participación, pues quien elige es el soberano a través del voto y que, particularmente el artículo 23 de la CADH al establecer causales taxativas *numerus clausus* en la regulación de su ejercicio, tiene por objeto evitar la discriminación de los individuos en el goce de sus derechos políticos”.

Este razonamiento es adoptado por el Tribunal Constitucional que señala que la regulación del periodo de mandato y la limitación de reelección sí constituye en sí misma una medida de exclusión y un trato discriminatorio a quienes se encuentran ejerciendo los cargos frente a quienes aspiran acceder a los mismos que gozarían de un trato preferente, anulando la posibilidad

6 Zuñiga, Francisco y Cárcamo, Roberto, (2015) *¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales? Un caso de “constitucionalismo abusivo”*. Revista Derecho Público Iberoamericano, N°7.

de intervenir en el proceso electoral sin justificación objetiva y razonable, además de innecesaria y carente de proporcionalidad “situación que sin lugar a dudas deriva o genera en una afectación a sus derechos, pues no pueden ejercer su derecho político de participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, previsto por el artículo 26.I de la CPE y más específicamente a ‘ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores’, consagrado por el artículo 23.1 inc. a) de la CADH”.

A ello agrega que la arbitrariedad de la disposición de reelección no encuentra como fundamento “la realización, cumplimiento o resguardo de alguno o algunos de los principios y/o valores que informan el orden constitucional. Así el principio democrático no se ve mayormente afectado a partir de que la ‘reelección’ a la que hacen alusión los preceptos impugnados, representan en sí mismos una mera posibilidad en cuanto a la eventualidad que quienes se encuentren ostentando cada uno de los cargos indicados puedan participar nuevamente de unas justas electorales (...) a partir de lo cual, la prohibición de postularse más de una vez de manera continua, pierde sentido de idoneidad, pues sabiamente se deja esa decisión al soberano quien determinará a través de su voto, en el ejercicio de la democracia directa, si la autoridad de que se trae es reelecta o no (...)”.

El ejercicio del vaporoso control de convencionalidad en una interpretación de la Convención Americana moldeable por los tribunales internos es consecuencia de la falta de definición y constante expansión jurisprudencial. Además, nos parece especialmente grave que el Tribunal Constitucional Plurinacional, órgano que precisamente está encargado de resguardar la Constitución, descarte su aplicación sin mayor análisis del objeto jurídico que busca resguardar una norma como la limitación a la reelección.

Por otra parte, resulta igualmente grave que la posibilidad de reelección del mandatario boliviano con la apertura que general el TCP cuando en el año 2016 un referendo donde participó el 84,47% de la población, imponiéndose por algo más de la mitad de los votos el “no” al consultar sobre la modificación de la Constitución y permitir la reelección en dos ocasiones continuas. Resulta evidente que el principio democrático se ve vulnerado no solo por la declarada inaplicación de las normas constitucionales con la sentencia del TCP, sino que también por ser una regla cuya vigencia fue reafirmada por el pueblo en un ejercicio democrático, pasando por alto la voluntad del pueblo como sujeto responsable de dar forma al orden político de cada Estado, usurpando un

poder que debe ejercido por el pueblo. Paradójico resulta así inaplicar normas constitucionales que tienen por objeto regular las relaciones políticas básicas por interpretaciones tramposas para supuestamente defender derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIONES

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en clave de activismo judicial, utiliza el control de convencionalidad para zafar del imperio de la ley o resolver habiendo un cúmulo de fuentes formales; bajo el pretexto de la vinculación a derechos fundamentales, mediados por tratados o decisiones del sistema interamericano.

Adicionalmente, al anotado activismo judicial reforzado por el control de convencionalidad, observamos en él una suerte de confusión o Torre de Babel, que se ejemplifica con la acusación constitucional dirigida en contra de tres ministros de la sala penal de la Corte Suprema, en la que los imputados se defienden invocando haber realizado control de convencionalidad en sus decisiones y los “*acusadores*” en sede parlamentaria fundan el libelo del procedimiento en infracción a los estándares del control de convencionalidad⁷.

7 Informe del profesor Humberto Nogueira Alcalá, “Acusación constitucional en caso Ministros de la Corte Suprema en virtud de sentencia de protección que aplica DL 321 de 1925 a condenados por delitos de lesa humanidad.”, “Para determinar el notable abandono de los deberes de los tribunales en la interpretación y aplicación del derecho vigente mediante conductas de abusos de poder, infracciones a la Constitución o torcida administración de justicia o prevaricación; no puede concretarse de otra manera sino examinando las sentencias respectivas, ya que solo su examen determinará si el tribunal respectivo cometió una infracción constitucional adjetiva o sustantiva; vulneró algún derecho fundamental o humano que, de conformidad con la Constitución, debió respetar y promover; si aplicó o no como parte del derecho vigente las fuentes internacionales vinculantes, entre ellas los tratados de derechos humanos o los principios imperativos de *ius cogens* y los estándares determinados por los tribunales internacionales o supranacionales en la materia; si aplicó las reglas de interpretación en derechos humanos contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigibles como órganos estatales en el respeto y garantía de los derechos convencionales; entre otras.”(...) “Las cinco sentencias de protección realizan una interpretación manipulativa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos, para intentar otorgar legitimidad a tales decisiones, que no tienen fundamento en tal sentencia, lo que queda en evidencia, con la resolución de la Corte IDH de mayo de 2018 de supervigilancia del Caso Barrios Altos, que desmiente las afirmaciones hechas por la Sala Penal de la Corte Suprema, la cual no fue considerada por el Tribunal, lo que incumple el deber de aplicar los estándares internacionales en materia de cumplimiento de sentencias en materia de crímenes contra los derechos humanos, obligatorios para dicho tribunal. Todas dichas conductas violan gravemente los artículos

En la especie la sala penal de la CS en sede de amparo otorgó mediante 5 sentencias 7 libertades condicionales a reos condenados por violaciones a derechos humanos, aplicando el DL 321 de 1925, cuerpo legal no previsto para delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra; lo que infringe los artículos 5° inciso segundo y 54 N°1, inciso quinto de la Constitución, dado que el “notable abandono de deberes” importaría para los acusadores una vulneración del derecho a la jurisdicción como regla de ius cogens (arts 8 CADH y 14 de PIDCP); que comprendería el cumplimiento de penas y no aplicar medidas carcelarias que importen impunidad y además, se infringiría la CVDT de 1969 (arts 26 y 31.1) que obligan a los estados a aplicar los principios de ius cogens de cumplimiento de buena de las obligaciones convencionales y prohíbe adoptar medidas que entrañen suspensión de los efectos de los tratados (arts 42 y 43); generándose por añadidura un ilícito y responsabilidad de derecho internacional. Desde esta misma perspectiva la CS estaría obligada por el derecho internacional común y convencional a no otorgar libertades condicionales, menos aún si se hace en las sentencias de amparo de la sala penal una “interpretación manipulativa” de la jurisprudencia de la CIDH del caso Barrios Altos, interpretación contraria a estándares internacionales; lo que quedaría en evidencia a la luz de la resolución de la misma Corte de mayo de 2018 recaída en la supervigilancia del caso Barrios Altos.

Por otra parte, las decisiones judiciales de tribunales extranjeros analizadas en el contexto de América Latina son decisiones refrendarias de la reelección presidencial; la vía usada en las últimas décadas para eternizarse en el poder de los jefes de Estado, sea mediante reformas constitucionales o sea mediante el “atajo” judicial permitido ortopédicamente por tribunales supremos (salas constitucionales) o tribunales constitucionales premunidos de un activismo desenfadado. Y decíamos al principio el activismo judicial es un problema del régimen democrático, también designa el tipo de dominación (y racionalidad asociada), el grado de sumisión a la ley y a la Constitución; y finalmente un cierto ethos cultural-ideológico, que permite explicar la autocomprensión del juez en un Estado de Derecho y sistema democrático⁸.

5° inciso 2° de la Constitución; artículo 6°, que determina que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”; y 54 N° 1, inciso 5°, que impide a los tribunales suspender los efectos de las disposiciones de tratados ratificados y vigentes unilateralmente, como asimismo el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales que precisa la aplicación de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia”.

8 Sobre la relación política justicia, es una obra clásica la de Kirchheimer, Otto, (2001) *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos* (trad. R. Quijano). (España. Editorial

El mencionado “atajo” judicial para lograr el continuismo o reeleccionismo vía decisión judicial ortopédica o complaciente con el Poder Ejecutivo o presidencias fuertes, es signo de una fuerte politización de los tribunales supremos (salas constitucionales) y de tribunales constitucionales, y de un activismo de derechas; alojado en un ethos judicial panjudicialista o elitista que atraviesa todo el sistema judicial. En este “atajo” judicial y en clave de argumentación teórico-práctica de las decisiones (teorías, valores y discursos) el recurso a la doctrina de las “normas constitucionales inconstitucionales” (Bachof), propio de un constitucionalismo europeo que abreva de un renacer del derecho natural en la postguerra y que configura un “constitucionalismo abusivo”, o el recurso al control de convencionalidad no son sino apaños “dogmáticos” de un activismo desenfrenado, de “derechas” o de “izquierdas”. En los términos modélicos de Ost transitamos del juez Júpiter propio de la Codificación y racionalidad legal burguesa culturalmente legiscentrista, al juez Hércules o el juez Hermes; sea que desafíe a los detentadores del poder (dioses) o que sea un adelantado o mensajero de los detentadores del poder; culturalmente dúctil y activista. También en términos modélicos el activismo judicial termina siendo una figura muy próxima a la “justicia del Cadí”, que en su sentido histórico es un juez musulmán que imparte sus decisiones en la “Puerta de la Justicia” según su propia inspiración y en un sentido “proverbial” ejerce un poder espontánea e irracionalmente, “de un modo no formal y según juicios de valor éticos...” (Weber)¹⁰.

En el fondo, desde la perspectiva práctico-política detrás del activismo judicial (y del gobierno de los jueces) existe “justicia política” (Höffe), un riesgo para el imperio de la ley o del derecho, para el sistema de pesos y contrapesos y en definitiva para el sistema democrático (Phersmann)¹¹; justicia política que

Comares). También sobre reelección y cortes consultar a: Martínez B., Elena, (2010). *Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: el caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua*. Revista de Ciencia Política, año 30, N°3, pp. 723-750. También monografía de Lovo Castelar, José Luis, (2009) “Experiencia de América Central sobre Poder Judicial”. En colectivo coordinado por J. Carpizo, M. Carbonell y D. Zovatto: “*Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*”. (México DF. Editorial UNAM), pp. 519-543.

9 Bachof, Otto, (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (Lima. Editorial Palestra).

10 Ost, François, (1993) *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa N°14, pp. 169-194. También la descripción clásica de un derecho irracional-material en que las decisiones judiciales adoptadas por el Cadí (Kadi-justiz) son fruto de valores, sentimientos o política en el libro cumbre de Max Weber “Economía y Sociedad” (trad. J. Medina E.), (FCE, México Df, 2003).

11 Höffe, Otfried, (2003) *Justicia Política*. (Barcelona. Editorial Paidós), pp. 88-94. Ilustrativo el debate Otto Phersmann- Michel Troper bajo el título “Existe-t-il un concept de gouvernement des juges?”, recogido en libro colectivo “Gouvernement del juges et démocratie”, dirigido

es una clave de legitimidad de la dominación política-estatal como ocurre con la ligazón derechos humanos-democracia; pero en manos de jueces, y no de políticos y ciudadanos.

No postulamos a volver al juez Júpiter, a una racionalidad legal burguesa, mecánica y silogística de la decisión judicial, reconocemos que existe un “poder judicial” y unas cortes supremas (y salas constitucionales) o tribunales constitucionales (Troper)¹², que ejercen poder y tienen márgenes de discreción; y por ello mismo el gran desafío es que siendo contramayoritarios y usurpando poder político, puedan insertarse en el sistema democrático sin socavar sus instituciones; conjurando, no ya el peligro de la “tiranía de las mayorías” sino de la “tiranía de las minorías” togadas o “gobierno de los jueces”. La aceptación acrítica de una democracia material que cuaja en ese oxímoron que es la “democracia constitucional” defendida por el neoconstitucionalismo o el régimen mixto admitido por una corriente contemporánea del realismo (Troper)¹³ no nos convence (Phersmann).

La política es tosca materia (Bobbio), devora a las reglas o las convierte en principios, sino existen guardianes de estas. Pero sus guardianes, no es solo una aristocracia togada (sistema judicial), sino primordialmente el pueblo; que a través de las instituciones está en condiciones de sostener la forma (Estado de Derecho) y la materia (la república democrática).

BIBLIOGRAFÍA

Bachof, Otto (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* (Lima. Editorial Palestra).

Höffe, Otfried (2003) *Justicia Política*. (Barcelona. Editorial Paidós).

Kirchheimer, Otto, (2001) *Justicia Política: empleo del procedimiento legal para fines políticos* (trad. R. Quijano). (España. Editorial Comares).

por S. Brondel, N. Foulquier y L. Heschling, Publications de la Sorbonne, (París, 2001), pp. 21-61.

12 Troper, Michel, (2003). *El Poder Judicial y la democracia*, Revista Isonomía N°18, pp. 47-75. También Otto Phersmann-Michel Troper, (2008). *Dibattito sulla teoria realista dell'interpretazione*. editada por V. Omaggio, Edit Scientifica.

13 Troper, Michel, (2004) *Ensayos de Teoría Constitucional* (trad. B. Bolaños). (Mexico DF. D. Fontamara, 1° edición 2004, 1° R. 2008), pp.127-148.

- Lovo Castelar, José Luis, (2009) “Experiencia de América Central sobre Poder Judicial”. En colectivo coordinado por J. Carpizo, M. Carbonell y D. Zovatto: *“Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica”*, (México DF. Editorial UNAM).
- Martínez B., Elena, (2010). *Las Cortes Supremas como mecanismo de distribución de poder: el caso de la reelección presidencial en Costa Rica y Nicaragua*. Revista de Ciencia Política año. 30, N°3.
- Ost, François, (1993) *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa N° 14.
- Otto Phersmann-Michel Troper, (2008). *Dibattito sulla teoria realista dell'intepretazione*. Editada por V. Omaggio, Edit Scientifica,
- Ríos Álvarez, Lautaro, (1997) *Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos*. Revista Ius et Praxis, año 2, N°2.
- Troper, Michel, (2003). *El Poder Judicial y la democracia*, Revista Isonomía N°18.
- Troper, Michel, (2004) *Ensayos de Teoría Constitucional* (trad. B. Bolaños). (México DF. D. Fontamara, 1° edición 2004, 1° R. 2008).
- Zuñiga, Francisco, (2008) *Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas*. Revista Ius et Praxis, año 14, N°2.
- Zuñiga, Francisco, (2011). *Control de constitucionalidad de Autos Acordados*. Revista Estudios Constitucionales, año 9, N°1.
- Zuñiga, Francisco, (2015). *El retorno a lo administrativo: Comentario a la sentencia rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, ‘Fisco de Chile con Dörr-Zegers y otros’ (‘Chispas II’)*. Revista Estudios Constitucionales, año 13, N°1.
- Zuñiga, Francisco y Cárcamo, Roberto, (2015) *¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales? Un caso de “constitucionalismo abusivo”*. Revista Derecho Público Iberoamericano, N°7.

LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO ELECTORAL CHILENO A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

GENDER EQUALITY IN CHILEAN ELECTORAL LAW IN THE LIGHT OF THE CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN

DENISSE HERNÁNDEZ J.¹

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar si la legislación electoral chilena, en particular la Ley N°20.840, garantiza igual participación de hombres y mujeres en la política, comparando esta norma con las disposiciones de la CEDAW y las observaciones de su Comité de Expertos.

Palabras clave: Participación política, ley de cuotas de género, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), igualdad, no discriminación.

Abstract: The purpose of this study is analyze if the Chilean election law, in particular the act 20.840, ensures to women, on equal terms with men, the right to participate in politics, comparing this act with the the provisions of the CEDAW and the recommendations of their Committee.

Key words: Political participation, gender quota law, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), equality, anti-discrimination.

¹ Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas con mención en Derecho Público, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: dhernandezj@uft.edu

I. INTRODUCCIÓN

Poco después de la creación de Naciones Unidas, se reunió por primera vez la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la cual se centró en cambiar legislaciones discriminatorias y sensibilizar a los Estados de problemas reales que vivencian las mujeres a diario.

De esta comisión nace en 1979 la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la que tiene como principios base la “no discriminación” y la “igualdad”, los cuales se ven reflejados en cada uno de los aspectos de los cuales trata².

Se estructura en seis partes y treinta artículos que abordan las temáticas de discriminación, garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales, estereotipos, prostitución, vida política y pública, nacionalidad, educación, empleo, salud y realidad rural, entre otras.

La CEDAW cuenta con un Comité de expertos internacionales, que elabora un informe cada cuatro años, mostrando estados de avance, estancamiento o retroceso, formula sugerencias a los gobiernos respectivos para mejorar la situación de las niñas y mujeres en sus países.

Además, cuenta con un protocolo facultativo que establece un procedimiento para la presentación de quejas particulares de mujeres o grupos de mujeres en contra de los Estados Parte ante el Comité, el que determina si se han verificado o no violaciones de los derechos de las mujeres³.

Atendido que Chile es parte de la Convención y que, siendo así, los derechos contenidos en ella operan como límites a la soberanía nacional, conforme al art. 5 inc. 2° de la Constitución, nos parece relevante analizar su aplicación en el derecho chileno, en especial, el electoral.

2 ONU MUJERES. “Un poco de historia”. Disponible en: <<http://bit.ly/2c3HIxX>>.

3 Protocolo facultativo se encuentra actualmente firmado, pero no ratificado por Chile. CEPAL [en línea]: Firma y ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW.

II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONVENCIÓN

No discriminación

A los efectos de la Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denota “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”⁴.

Este principio encuentra su antecedente histórico en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁵ y que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna”⁶, en consecuencia, sin distinción de sexo o género.

Igualmente, este principio se encuentra recogido en otros tratados internacionales sobre derechos humanos, “así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁷.

Finalmente, respecto a este primer principio, es necesario comprenderlo en conjunto con la arbitrariedad. Se ha señalado por el Comité de Derechos

4 Artículo 1, CEDAW.

5 Artículo 1, DUDH.

6 Artículo 2, DUDH.

7 ACNUR (1989). “Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. No discriminación”. Disponible en <http://bit.ly/2dELVpN>

Humanos que se trata de “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”⁸.

Igualdad

A diferencia de la no discriminación, la Convención no efectúa una definición del concepto de igualdad, sin perjuicio que se haga relación con la discriminación, entendiéndose incluso como una causa y efecto, pues discriminando se está vulnerando la igualdad y la dignidad humana.

No obstante, la Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer, también conocida como ONU Mujeres, entrega una definición de igualdad de género, distinguiéndolo del concepto de la equidad de género⁹. En primer término, señala que “la igualdad entre hombres y mujeres supone, por ende, que la sociedad valore por igual sus semejanzas y diferencias, así como los papeles que desempeñan. Requiere que tanto los hombres como las mujeres sean miembros de pleno derecho en su familia, su comunidad y su sociedad”. Por su parte, se refiere a la equidad de género como “el proceso que consiste en ser justos. Para garantizar la equidad, puede ser necesario tomar medidas especiales temporales que compensen la discriminación o los prejuicios sistemáticos e históricos”.

En nuestra doctrina, se ha concebido la igualdad como “una idea basada en las proposiciones de que una sociedad justa debe proveer a todas las personas las herramientas básicas (educación, salud, protección laboral, seguridad social) para la auto-sustentación; y que, en todo caso, se requieren medidas especiales para hacer frente a la vulnerabilidad causada por una historia de

8 ACNUR (1989). “Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. No discriminación”, *ibid.*

9 ONU MUJERES. (2016). “Yo sé de género: Una introducción a la igualdad de género para el personal de la ONU”. Disponible en <http://bit.ly/2dEPLiF>

discriminación; y que toda la sociedad se beneficia de una mayor igualdad y diversidad”¹⁰.

A pesar de estas definiciones, el Comité de la CEDAW, en sus observaciones realizadas a Chile, ha manifestado su preocupación por el hecho de que no se haya incluido en nuestra legislación una definición general de la discriminación contra la mujer ni el principio de igualdad entre el hombre y la mujer¹¹.

III. ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS DE LA CONVENCIÓN

Nuestra investigación tiene como base principal el artículo primero que, tal como lo observamos anteriormente, establece las definiciones y aspectos generales de la Convención para comprender de mejor forma el alcance de esta y cómo podría evaluarse la relación con nuestra legislación.

El artículo 7 señala que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a: a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales; c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país”¹². De entre todos los componentes del derecho a participar en política, el ser electa no se ve reflejado en nuestro país.

Por esta razón es que se hace necesario ver qué interpretaciones ha tomado, en los diversos espacios internacionales, la participación de la mujer en la política, sus alcances y límites, ya que en el próximo capítulo se analizará la esfera nacional y posteriormente una comparación entre el derecho interno y el internacional, es decir, si se ajusta nuestra nueva “ley de cuotas” a los estándares internacionales.

10 Universidad Diego Portales (2016). “Equidad de género, diversidad sexual y discriminación arbitraria”. Disponible en <http://bit.ly/2dsbeNi>

11 OACDH. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones, p. 3.

12 Artículo 7, CEDAW.

Específicamente en Chile, durante los años que tiene en vigor el Convenio, han existido diferentes observaciones sobre este mismo tema de participación de la mujer en la vida política. Como lo podremos observar, se logró realizar un cambio importante desde el presente año con la promulgación de la iniciativa que reforma las leyes de votaciones populares y escrutinios, y de partidos políticos, pues anterior a este anuncio las consideraciones constantes que se realizaban al Estado de Chile era legislar al respecto. De todas formas, es fundamental referirnos en igual sentido a las interpretaciones que se han efectuado tanto en el Comité de Expertos de la CEDAW, como las observaciones que se le han realizado a Chile, ver cuáles son los avances concretos y si traerá las consecuencias esperadas que aseguren un efectivo ejercicio de las mujeres del derecho a participar en los cargos políticos y su elección.

Es así que el Comité en la recomendación de 1997¹³ se refirió a los objetivos que busca la Convención para lograr la igual participación de hombres y mujeres en la vida política. Para esto ha considerado que “la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el pleno desarrollo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz”, y que esto se refleja además en otras declaraciones y pactos internacionales. Releva la importancia del límite de lo que se entiende por vida pública, la que “abarca todas las esferas de la vida pública y política y no se limita a las indicadas en los incisos a), b) y c) del párrafo. La vida política y pública de un país es un concepto amplio. Se refiere al ejercicio del poder político, en particular al ejercicio de los poderes legislativo, judicial, ejecutivo y administrativo”, entendiendo a la administración pública, también la formulación y ejecución de políticas a todo nivel, es decir, nacional, internacional, regional y local. Pero no deja al margen de acción las organizaciones civiles, juntas locales, organismos femeninos, no gubernamentales y partidos políticos.

IV. OBSERVACIONES DEL COMITÉ DE LA CEDAW

Las observaciones de la recomendación se refieren con énfasis a la realidad en la cual ha estado la mujer, generalmente en el ámbito privado, es decir, reducida al hogar, la procreación y a la crianza de los hijos, versus la esfera pública que

13 ONU MUJERES. (2016) “Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer”. Disponible en <http://bit.ly/2dHNOCl>

goza de respeto y prestigio, la que abarca una amplia gama de actividades fuera de la esfera privada y doméstica, y que es ocupada mayoritariamente por hombres. Generalmente esto ha ocurrido por los valores culturales y las creencias religiosas, así como la falta de servicios. En todos los países estas tradiciones han cumplido un papel en el confinamiento de la mujer a actividades del ámbito privado y la han excluido de la vida pública activa.

Al hacer referencia a los regímenes políticos ha sostenido que “ningún régimen político ha conferido a la mujer el derecho ni el beneficio de una participación plena en condiciones de igualdad. Si bien los regímenes democráticos han aumentado las oportunidades de participación de la mujer en la vida política, las innumerables barreras económicas, sociales y culturales que aún se le interponen han limitado seriamente esa participación. Ni siquiera las democracias históricamente estables han podido integrar plenamente y en condiciones de igualdad las opiniones y los intereses de la mitad femenina de la población”.

Finalmente señala, haciendo referencia a la Plataforma de Acción de Beijing¹⁴, que la cuestión fundamental es la diferencia entre la participación de jure y

14 Declaración de Beijing en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, 1995. Surge la necesidad de aclarar y distinguir entre ambos documentos su naturaleza jurídica para analizar a posteriori su obligatoriedad respecto a los Estados. En primer lugar, la CEDAW debe ser comprendida como un tratado, y por lo tanto con una vinculación jurídica con los Estados que la ratifican, es decir, es *hard law*. Por tener esta esencia, la Convención goza de un carácter coercitivo y obligatorio, otorgándole las condiciones necesarias para ser incorporadas, por los medios procedimentales de cada país, al derecho interno de cada uno. En segundo lugar, la Declaración de Beijing, que a primera vista se consideraría *soft law*, esto por sus propias características, de ser una enunciación de meros principios, recomendaciones y sugerencias, todas a rasgos generales, que carecen de fuerza vinculante y poder coercitivo para los Estados que la firman. (Bermúdez, Yoselyn, Aguirre, Alix, Manasía, Nelly, (2006). *El soft law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los deberes y derechos del hombre*. Revista Frónesis, año 13, N°2, p. 23). Aun así, se sostiene que deben ser entendidas como actos jurídicos, que si bien no tienen obligatoriedad revisten de carácter jurídico al ser adoptadas por representantes del Estado. (Gutiérrez, Cesáreo, (1995). *Derecho Internacional Público*. España: Editorial Trotta, pp. 618). Para una opinión contraria, autores sostienen que “En el mundo anglosajón, al *hard law* se lo considera propiamente Derecho, mientras que el *soft law* está más próximo a la política. Lo que no es aceptable, conforme a la teoría del Derecho y demás fundamentos y comparativa jurídica, es la tendencia actual europeo-continental de calificar a una parte como vinculante y a la otra no”. (Sánchez-Bayón, Antonio, (2012) *Religión, Política y Derecho en las Américas del nuevo milenio*. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins, año 8, N°1, p.57) Respecto a la misma doctrina contraria, se ha analizado por el alcance vinculante y obligatorio de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, para Aguilar: “A este respecto cabe señalar que se ha afirmado que resoluciones de la Asamblea General, tal como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, que se han adoptado con amplia mayoría y que se reiteran una y otra vez por el órgano, pueden enunciar principios

de facto de la mujer en la política y la vida pública en general, teniendo como consecuencia un nuevo estilo político y distinto enfoque de las decisiones políticas.

Respecto al inciso “a” del artículo 7 de la Convención¹⁵ se realiza un estudio entre los Estados partes y sus informes que revelan que, “si bien la mayoría de ellos han aprobado disposiciones constitucionales y disposiciones jurídicas de otro tipo que reconocen a la mujer y al hombre el derecho igual a votar en todas las elecciones y referéndums públicos, en muchas naciones las mujeres siguen tropezando con dificultades para ejercer este derecho”, y más aún, esta participación no se hace efectiva al momento de postularse a algún cargo, y mucho más revelador, son los datos sobre cuántas mujeres son finalmente electas.

Es esta misma observación que enumera los obstáculos de la participación de la mujer en la vida política. En primer lugar hace referencia a la poca información con la que cuentan las mujeres sobre los candidatos y sus propuestas, se incluye el mayor porcentaje de analfabetismo femenino y el desconocimiento e incomprensión de los sistemas políticos o de las repercusiones que las iniciativas y normas políticas tendrán en su vida. En segundo lugar, se encuentra la doble carga de trabajo de la mujer (trabajo doméstico no remunerado y trabajo remunerado) y los problemas económicos que no le permiten participar con la intensidad esperada en los procesos de campaña o electorales. En tercer lugar, se aprecia una situación *de facto*, lo que no sería el caso de Chile, en que los hombres ejercen presión sobre las mujeres para que no gocen de su derecho a participar¹⁶. Finalmente, se pueden encontrar también escenarios donde prevalecen actitudes negativas

generales del derecho internacional actual que son universalmente aplicables”, tal como lo sostienen según el autor, también Gros, Pellet e Ida. (Aguilar, Gonzalo, (2017). *Las fuentes y el alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir*. Revista Ius et Praxis año 23, N°1, pp. 472-473)

15 “La Convención obliga a los Estados Partes a que, en sus constituciones o legislación, adopten las medidas apropiadas para garantizar que las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, disfruten del derecho de voto en todas las elecciones y referéndums, y el derecho a ser elegidas. Este derecho debe poder ejercerse tanto de jure como de facto”. ONU MUJERES, *op. cit.*

16 En Bután, por ejemplo, solo puede votar una persona por hogar, donde por tradición era el hombre quien iba en representación de esta. 20 MINUTOS. [en línea]: Al menos 23 países mantienen leyes discriminatorias contra las mujeres.

respecto de la participación política de la mujer, o la falta de confianza del electorado en las candidatas o de apoyo a estas¹⁷.

El inciso “b” de este artículo¹⁸ se refiere a las recomendaciones de lo que deberían realizar los Estados que ratifican el Convenio. Entre alguna de ellas se señala la responsabilidad del Estado de nombrar a mujeres en cargos ejecutivos superiores, dentro de las posibilidades existentes. También a diagnosticar y determinar los obstáculos de las mujeres y formular las medidas necesarias para superarlos, haciendo hincapié en la misma responsabilidad que tienen los partidos políticos de garantizar que las mujeres sean incluidas en las listas partidistas y se propongan candidatas a elecciones en distritos en donde tengan posibilidades de ser elegidas. Esto último es un aspecto relevante en nuestra hipótesis central, ya que podría plantearse que estas mismas organizaciones o grupos intermedios busquen proponer candidaturas femeninas solo por cumplir con una cuota de género, pero que en la realidad tienen muy pocas posibilidades de ser electas, centrando todo el despliegue partidario en regiones o distritos donde se presentan candidatos hombres con mayores y reales posibilidades de ganar.

En opinión del Comité de Expertos, los Estados partes, si bien han intentado superar los obstáculos y levantar medidas para la igualdad de género en altos cargos de gobierno¹⁹, incluso en ciertas culturas donde aún se mantienen monarquías y no pueden suceder el trono o no pueden actuar como juezas en tribunales religiosos, estos no han sido suficientes en sí mismos o eficaces en su aplicación, provocando finalmente que no se supere la barrera de este desequilibrio entre hombres y mujeres en esos cargos.

17 En Arabia Saudita recién hace 4 años se le permitió el votar a las mujeres. Pero aún existe en la población la desconfianza respecto al género, incluso deben concurrir acompañadas de un hombre a los colegios electorales, y quienes intentaron ser candidatas fueron desclasificadas para cometer sin argumento alguno. INFOBAE. [en línea]: Arabia Saudita permite el voto femenino, pero las prohibiciones siguen, 2015.

18 Se pide también a los Estados partes que garanticen a la mujer el derecho a la participación plena en la formulación de políticas gubernamentales y en su ejecución en todos los sectores y a todos los niveles, lo cual facilitaría la integración de las cuestiones relacionadas con los sexos como tales en las actividades principales y contribuiría a crear una perspectiva de género en la formulación de políticas gubernamentales.

19 Constituyen una reducida minoría en los cargos que entrañan la adopción de decisiones relacionadas con la política o el desarrollo económicos, los asuntos políticos, la defensa, las misiones de mantenimiento de la paz, la solución de conflictos y la interpretación y determinación de normas constitucionales.

En consecuencia, este mismo organismo realiza recomendaciones para los Estados partes, referidos a este artículo 7º, que servirá para el análisis de la hipótesis del presente trabajo. Una primera recomendación es la incorporación de estas normas de la Convención en las legislaciones internas. En segundo lugar, lograr un equilibrio entre mujeres y hombres que ocupen cargos de elección popular. En tercer lugar, asegurar que las mujeres tomen conciencia de la importancia de su voto y de su participación. Cuarto, eliminar todos los obstáculos para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, para así tender a la igual representación en cargos de elección popular. Quinto, destinar una normativa que asegure la no discriminación. Finalmente, alentar a las organizaciones no gubernamentales y a las asociaciones públicas y políticas a que adopten estrategias para fomentar la representación y la participación de las mujeres en sus actividades y hacer efectivos estos derechos.

V. OBSERVACIONES REALIZADAS AL ESTADO DE CHILE

Desde que Chile ratificó la Convención han sido constantes las observaciones que se le han realizado al país respecto a legislar sobre la participación de mujeres en la esfera política. Es así que en el “Examen de los informes presentados por los Estados parte” se hace referencia en dos acápite a este tema. En el primero se analiza que las mujeres han tenido poca presencia en el poder ejecutivo, existiendo un vacío importante en la época de Dictadura militar, pero que se superó en cierta medida con la vuelta de la democracia mediante la integración al gabinete de la ministra del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM). Hace referencia también a la escasa participación femenina en el Poder Legislativo señalando que “en el periodo de 1990-1994 hay solo tres senadoras y nueve diputadas”, es decir, solo un 6,4 y 5,8% respectivamente. Por otro lado, felicita el aumento de participación femenina en los partidos políticos, pues su porcentaje va en alza en sus elecciones internas.

En sus recomendaciones finales se señaló que “se debía corregir los desequilibrios entre la participación de hombres y mujeres en la vida política”. De relevancia para esta investigación es la recomendación de ese año respecto a los estudios que debería iniciar el SERNAM sobre legislaciones de cuota u otros mecanismos llevados adelante en el derecho comparado, las que se expondrán más adelante en este trabajo.

En 1998, el escenario era marginalmente mejor que los años anteriores (1990-1994), pues solo aumentó dos cifras uno de los porcentajes anteriores. Pero la

Convención hace un informe más enfocado en la realización de actividades que buscaron promover durante esos años para lograr el objetivo central de la CEDAW que es la no discriminación y la igualdad.

En el 2006, las observaciones finales hacen referencia a la elección, por primera vez de una mujer como presidenta de Chile, la que además se autoimpuso la obligación de un gabinete ministerial paritario, además de lograr un 48,4% de mujeres ejerciendo jefaturas en departamentos de Estado y 50% en las gobernaciones²⁰.

En esta oportunidad, el Comité insiste en que se “intensifique sus esfuerzos encaminados a reformar el sistema electoral binominal, que es desfavorable para la representación política de la mujer” y por consecuencia que tome todas las medidas necesarias para “acelerar la igualdad de facto entre la mujer y el hombre a fin de incrementar la participación de la mujer en la vida política” con especial énfasis en el parlamento que era el más afectado con este sistema.

En 2012, el Comité reitera su preocupación por los escasos avances en los cargos ocupados por mujeres en el Gobierno, en ambas cámaras del Congreso, en el servicio diplomático, en la judicatura y en los municipios. Además, vuelve a enfatizar que esta problemática se relaciona con el sistema electoral vigente en ese año. En consecuencia, exhorta al Estado a tomar medidas especiales para acelerar la participación plena, intensificar los esfuerzos para aumentar la participación de la mujer en la vida pública, tanto a nivel nacional como internacional. Incentiva también a los partidos políticos a que cumplan una función central en este tema, y finalmente solicita al ministro Secretario General de la Presidencia, en ese entonces XX, dar una propuesta de cambio al sistema electoral binominal.

Desde 2015 estas reiteradas observaciones comienzan a generar cambios, y empieza a regir un nuevo sistema electoral que reforma al sistema binominal y que además incorpora expresamente la perspectiva de la Convención, mediante “cuotas de género”. Cumpliendo de cierta forma, como podremos observar, con todas las consideraciones y estándares internacionales. Desde ese año es que comienza un nuevo análisis, donde el fondo se sitúa en qué tan efectiva es esta participación mediante la ley de cuotas, sus límites,

20 ONU MUJERES. (2016). “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile.” Disponible en <http://bit.ly/2dHMOhh>, párrafo 4.

interpretaciones, alcances y representatividad real de las mujeres, en cargos de relevancia como es el Congreso.

VI. ANÁLISIS DE LAS NORMAS DE LA LEY 20.840 A LA LUZ DE LA CEDAW

Dadas todas las falencias y dificultades de la participación de las mujeres en política, descritas anteriormente, es que se hace necesario comenzar a discutir un fortalecimiento en la materia y su reglamentación, tanto por las observaciones que el Comité de la Convención ha realizado a Chile, como para avanzar en una sociedad más justa e igualitaria.

Por esto analizaremos las leyes de cuotas desde una perspectiva teórica, para posteriormente estudiar de mejor manera su aplicación práctica en la reforma a la Ley de Votaciones Populares y Escrutinios que el pasado año se aprobó en nuestro país y que trata, entre otras modificaciones, sobre la incorporación de cuotas de género en las candidaturas de las próximas elecciones parlamentarias, que tuvieron lugar el presente año.

1. Leyes de cuotas

Partimos del supuesto que existe un desequilibrio en los espacios de participación política que hace necesario realizar acciones positivas como lo son las leyes de cuotas de género, para incentivar y propender una igualdad de oportunidades entre diferentes grupos o individuos. Es por esto que las leyes de cuotas se han definido como “un mecanismo por el cual se pretende alcanzar una igualdad efectiva de diferentes grupos sociales en el acceso a cargos de decisión o elección popular”²¹, y en este caso particular, nos referiremos a las cuotas de género. Estas legislaciones nacen desde la visión existente donde las condiciones sociales, por sí solas, como quedó de manifiesto en los capítulos anteriores, no solucionan las desigualdades presentes en una sociedad.

La idea central de las cuotas de género es seleccionar a mujeres para puestos en los espacios públicos de participación, y de toma de decisiones, para así

21 Ríos, Marcela, (2006). *Cuotas de género: democracia y representación* (Santiago. Editorial IDEA-FLACSO), p. 30.

garantizar que no queden marginadas de la esfera pública o tengan finalmente una presencia secundaria en ella. Si bien se podría lograr esta igualdad sin medidas legislativas, éstas se realizarían en un tiempo muy prolongado, y queda de manifiesto que, por más que todos y todas tengamos el mismo derecho a votar y ser elegidos, esto no se ha visto reflejado en la elegibilidad de mujeres en los puestos de decisión, sirviendo estas como un sistema acelerador de inclusión.

Las cuotas pretenden, por lo tanto, restablecer una proporcionalidad y para ello es necesario determinar un porcentaje mínimo y máximo de representación por sexo. Son necesarias por diversas razones, entre ellas porque la democracia, en su dimensión más acotada, implica el derecho de todo ciudadano a elegir a sus representantes, pero también a ser electo como tal, y en la actualidad las mujeres no gozan de ese derecho de forma igualitaria, además de considerar que tanto hombres y mujeres representan distintas perspectivas de los problemas públicos, miradas diversas que provienen de la condición de hombre y mujer²².

Las cuotas implican que las mujeres deben constituir un número o porcentaje determinado de miembros, tanto a nivel de candidaturas internas propias de los partidos políticos o a nivel nacional, o incluso por medio de escaños reservados. De esta manera equilibrar las condiciones de competencia, reduciendo las ventajas, muchas veces desmedida, con la que cuentan los individuos que pertenecen a los grupos de poder, que en su mayoría son liderados solo por hombres.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), organismo dependiente de la Organización de Estados Americanos, consciente de estos nuevos desafíos, desarrolló un informe respecto a la participación de la mujer en la política, “El camino hacia la democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en América”²³, en el cual se profundiza en los diferentes poderes del Estado y el rol de la mujer en ellos.

En dicho análisis, respecto al Poder Legislativo, la CIDH ha expresado “su preocupación por el acceso tan limitado de las mujeres en la representación legislativa en la región, señalando la dificultad de mantener el progreso en

22 Ríos, Marcela, (2006). *Cuotas de género: democracia y representación*. (Santiago. Editorial IDEA-FLACSO), *op. cit.*

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe: The road to substantive democracy: Women's political participation in the Americas”, documento 79, 2011.

la representación de las mujeres con cada nueva elección parlamentaria”²⁴. En esta misma perspectiva, según este informe, es fundamental avanzar en igualdad respecto a la esfera pública y señala que “la implementación de medidas temporales especiales, como las leyes de cuotas, ha ayudado a acelerar el nivel de representación de la mujer en varios países de la región”²⁵.

Estas medidas afirmativas han logrado un gran avance en los países en los cuales se ha implementado, pero “a pesar del aumento de mujeres en el parlamento y los esfuerzos realizados por estos legisladores para movilizar dentro de sus legislaturas el comportamiento de las mujeres en el ámbito público, uno de los desafíos más importantes que enfrentan las sociedades democráticas es lograr una participación política más equitativa entre hombres y mujeres en todos los niveles legislativos de la región”²⁶.

Así la Comisión recomienda “a los Estados que aún no lo hayan hecho, que implementen medidas temporales especiales diseñadas para aumentar la participación de las mujeres en el parlamento, como la ley de cuotas de género”²⁷.

También se han formulado otras formas de incentivo para superar esta barrera de género, como lo son “los comités de equidad de género, organizaciones y redes de mujeres parlamentarias, adaptar las prácticas e instalaciones parlamentarias para atender las necesidades de las mujeres, realizar actividades de investigación y recopilación de información para sensibilizar al Parlamento sobre las necesidades de los legisladores, tanto hombres como mujeres, y asignar más fondos a los parlamentos para servicios de apoyo y extensión sobre la materia”²⁸.

24 Traducción propia. Original en inglés: “The comission has expressed concern over women’s very limited access to legislative representation in the caribe, noting the diffuculty of maintaining progress in women’s representantion with each new parliamentary election.” CIDH, *ibíd.* p. 20.

25 Traducción propia. Original en inglés: “The implementation of special temporary measures, such as quota laws, has helped accelerate the level of woman’s representantion in a number of countries of the region”. CIDH, *ibíd.* p. 20.

26 Traducción propia. Original en inglés: “Despite the increased of women in parliament, and the efforts made by these lawmakers to mobilize within their legislatures on behalf of women’s issues, one of the most significant challenges facing democratic societies is achieving more equitable political participation between men and women in all legislative bodies of the region”. CIDH, *ibíd.* p. 22.

27 Traducción propia. Original en inglés: “Therefore, the Comission recommends, to any state that has yet to do so, to implement special temporary measures designed to increade women’s participation in parliament, such as gender quota law”. CIDH, *ibíd.* p. 22.

28 Traducción propia. Original en inglés: “Some of the global strategies adopted to achieve greater levels of equality both within and beyond the parliament include: promoting the

Estas medidas se pueden implementar tanto por vía constitucional, legislativa o incluso por iniciativa de los propios partidos políticos. Las primeras dos por su propio carácter, son obligatorias para todos los movimientos políticos, en cambio la tercera son medidas adoptadas de forma voluntaria por los propios partidos, pero a pesar de este antecedente, estos han logrado una mayor incidencia al respecto²⁹.

Todo depende finalmente de las normas mismas, de la especificidad que le den los sistemas electorales, de las posibles sanciones por su incumplimiento, de la estructura general de oportunidades que ofrezca el país donde se implementan, incluso se parte también de la base de la buena fe de los partidos políticos y de las mismas instituciones del Estado. En el mismo sentido, según el sistema de cuotas que se establezcan, se puede exigir un mínimo de participación de mujeres, pero también podría ser que se busque la neutralidad de género y se establece un monto máximo para ambos sexos, por ejemplo, que ninguno de los dos supere el 60% o menos del 40%, que es lo que ocurre con nuestra nueva legislación.

Pero como ya se ha señalado, no basta solo con cumplir con esta legislación a nivel de candidaturas, pues podría suceder que por esta razón se le dé la oportunidad a mujeres en ciertos distritos o comunas donde no existe la posibilidad de ser electa. Para evitar dicho actuar se debe realizar un “mandato de posición” o la “alternancia en la lista”³⁰, es decir, situar a las mujeres desde el principio de la lista en alternancia de cada dos hombres, una mujer. También podría ser una alternancia de uno y uno, dependiendo del porcentaje mínimo que se haya estipulado en las respectivas legislaciones. La primera situación es lo que ocurre en Argentina, específicamente en su papeleta de sufragio³¹.

establishment of gender equity committees and organizations and networks of women parliamentarians (caucuses): adapting parliamentary practice and facilities to address the needs of female parliamentarians: conducting research and training activities to raise awareness within parliament of the needs of both men and women lawmakers; and allocating more funding to parliaments for support and outreach services”. CIDH, *ibíd*, p. 24.

29 Ríos, Marcela, (2006). *Cuotas de género: democracia y representación*. (Santiago. Editorial IDEA-FLACSO), *op. cit*, p. 32.

30 Ríos, Marcela, (2006). *Cuotas de género: democracia y representación*. (Santiago. Editorial IDEA-FLACSO). *op. cit*, p. 33.

31 Artículo 60 BIS, del Código Electoral de la Nación. (Argentina).

Por esto es fundamental analizar las diferentes formas de aplicación de estas leyes positivas. Existen tres tipos a nivel mundial, escaños reservados, cuotas de partidos y cuotas legislativas³².

Las primeras son políticas que literalmente reservan escaños para las mujeres de diferentes organizaciones de este tipo, garantizando así un mecanismo de elección eficaz que exige un mínimo de actores femeninos. Generalmente esta proporción es muy baja, “algunas políticas para escaños reservados exigen cantidades tan bajas como 1 o 2% de todos los escaños, a pesar de que hay excepciones importantes, como la política de un 30%, adoptada recientemente en Tanzania”³³. Estos sistemas comenzaron a surgir primero en la década de los 30, pero recién en el 2005 han sido adoptadas con mayor fuerza, pues se han convertido cada vez más en una medida importante para los países que han tenido niveles muy bajos en participación política de las mujeres. Específicamente se concentran con mayor fuerza en África, Asia y el Medio Oriente.

Esta reserva de escaños, por lo general es por medio de reformas constitucionales que establecen listas electorales separadas para las mujeres, designando distritos separados para las candidatas femeninas, o también asignan escaños a los partidos políticos de acuerdo a su proporción en las votaciones populares³⁴.

La segunda opción planteada anteriormente son las cuotas de partidos, las que son adoptadas de forma voluntaria por estos mismos para requerir una proporción determinada de mujeres entre sus candidatos. Como su origen se realiza en la esfera interna de las organizaciones, estas difieren de los escaños. Se comenzaron a adoptar en la década de los 70 por varios partidos y movimientos de izquierda en Europa Occidental. Como se expuso, en la actualidad es una de las medidas más comunes, ya que se realizan en prácticamente todos los partidos, de todo el espectro ideológico y en todas las regiones del mundo³⁵.

32 Ríos, Marcela, Hormazábal, Daniela, Cook, Maggi, (2008). *Chile: buenas prácticas para la participación de mujeres en la política a través de los partidos políticos*. (Santiago. Editorial Idea Internacional), *op. cit.*, p. 28.

33 Ríos, Marcela, Hormazábal, Daniela, Cook, Maggi (2008). *Chile: buenas prácticas para la participación de mujeres en la política a través de los partidos políticos*. (Santiago. Editorial Idea Internacional), *op. cit.*, p. 28, *ibid.*

34 La reserva de escaños ha sido una medida mayormente utilizada en África, Asia y el Medio Oriente, *ibid.*

35 El Salvador, con la reforma a la Ley de partidos políticos que establece un 30% de cuotas de género en el año 2000. En Italia las leyes N° 276 y 277, establecen una cuota de género de

Por lo general estas cuotas son adoptadas por medio de cambios en los estatutos de los propios partidos políticos, con el objetivo de incentivar (o forzar) a las élites partidarias a reconocer y acabar con los sesgos existentes. En la reforma de nuestro país que se analizará en el próximo enunciado, también se realiza un ajuste respecto a los partidos políticos, aun cuando la gran mayoría ya cuenta con una cuota de género para sus diferentes elecciones y candidaturas.

El tercer mecanismo son las cuotas de escaños en los órganos legislativos, las cuales son dictadas por los parlamentos de cada país, obligando a todos los partidos a nominar una cierta proporción de candidatas femeninas. Todo lo anterior, atendiendo a los procesos de selección más que al número de mujeres realmente elegidas. Generalmente estas cuotas disponen que el género femenino forme un porcentaje de todos los candidatos, que oscila entre un 25% a 50%. Este es el mecanismo adoptado en nuestro país, consagrando una cuota del 40%.

Estos mecanismos se conocen en las legislaciones más recientes al respecto, apareciendo por primera vez a principios de la década de los 90, las que se han hecho mucho más comunes mientras se incrementa la cantidad de países que la han adoptado como política. Con algunas excepciones específicas se señala que, “estas tienden a situarse en países en vías de desarrollo, particularmente en América Latina, y/o en sociedades post conflictos, principalmente África, el Medio Oriente y el Sureste de Europa”³⁶.

En la mayoría de los casos estas cuotas en los escaños de órganos legislativos se realizan por medio de reformas constitucionales o a la ley electoral para así lograr alterar el significado de la igualdad y representación que informan los procesos de selección de candidatos. Buscan en consecuencia, legitimar la acción positiva y reconocer al género como una entidad política dentro del sistema electoral. Es en este tipo de legislaciones donde se han visto más casos y donde se puede realizar una breve comparación para simular el efecto real que podría tener en nuestro país, entendiendo que recién en las próximas elecciones parlamentarias del presente año se aplicarán por

50% en su parlamento, en el año 1993. Ríos, Marcela, Hormazábal, Daniela, Cook, Maggi, (2008). *Chile: buenas prácticas para la participación de mujeres en la política a través de los partidos políticos*. (Santiago. Editorial Idea Internacional), *op. cit.*, p.34.

36 Ríos, Marcela, Hormazábal, Daniela, Cook, Maggi, (2008). *Chile: buenas prácticas para la participación de mujeres en la política a través de los partidos políticos*. (Santiago. Editorial Idea Internacional), *op. cit.*, pp. 31-32.

primera vez. Positivamente donde se han implementado estas medidas, se ha logrado un avance respecto a elegibilidad de éstas.

Analizar cuál de los tipos de cuotas son más efectivas que otras son complejo, pues todas tienen distintas variantes que hacen que su resultado se vea desvirtuado. Dependerá, por tanto, como ya se señaló, de la especificidad de cada una, de las variaciones que tendrán estas en sus porcentajes, además de los resultados combinados de las mismas cuotas y de factores políticos, sociales, económicos y culturales que por lo general ya están operando cuando estas entran en vigencia.

Como se ha afirmado, Chile con su reforma del año anterior se encasilla en uno de los tipos que se observaron, específicamente en las cuotas legislativas, donde se busca cierta neutralidad de los géneros, ya que ninguno de los sexos puede superar el 60%, lo cual será analizado en el siguiente apartado.

2. Ley N°20.840

El 6 de mayo de 2014 se ingresó a la Cámara de Diputados el mensaje presidencial con el que se inicia el proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional (boletín 9326-07). Tras casi un año de tramitación legislativa³⁷, la nueva legislación fue aprobada por ambas cámaras del Congreso y promulgada como Ley N°20.840, publicada en el Diario Oficial de 5 de mayo de 2015.

El objetivo de esta iniciativa, según se declara en el mensaje presidencial, apunta a “avanzar hacia un Congreso que represente adecuadamente a hombres y a mujeres”³⁸. Con dicho fin, en el artículo primero literal b, se incorpora una cuota de género, requiriendo a cada partido político, integre o no un pacto, que su nómina total de postulantes a la Cámara y al Senado cumpla el requisito de que ningún género supere el 60% del total de candidaturas presentadas. Esta norma se propone como transitoria, aplicable a las elecciones parlamentarias de 2017, 2021, 2025 y 2029, en el entendido

37 Resulta claro y patente que la tramitación del referido proyecto de ley no fue pacífica. Para muestra, un botón: el Ejecutivo hizo uso de las urgencias legislativas en diecinueve ocasiones y en otras cinco formuló indicaciones al proyecto; por su parte, senadores recurrieron de inconstitucionalidad respecto del proyecto ante el Tribunal Constitucional (Sentencia Rol N°2.777-15, 30 de marzo de 2015).

38 Mensaje, 2014, p. 10.

que “su propósito es romper una situación inicial en la que operan fuertes e invisibles barreras de entrada”³⁹.

Complementario a ello, el proyecto establece, en su artículo segundo transitorio, un mayor aporte fiscal para los partidos (hasta 500 UF) en función del número de mujeres que salgan electas, tanto a la Cámara de Diputados como al Senado, ello para alentarlos a presentar candidatas en territorios donde tengan reales posibilidades de éxito. La norma descrita también se aplica transitoriamente a las próximas cuatro elecciones parlamentarias.

Posteriormente, el 1 de julio de 2014, la Presidenta de la República formuló una indicación que disponía que las candidaturas originadas en elecciones primarias no debían cumplir con la proporción de hombres y mujeres establecida por la cuota de género⁴⁰. Esta indicación distorsionaba completamente el alcance original del proyecto, puesto que podría llegarse al extremo de que, si se sometieran todas las candidaturas al sistema de elecciones primarias, la cuota de género no se aplicaría en ningún caso.

La misma indicación modificaba el incentivo fiscal de 500 UF por mujer electa, repartiéndose en 200 UF para el partido político y 300 UF para la candidata. No obstante, mediante nuevas indicaciones de 14 y 22 de julio de 2014, se volvió al aporte de 500 UF íntegro para el partido político y se estableció un nuevo aporte de 0,01 UF por cada voto obtenido por las candidatas, fueren o no electas^{41,42}.

Finalmente, el texto de ley aprobado por ambas cámaras del Congreso Nacional logró compatibilizar la cuota de género con las elecciones primarias, al disponer que los partidos políticos solo podrán nominar por esta vía hasta el 40% del total de candidaturas a diputado o senador que pueda declarar en la elección definitiva, garantizando así que ningún género supere el 60% del total de candidaturas presentadas, con independencia de la forma de nominación de las candidaturas⁴³.

En cuanto al incentivo económico a las mujeres candidatas, mantuvo la fórmula establecida en la última indicación de 500 UF para el partido político y 0,01 UF por cada voto obtenido por las candidatas, fueren o no electas.

39 Mensaje, 2014, p. 10, *ibíd.*

40 Oficio N°241-362, p. 2.

41 Oficio N°281-362, p. 2.

42 Oficio N°312-362, p. 1.

43 Oficio N°11.685, p. 22.

Lo novedoso de la redacción definitiva del texto legal es que dispone que con cargo al aporte de 500 UF, “los partidos políticos podrán implementar programas y desarrollar actividades de fomento a la inclusión y participación de las mujeres en política”⁴⁴.

VII. CONCLUSIONES

En la actualidad la igualdad, no discriminación y libertad, se presentan en nuestro ámbito, como valores y bienes jurídicos ineludibles. Hoy en día las mujeres despliegan actividades en las más diversas áreas, como laboral, estudiantil y política, entre otras. Sin embargo, como queda de manifiesto con el estudio planteado, la problemática de la igualdad de género recién se comienza a debatir en el siglo XX, y presenta avances lentos, muchas veces insuficientes y poco alentadores.

Pero ¿es efectivo que – al día de hoy – las mujeres lograron instalarse en el espacio público igual que los hombres? ¿Es posible afirmar que existen dispositivos normativos que lo permitan, o al menos no lo impidan? ¿Es necesaria una reflexión de *lege ferenda* o *lege lata*? La respuesta, creemos, se encuentra en los bajos porcentajes, analizados en este trabajo, que en la actualidad tienen las mujeres en órganos de poder o decisión. Considerado esto como una problemática mundial, variadas organizaciones internacionales se han reunido para estudiar y buscar soluciones al evidente desequilibrio existente en la sociedad entre hombres y mujeres, que es aún más preocupante en el ámbito político que ha sido el tema central de esta investigación. En estas instancias se han estudiado políticas públicas que, por su índole, requieren en la mayoría de los casos de normas jurídicas.

La CEDAW ha sido el principal instrumento internacional que ha formado un paradigma para el respeto, cuidado y protección de los derechos de las mujeres. Uno de ellos se encuentra en su artículo 7, respecto a la participación de las mujeres en la esfera política.

Respecto a la amplia regulación que contiene la Convención, vale realizar una breve reflexión sobre la poca vinculación jurídica que ha tenido en nuestro derecho interno, considerando que se encuentra ratificado y por lo tanto incorporado a nuestra legislación por medio del artículo 5 de nuestra

44 Oficio N°11.685, p. 17.

Constitución. Consecuencia de esto son las diferentes recomendaciones que el comité de expertos de dicha Convención le ha formulado al Estado de Chile con el objetivo de legislar al respecto. A pesar de ser considerado, como lo señalamos en el trabajo, una convención que goza de obligatoriedad, *hard law*, nuestro país no ha cumplido en su totalidad con las exigencias estipuladas en ella. Una de las razones que justificaría lo anterior, es que, si bien la CEDAW se encuentra ratificada, el protocolo facultativo de la misma solo ha sido firmado, pero no ratificado por nuestro país, puesto que este último crea un procedimiento que permite a personas y grupos de personas presentar reclamos formales cuando los Estados violen derechos reconocidos en la Convención.

Una de las formas que se ha señalado en la Convención y que se ha aplicado en diferentes países son las legislaciones afirmativas, entendiéndolas como las políticas que buscan asegurar una mayor representación en los espacios de poder de las mujeres, buscando avanzar a la igualdad entre ambos, partiendo su aplicación por un evidente desequilibrio de representantes en los puestos políticos. Existen varias formas, como los escaños reservados, las bancadas femeninas, las cuotas a nivel legislativo o incentivos a los partidos políticos para las candidaturas de mujeres en las elecciones internas y externas. Estas se conciben como medidas temporales hasta que se eliminen las barreras que impiden el acceso de mujeres a la política.

La realidad de nuestro país no es diferente a la de los otros, la participación femenina tiene porcentajes incluso más bajos que las recomendaciones internacionales, en el Congreso actualmente existe un 15,8% de representantes mujeres en cada cámara, siendo que lo esperable es al menos un 25%. Tal como lo señalamos en el trabajo, el escenario es igual de desolador si nos referimos a alcaldesas, concejales, gobernaciones regionales y jefas de Estado.

Entendiendo esto como una prioridad, se promulgó la Ley N°20.840 que reforma no solo el sistema electoral binominal que perpetuaba estas dificultades de elegibilidad de las candidaturas de mujeres, sino que también propone un sistema de cuotas de género que le exige a los partidos políticos no llevar más de un 60% de candidaturas de un solo sexo.

Avanzar en igualdad y no discriminación, supone la aplicación de medidas afirmativas, que si bien su aplicación no es fácil, son necesarias para cumplir con dichos porcentajes. A pesar de lo anterior, la ley logró su promulgación y fue aplicada en las candidaturas para las elecciones parlamentarias de 2017.

Durante este periodo todas las colectividades lograron el 40% de mujeres en su papeleta, muchos incluso lo cumplieron con justos márgenes peligrando que el organismo encargado de revisarlas (Servicio Electoral) encontrara algún error en las candidaturas de mujer y se disolviera la lista completa.

Los resultados de su aplicación, son alentadores, ya que el crecimiento en cada elección parlamentaria hasta la fecha había sido en promedio de un 8,5% en el Senado y 11,67% en la Cámara de Diputados. Pero en las pasadas elecciones parlamentarias de noviembre de 2017, con la incorporación de cuotas en las candidaturas se logró un 26,1% en el primero, y un 22,6% en la segunda. En síntesis, el promedio en aumento es de un 23%⁴⁵.

El futuro, a pesar de lo desalentador de las cifras que no hemos logrado superar durante los años, es esperanzador puesto que esta reforma al sistema electoral puede propiciar una mayor igualdad entre hombres y mujeres en la política como ha ocurrido en la implementación de este tipo de medidas en otros países, cada uno con sus características propias, logrando un gran triunfo sobre la materia y avanzando considerablemente en los porcentajes de mujeres en sus parlamentos.

A pesar de lo anterior, tal como se señaló en la investigación, la nueva legislación debe perfeccionarse en su contenido y alcance, para asegurar de una forma completa el derecho de las mujeres de participar en los puestos de poder, es así que debe ampliarse a los otros cargos de elección popular como la de concejales y gobiernos regionales, y debe verificarse que el incentivo monetario que se establece en el número 14 de su artículo primero sea destinado por los partidos políticos en programas y desarrollo de actividades que fomenten la inclusión y la participación de las mujeres en políticas en sus respectivas colectividades.

Si no se logra este objetivo principal, se tendrá que estudiar otras clases de medidas afirmativas, en conjunto con políticas que tengan una perspectiva de género, para construir un camino que les permita a las mujeres acceder de forma libre, consciente y decidida al mundo de la política.

Si bien, las legislaciones son un gran incentivo a cambiar esta realidad, si no van acompañadas de una aplicación real y efectiva de las mismas, solo se

45 Elecciones parlamentarias 2017. Porcentaje de hombres electos entre senadores, diputados y consejeros regionales: 74,78% (341). Porcentaje de mujeres electas entre senadoras, diputadas y consejeras regionales: 25,22% (115). SERVEL, *op. cit.*

quedarán en las letras de la ley y no en un avance concreto de avanzar en la no discriminación e igualdad en estos espacios de poder.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR (1989). “Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. No discriminación”. Disponible en: <http://bit.ly/2dELVpN>.
- Aguilar, Gonzalo, (2017). *Las fuentes y el alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir*. Revista Ius et Praxis año 23, N°1.
- Bermúdez, Yoselyn, Aguirre, Alix, Manasía, Nelly, (2006). *El soft law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los deberes y derechos del hombre*. Revista Frónesis, año 13, N°2.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2011). *Informe: The road to substantive democracy: Women's political participation in the Americas*, documento 79.
- Gutiérrez, Cesáreo, (1995). *Derecho Internacional Público*. (España. Editorial Trotta).
- Mensaje de S. E. la Presidenta de la República (2014). “Se inicia un proyecto de ley que sustituye el sistema electoral binominal por un sistema electoral proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional”. Disponible en <http://bit.ly/2fBphzW>
- ONU MUJERES. “Un poco de historia”. Disponible en <http://bit.ly/2c3HIxX>
- ONU MUJERES (2016). “Yo sé de género: Una introducción a la igualdad de género para el personal de la ONU”. Disponible en <http://bit.ly/2dEPLiF>
- ONU MUJERES (2016). “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile”. Disponible en <http://bit.ly/2dHMOhh>
- ONU MUJERES (2016) “Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer”. Disponible en <http://bit.ly/2dHNOC1>
- Ríos, Marcela, (2006). *Cuotas de género: democracia y representación*. (Santiago. Editorial IDEA-FLACSO).
- Ríos, Marcela, Hormazábal, Daniela, Cook, Maggi, (2008). *Chile: buenas prácticas para la participación de mujeres en la política a través de los partidos políticos*. (Santiago. Editorial Idea Internacional).
- Sánchez-Bayón, Antonio (2012) *Religión, Política y Derecho en las Américas del nuevo milenio*. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins, año 8, N°1.

Universidad Diego Portales (2016). “Equidad de género, diversidad sexual y discriminación arbitraria”. Disponible en <http://bit.ly/2dsbeNi>

Normativa citada

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer.

Código Electoral de la Nación. (Argentina)

Comisión Económica para América Latina y el Caribe

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Declaración de Beijing en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Jurisprudencia citada

Oficio N°241-362.

Oficio N°281-362

Oficio N°312-362

Oficio N°11.685

Oficio N°11.685

Tribunal Constitucional, Rol N°2.777-15.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. EN REFERENCIA A ARBITRAJE Y EVALUACIÓN DE ARTÍCULOS:

- 1.1. La evaluación de artículos recibidos en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.
- 1.2. El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.
- 1.3. El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.
- 1.4. La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.
- 1.5. Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.
- 1.6. Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.
- 1.7. Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

2. EN REFERENCIA A LA PRESENTACIÓN DE LOS ARTÍCULOS Y RESEÑAS:

- 2.1. Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

- 2.2. Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.
- 2.3. La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 1/2, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 1/2 espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:

- 3.1. Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (calcalde@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.
- 3.2. El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

4. En referencia al sistema de citas:

- 4.1. Sobre la bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

-de libro:

Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.

-de traducciones:

Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.

-de capítulo de libro:

Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.

-de artículo de revista:

Silva Cimma, Enrique (2007). *Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año XI, N° 11, pp. 49-50.

-de periódico:

Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.

-de fuente manuscrita:

Archivo Nacional – Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.

-de documentos en formato electrónico:

Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=arttext&pid=2>>

- 4.2. Sobre las normas citadas. Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo.

Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo:

Ley N° 19.880, del 29 de mayo de 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

- 4.3. Sobre la jurisprudencia citada. Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

- Tamaya con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.
- ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

5. En referencia a resúmenes y palabras clave:

- 5.1. El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.
- 5.2. El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título.
Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.
- 5.3. Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente.
Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.
- 5.4. Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.

