



X Coloquios de Derecho Internacional

Constitución Política y Derecho Internacional

6 y 7 de enero de 2021

Dossier electrónico



Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción

Departamento de Derecho Público
Magister en Derecho Público UdeC

PATROCINA:





X Coloquios de Derecho Internacional

Constitución Política y Derecho Internacional

6 y 7 de enero de 2021
Concepción, Chile.

Dossier electrónico



Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción

Departamento de Derecho Público
Magíster en Derecho Público UdeC

PATROCINA

FOR UDEC
CONSTITUYENTE

X COLOQUIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

ISBN 978-956-227-493-7

Departamento de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Concepción

Agosto de 2021
Concepción, Chile.

Cómo citar esta publicación:

GAUCHÉ, Ximena (Coord.), *X Coloquios de Derecho Internacional. Constitución Política y Derecho Internacional*, Universidad de Concepción, 2021 (en línea).

NOTA: Los trabajos contenidos en este Dossier digital corresponden a aquellos recibidos en el plazo establecido por la organización. Su contenido es de responsabilidad exclusiva de las y los autores y en caso alguno representan alguna posición oficial de la Universidad de Concepción.

Prohibida la reproducción total de esta obra.
Se autoriza la reproducción parcial citando la fuente correspondiente.
© Universidad de Concepción
Registro de Propiedad Intelectual

Primera edición
Agosto de 2021

Publicación digital
Disponibilidad en .pdf en
Página web de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales
<http://jur.udec.cl/>
Y en Foro Constituyente UdeC
<http://foroconstituyente.udec.cl/>

X COLOQUIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Institución organizadora
Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Barrio Universitario s/n – Concepción – Chile
<http://www.juridicasysociales.udec.cl/>

Departamento de Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Barrio Universitario s/n – Concepción – Chile
<http://www.juridicasysociales.udec.cl/>

Magister en Derecho Público
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Barrio Universitario s/n – Concepción – Chile
<http://www.juridicasysociales.udec.cl/>

Comité Organizador

Dr. Rodolfo Walter Díaz, Decano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho Laboral, Presidente de los X Coloquios.

Dr. Fabián Huepe Artigas, Director del Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho Administrativo.

Dra. Ximena Gauché Marchetti, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Profesora de Derecho Internacional y Derechos Fundamentales, y Coordinadora Académica de los Coloquios de Derecho Internacional.

Dra. Paulina Astroza Suárez, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Profesora de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

Comité Académico Asesor

Mg. Raúl Campusano Droguett, Profesor de Derecho Internacional, Universidad del Desarrollo.

Dra. Claudia Cárdenas Aravena, Profesora de Derecho Penal Internacional, Universidad de Chile.

Dr. Cristián Delpiano Lira, Presidente del Segundo Tribunal Ambiental, Santiago de Chile.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado.

Dr. Sebastián López Escarcena, Profesor de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Dra. Andrea Lucas Garín, Profesora de Derecho Internacional, Universidad Autónoma de Chile.

Dr. Manuel Nuñez Poblete, Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Dra. Judith Schönsteiner, Profesora de Derecho Internacional, Universidad Diego Portales.

Dr. Jaime Tijmes Ihl, Profesor de Derecho Internacional, Universidad de la Frontera.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Ximena GAUCHÉ MARCHETTI	7
Comentario de jurisprudencia sobre cambio climático: casos ante los tribunales nacionales, en especial del caso “ <i>Urgenda v/s Holanda</i> ” Gilda CICCÍ SALAZAR	13
Derecho internacional en la Constitución: sobre la aplicación directa de las normas internacionales por los tribunales de justicia chilenos Regina DÍAZ TOLOSA	25
Pueblos indígenas y la nueva Constitución: ¿Reconocimiento constitucional o más control de convencionalidad? El camino dialógico del <i>constitucionalismo en red</i> Juan Jorge FAUNDES PEÑAFIEL	39
Influencias del derecho internacional en el Derecho interno. Teorías acerca de la “internacionalización del derecho constitucional”. La experiencia argentina Claudia GASOL VARELA	55
Aportaciones del Derecho Internacional a la determinación del sentido y alcance de la dignidad en el debate constitucional Hernán GÓMEZ YURI	69
Constitución y derechos económicos, sociales y culturales Juan Pablo GONZÁLEZ JANSANA	79
El arbitraje internacional de inversiones y una nueva Constitución para Chile Joaquín SCHÄFER RODRÍGUEZ	93

Algunas reflexiones preliminares sobre la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y asuntos económicos Judith SCHÖNSTEINER	109
Proceso constituyente chileno: una (nueva) oportunidad para contar con un sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes Jorge SEPÚLVEDA VARELA	127
Derecho Internacional y Proceso Constituyente: las normas de una relación compleja Antonia URRUTIA CODNER	143
El Derecho internacional y el proceso constituyente chileno: de los supuestos límites al proceso y algunas propuestas para un nuevo marco de relación entre derecho interno e internacional Manuel YÁÑEZ ESPINOZA	157
Cronología de los Coloquios de Derecho Internacional	165

PRESENTACIÓN

Los *Coloquios de Derecho Internacional* tienen su origen en una iniciativa nacida de espacios de conversación entre profesores y profesoras de Derecho Internacional en el contexto de las Jornadas de Derecho Público realizadas en 2009 en la Universidad de Concepción.

De esas conversaciones surgió un encuentro académico de Derecho Internacional en que se discutieron diversos temas de la disciplina. El encuentro tuvo lugar en 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. En dicha oportunidad se acordó crear una instancia anual de reflexión e intercambio de información en materias de Derecho Internacional, bajo ciertos acuerdos de funcionamiento y proyección.

Así, la finalidad de los Coloquios ha sido promover el conocimiento, reflexión y debate sobre temas de Derecho Internacional y sus disciplinas relacionadas, siendo un espacio abierto a que personas que se desempeñan como académicas o investigadoras de todas las Universidades puedan participar, convocando también a estudiantes y público interesado.

En el marco de la conmemoración de los diez años de los *Coloquios de Derecho Internacional*, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, a través de su Departamento de Derecho Público y su Magíster en Derecho Público, convocó a este espacio académico de reflexión, discusión y difusión de la disciplina. En esta décima versión, la convocatoria se realizó en torno al tema preferente “Constitución Política y Derecho Internacional”. Sin embargo, como es tradición, se recibieron también trabajos sobre temas generales de Derecho Internacional desde diferentes enfoques.

En esta ocasión, el encuentro académico además se dio en un tiempo en que Chile vive un momento inédito en su historia republicana, marcado por el proceso constituyente iniciado con la reforma constitucional de diciembre de 2019 a través de la Ley 21.200.

Desde la mirada del Derecho Internacional y disciplinas relacionadas son variados los temas que se podrán abordar y regular de formas distintas a las actuales en una nueva Constitución. Tales son, a modo ejemplar, la armonización y retroalimentación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o las atribuciones de órganos estatales en torno a la política internacional, sea multilateral o bilateral. También, puede ser relevante la mirada que se haga a ciertas regulaciones internacionales en torno a grupos sometidos a especial vulnerabilidad como mujeres,

niños, niñas y adolescentes o pueblos indígenas, o la relación entre el sistema económico, las empresas multinacionales, el medio ambiente y el orden constitucional. A su vez, este momento constitucional se cruza con un tiempo en que parte de la ciudadanía viene reclamando cambios estructurales en diversas áreas y con los efectos multi nivel que está produciendo la emergencia sanitaria provocada por la COVID 19. Ambos sucesos desafían a Chile a mirar su orden constitucional, integrando en esta mirada la necesaria relación con el ordenamiento de la Sociedad Internacional.

Asistimos así a un contexto en que las relaciones entre el orden normativo internacional y el ordenamiento constitucional se levanta como una temática relevante para Chile. Existe una gran cantidad de interacciones recíprocas que pueden ser abordadas por la academia, pues constituyen la manifestación viva de que el ámbito de dominio o jurisdicción exclusiva de los Estados se ha ido reduciendo notablemente por la diversificación y expansión cada vez mayor del Derecho Internacional y disciplinas relacionadas. Además, las sociedades son más complejas y desean participar en la toma de decisión de política internacional de sus comunidades políticas.

En un país como Chile, que desde los años noventa se ha asumido en temas internacionales con una política de Estado que mira hacia el mundo para integrarse en lo económico, comercial, cultural y normativo, se debe estar consciente de la importancia de mirar hacia y desde el exterior al momento de pensar en un cambio constitucional. Tal vez los consensos sobre los que se basaba esa política de Estado ya no existan como el pasado y sea necesario reflexionar sobre ello durante el proceso constituyente.

Con ese contexto, los X Coloquios de Derecho Internacional reunieron en enero de 2021 a personas, chilenas y extranjeras, interesadas en compartir sus trabajos en torno a ejes que abordaron temáticas generales sobre Constitución Política y Derecho Internacional; temas de armonización del Derecho Internacional y la Constitución Política; cuestiones sobre Derechos Humanos, Derecho Internacional y Constitución Política e investigaciones universitarias sobre Constitución Política y Derecho Internacional. En este Dossier digital se reúnen once trabajos presentados en torno a tales ejes, los cuales han sido ordenados por el orden alfabético de apellido de las y los autores.

Las académicas Regina Díaz Toloza y Judith Schönsteneir, y los académicos Juan Jorge Faúndes Peñafiel, Juan Pablo González Sanzana y Jorge Sepúlveda Varela entregan diferentes miradas en tema específicos de las relaciones posibles a nivel constitucional entre Derechos Humanos y Derecho Internacional. Así, se abordan en sus trabajos temáticas sobre migración, las relaciones entre Derechos Humanos y orden económico,

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y sobre infancia y pueblos originarios. Hernán Gómez Yuri, en tanto, entrega aportaciones del Derecho Internacional en torno a la dignidad en el debate constitucional.

Por su parte, las investigaciones universitarias de Joaquín Schäfer Rodríguez, Antonia Urrutia Codner y Manuel Yáñez Espinoza muestran perspectivas de análisis sobre algunos diversos marcos en que puede discutirse sobre las relaciones entre el derecho internacional y el orden constitucional.

Finalmente, los trabajos aportados a este Dossier por Gilda Cicci Salazar y Claudia Gasol Varela entregan miradas sobre temas de derecho internacional y comparado que sirven para ilustrar la relevancia de la disciplina en el contexto contemporáneo.

La publicación de este Dossier, comprometida en la convocatoria a los Coloquios, tiene por propósito compartir estas diferentes miradas con la ciudadanía a fin de que se tengan como insumo para el proceso constituyente. La organización de los X Coloquios de Derecho Internacional quiere agradecer a quienes compartieron sus trabajos para esta publicación.

De forma especial, asimismo, se agradece a las profesoras Claudia Cárdenas Aravena, Miriam Henríquez Viñas, Andrea Lucas Garín y Judith Schönsteiner, y a los profesores Raúl Campusano Droguett, Cristián Delpiano Lira, Sebastián López Escarcena, Manuel Núñez Poblete y Jaime Tijmes Ihl, quienes formaron el Comité académico asesor de los X Coloquios de Derecho Internacional. También se agradece el patrocinio académico entregado por la Sociedad Chilena de Derecho Internacional y la Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional a los X Coloquios de Derechos Internacionales, y al Programa Foro Constituyente UdeC por su contribución a la presentación de este Dossier digital a través de su página web.

Esperamos que este documento sirva para conocer diversas miradas sobre temas de interés al proceso constituyente y favorezca así los procesos de toma de decisiones de la ciudadanía y de quienes integran el órgano constituyente.

Ximena Gauché Marchetti
Coordinadora Académica de los
X Coloquios de Derecho Internacional
Directora de Foro Constituyente UdeC

Concepción, agosto de 2021

PONENCIAS

PONENCIA

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO: CASOS ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES, EN ESPECIAL DEL CASO "URGENDA V/S HOLANDA".

Gilda Cicci Salazar *

RESUMEN

En el presente trabajo, nos corresponde analizar algunas sentencias sobre el cambio climático, y en especial el caso *Urgenda v/s Holanda*, sobre el deber del Estado, en relación con la obligación de garantizar un medio ambiente sano, mediante la adopción de medidas para la reducción de emisiones, el marco jurídico, la normativa nacional, internacional, y de la Unión Europea y, su aplicación por los Tribunales Nacionales.

PALABRAS CLAVE

Justicia climática; diligencia debida; cambio climático; derechos humanos; derecho internacional; medio ambiente; vida personal; vida familiar.

* Abogada, Magister en Derecho Internacional, Universidad de Chile. Profesora de Derecho Internacional, Universidad Miguel de Cervantes. Dirección: Calle Napoleón 3310, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: gcicci@gmail.com.

I.- INTRODUCCIÓN.

El interés del estudio sobre la justicia climática, radica en aspectos constituidos por la responsabilidad del Estado y la inacción frente al cambio climático, toda vez, que se consideraba que correspondía al ámbito político, y las convenciones internacionales sobre la materia no contienen disposiciones relativas a su cumplimiento, en cuanto al asumir la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

Sin embargo, estos litigios permiten a los tribunales aplicar el ordenamiento jurídico, y en particular las constituciones y los códigos civiles que, en algunos casos, citan normas de prevención del cambio climático, las que se mencionaran en este trabajo.

Señalamos que las demandas, presentan la particularidad de incluir el argumento del respeto de los derechos fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en relación con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

II.- DESARROLLO.

En primer lugar, se analizará el caso *Urgenda*, en que el Estado Holandés no había dado cumplimiento a la normativa sobre reducción de gases de efecto invernadero y permitía una emisión superior al nivel aceptado, afectando los derechos, la calidad de vida y la salud de sus ciudadanos.

En tal virtud, en noviembre de 2012, la Fundación Urgenda envía una carta al gobierno donde manifiesta su preocupación por la falta de protección y por la insuficiencia en la mitigación de las emisiones. Al no recibir una respuesta satisfactoria, dicha Fundación, actuando en su nombre y en representación de aproximadamente 886 ciudadanos, inicia un proceso judicial en contra del Estado, por no haber cumplido con el deber de cuidado y la obligación de garantizar un medio ambiente sano.

En el ámbito del derecho interno hemos observado que la demanda se funda en la inacción del estado y en la infracción del deber de cuidado, que derivan de la Constitución holandesa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de otros instrumentos. En consecuencia, hacen responsable al Estado por no haber garantizado una disminución efectiva de los gases de efecto invernadero. En definitiva, solicitan al Tribunal que ordene al Estado a reducir el nivel de emisiones.

El gobierno, en su defensa, señaló que no existían normas nacionales ni internacionales que lo obligaran a cumplir con el nivel de reducción demandado por la Fundación. Y que la sentencia respecto del cambio climático afectaría el principio de separación de poderes.

III.- DECISIONES JUDICIALES.

3.1.- El Tribunal de Distrito de La Haya

El Tribunal de Distrito pronunció sentencia el 24 de junio de 2015, y estableció en ella la existencia de un cambio climático peligroso, y que el Estado era culpable de omisión, y que debía tomar las medidas para reducir las emisiones, en un 25% el año 2020, en comparación con los niveles de 1990.

El Tribunal consideró la dificultad en la mitigación de los gases de efecto invernadero, y sostuvo que el gobierno es responsable, por cuanto no ha cumplido con la obligación de protección, al mantener un nivel de emisiones contrario al establecido en el ámbito internacional.

En efecto, el tribunal, expresó que se habían violado los artículos 6:162 del Código Civil holandés y el artículo 21 de la Constitución holandesa, que establecen la obligación de velar por la habitabilidad, la protección y mejora del medio ambiente. Por consiguiente, el Estado actuó en forma ilegal, y debe entonces cumplir con la obligación de mitigar, y proteger la salud, la vida y el medio ambiente.

Es importante señalar que el tribunal invoca documentos y Tratados Internacionales, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que en su artículo 191, obliga al estado a cumplir con su deber de diligencia; Informes de Evaluación elaborados por el Panel Intergubernamental (IPCC), que establecen las obligaciones del Estado, y contribuyen con sus investigaciones, al desarrollo de normas y planes a efectos de reducir los gases de efecto invernadero.

El Estado decidió recurrir contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelación de La Haya.

3.2.- Tribunal de Apelación.

En esta instancia reviste especial importancia el hecho de que el tribunal de apelación se refiere a la violación de los derechos humanos, expresando que el Estado efectivamente había infringido el deber de diligencia que deriva de los artículos 2º y 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no reducir en forma significativa las emisiones, y en consecuencia, que ha actuado en forma ilegal.

El artículo 2° protege el derecho a la vida, y el artículo 8° protege el derecho a la vida privada, la vida familiar, el hogar y la correspondencia. En conformidad a estos artículos, el gobierno asume obligaciones relacionadas con el medio ambiente

El 18 de octubre de 2018, el Tribunal de Apelación ratifica la sentencia del Tribunal de Distrito, que estableció la orden de reducir las emisiones de gases, en un porcentaje que contribuya a eliminar las consecuencias del cambio climático, y señaló que el estado actuó ilegalmente al no implementar medidas.

En el caso de advertirse incumplimientos, respecto de los derechos protegidos según los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se requiere que el Estado adopte medidas urgentes disponiendo para tal efecto de un amplio margen de apreciación.

Sin embargo, el Estado interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo en contra de la sentencia del Tribunal de Apelación.

3.3.- Tribunal Supremo.

La Corte en su resolución acepta los hechos establecidos por el Tribunal de Distrito y de Apelación, respecto del deber de diligencia, y de la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, que no se fundamentan en la legislación nacional.

Cabe señalar que el Tribunal de Distrito fundamentó este deber en disposiciones de derecho interno, esto es, en el Artículo 6:162 del Código Civil holandés.

El Tribunal de Apelaciones, por su parte, lo fundamentó en los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se observa, con todo, que la interpretación de ambos tribunales respecto del deber de cuidado, de la orden de reducción, de la ciencia, de la política climática y de los principios del derecho internacional, es semejante.

3.4.- Aspectos esenciales de la sentencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo en su resolución concluye que el cambio climático pone en peligro y amenaza la vida de las personas.

De acuerdo con los argumentos expuestos, el tribunal considera que los artículos 2, 8 y 13 CEDH, obligan al Estado a reparar y mitigar los daños producidos por las emisiones de gases de efecto invernadero.

Podemos señalar que el Estado alegó que la exigencia de reducir las emisiones es contraria al principio de separación de poderes, y que el tribunal estaría invadiendo materias cuya

competencia pertenece al Parlamento. La Corte desestimó los argumentos del Estado, y señaló que, según la Constitución, el Poder Judicial debe evaluar las actuaciones de los órganos, toda vez que los derechos de los ciudadanos están en un eminente peligro.

Como bien lo ha expresado el Tribunal, no se invadieron los principios respecto de la separación de poderes, al ordenar las medidas de reducción de emisiones.

Por último, el tribunal ha sostenido que, el gobierno y el parlamento son responsables de evitar consecuencias negativas para el medio ambiente a raíz de los gases de efecto invernadero. Y que deben comprometerse a cumplir con el deber de cuidado, en relación con los Derechos Humanos.

Con estos argumentos, la Corte Suprema confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación, determinando que el Estado debe limitar sus emisiones en una 25% para el año 2020, en relación con las emisiones de 1990.

Estimamos que se ha logrado un gran avance, al reconocer judicialmente, que la protección del medio ambiente se derivara de los Art. 2, 8 y 34 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y afirmando que el cambio climático constituye un riesgo real que amenaza a la sociedad.

IV.- OTROS CASOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO.

A continuación, nos referiremos a los siguientes casos:

(i) *Ashgar Leghari vs. Federación de Pakistán*. Pakistán, 2015.

En este caso el Sr. Ashgar Leghari, agricultor, demanda al gobierno de Pakistán, por violar sus derechos constitucionales, en especial su derecho a la vida y a la dignidad, debido a su inacción por no implementar su legislación frente al cambio climático.

El Tribunal Superior de Lahore declaró que se deben tomar medidas, entre las cuales ordenó el establecimiento de una comisión sobre cambio climático.

(ii) *Sarah Thomson vs. El Ministro de Cambio Climático*. Nueva Zelanda, 2017.

Sarah Thomson, estudiante de Derecho, demandó al gobierno, solicitaba la revisión de los objetivos nacionales de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a largo y mediano plazo.

El Tribunal rechazó la demanda, señalando que el nuevo gobierno los examinaría. No obstante, los objetivos fueron revisados judicialmente, de acuerdo con los compromisos internacionales.

(iii) *Andrea Lozano Barragán y otros vs. La Presidencia de la República de Colombia y otros*. Colombia, 2018.

Un grupo de jóvenes demandó al Estado por no tomar medidas en la deforestación en la Amazonía. Solicitan al tribunal que ordene la adopción de medidas respecto de la deforestación y la reducción del aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), que afecta sus derechos constitucionales a la vida, salud, agua y alimentación, y a un ambiente sano, tanto de las generaciones presentes como futuras.

La Corte Suprema de Justicia colombiana dictó sentencia y declaró que la Amazonía es sujeto de derechos, y que la deforestación en la Amazonía vulnera los derechos fundamentales, genera daños y perjuicios por la emisión de dióxido de carbono, y ordenó implementar planes para reducir la deforestación.

(iv) *Lliuya vs. RWE*. Alemania, 2016.

En este caso, Saúl Luciano Lliuya, agricultor peruano, demandó a la empresa energética RWE (Rheinisch- Westfälisches Elektrizitätswerk AG), ante la Corte Regional de Essen, Alemania, solicitando el pago de una indemnización de 17.000 euros por los daños ocasionados por la emisión de GEI que contribuyeron al derretimiento de los glaciares, provocando inundaciones en la Región de los Andes, Huaraz, en Perú, donde habita.

El tribunal de Essen rechazó la demanda. El Sr. Lliuya apeló en contra de la decisión.

La Corte Suprema alemana admitió la demanda, declarando que la empresa podía asumir responsabilidad por las emisiones de GEI en relación con los efectos del cambio climático.

(v) *ONG Greenpeace, Ecologistas en Acción y Oxfam Intermón vs. España*, 2020.

El 30 de septiembre de 2020, las ONG Greenpeace, Ecologistas en Acción y Oxfam Intermón demandan al gobierno español por su inacción ante el cambio climático, y sostienen que la política de reducción de emisiones establecida para el año 2030, es insuficiente y no cumple con los compromisos internacionales.

Solicitan al Tribunal Supremo que obligue al Gobierno a adoptar medidas más severas, y a reducir las emisiones en un 55% hasta 2030 en relación con las de 1990, para evitar los daños del cambio climático, que afectan a las generaciones presentes y futuras.

(vi) *Greenpeace y Natur og Ungdom vs. Noruega*, 2017.

Las ONG Naturaleza y Juventud, (Natur og Ungdom), demandan al gobierno por permitir la explotación de petróleo en el Ártico, considerando que tal actividad contribuye al cambio climático, y se había violado el artículo 112 de la Constitución, que garantiza el derecho a un medioambiente sano y seguro a las futuras generaciones.

El tribunal de primera instancia, el 4 de enero de 2018, rechazó la demanda interpuesta por las ONG en contra del gobierno, basándose en el Real Decreto de 10 de junio de 2016, declarando que no se violaba la constitución y, por tanto, el gobierno podía continuar con dicha explotación.

Las ONG cuestionan la legalidad del Real Decreto y alegan que infringe el artículo 112 de la Constitución de Noruega, que establece que todos tienen derecho a un medio ambiente que proteja la salud y la naturaleza, preservándose su capacidad de producción y su diversidad.

(vii) *Kelsen Cascadia Rose Juliana vs. Estados Unidos de América y otros*. EE.UU., 2015.

Un grupo de jóvenes demandó al gobierno de Estados Unidos. Señalan que el gobierno permite el cambio climático al no cumplir con su obligación de regular las emisiones de dióxido de carbono y que, de esta manera, viola la Quinta Enmienda, y sus derechos constitucionales a un ambiente sostenible, a la vida, la libertad y la propiedad y afectará su calidad de vida en el futuro. Y solicitan la adopción de medidas eficientes respecto de la emisión de gases. La demanda, se inició en el año 2015.

El gobierno declaró en su contestación que la demanda era improcedente, sin embargo, una jueza señaló que el derecho a un sistema climático que sea capaz de sostener la vida humana es fundamental para una sociedad libre y ordenada.

Los demandantes argumentan que los niveles de emisión de gases con efecto invernadero generan graves peligros sobre el cambio climático. En los argumentos se destaca la existencia de un derecho fundamental a un medio ambiente sano y estable, y la doctrina del fideicomiso público.

Los demandantes alegan que, debido a las políticas energéticas, el gobierno provocó la emisión de gases de efecto invernadero que contribuyeron al calentamiento global.

Los demandantes actualmente esperan el fallo de la Corte de Apelaciones.

(viii) *Ferrão Carvalho y otros, contra Parlamento y Consejo (as. T-330/18)*. Unión Europea, 2018.

Un grupo de familias y representantes de la Asociación sueca “Saminuorra” demandan en el año 2018 a la Unión Europea, ante el Tribunal General, por no haber implementado medidas frente al cambio climático y por su falta de acción para proteger a los ciudadanos respecto de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y, en consecuencia, violar sus derechos fundamentales.

La demanda perseguía anular los actos de la Unión Europea, que regulan las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), debido a la obligación de adoptar medidas para reducir las emisiones GEI, y de prevención y de protección del derecho a la vida y a la integridad física, al libre ejercicio de una actividad profesional, y a la igualdad de trato, entre otros, consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 25 de marzo de 2021, declaró inadmisibles las demandas en contra de la UE. Confirmando la decisión de primera instancia del año 2019. Esta sentencia es definitiva, y sostuvo que las medidas legislativas de la Unión Europea de 2018 contra el cambio climático, no les afectan individualmente.

(ix) *O’Donnell vs. The Commonwealth*. Australia, 2019.

Equity Generation Lawyers, actuando en nombre de Kathleen O’Donnell, el 22 de julio de 2019, demanda al gobierno ante el Tribunal Federal de Australia, por no haber notificado sobre los riesgos del cambio climático en la emisión de bonos y el impacto que genera para los inversionistas.

En la demanda se solicita que se ordene al gobierno que informe sobre los riesgos que se generan con la distribución de los bonos.

Es el primer caso en que el cambio climático representa graves riesgos para las empresas, los inversionistas y para la economía australiana, y que en consecuencia, el gobierno tiene la obligación de informar las amenazas que enfrentan.

(x) *Environnement Jeunesse vs. Canadá*. Canadá, 2019.

La ONG Environnement Jeunesse, demandó al gobierno canadiense argumentando que la política de reducción de los gases de efecto invernadero era insuficiente, y que el hecho de no adoptar medidas urgentes frente al cambio climático viola sus derechos fundamentales, protegidos en la Carta de Canadá y en la carta de Quebec.

El Tribunal Superior de Quebec en el mes de junio 2019, denegó la solicitud, los demandantes apelaron ante el Tribunal de Apelación de Quebec.

(xi) *ONG Greenpeace Francia, Oxfam Francia, Notre Affaire á Tous y Fundación Nicolas Hulot vs. Francia*. Francia, 2018.

En diciembre del 2018, ONG Greenpeace Francia, Oxfam France, Notre Affaire á Tous y Fundación Nicolas Hulot, presentaron una demanda por cambio climático contra el gobierno por la inacción, respecto de la mitigación del cambio climático, violando la Constitución francesa y los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Demandaron al Estado para que adopte medidas eficaces frente al cambio climático.

Finalmente, el 3 de febrero de 2021, el Tribunal Administrativo de Paris, declaró al Estado responsable por el incumplimiento frente al cambio climático, por no limitar la emisión de los gases de efecto invernadero, reconoció que se había causado un perjuicio ecológico y condenó al Estado a pagar a cada ONG un Euro simbólico por perjuicio moral.

IV.- CONCLUSIONES.

Cabe señalar que los fundamentos jurídicos de los tribunales hacen referencia a distintos derechos, y en particular en materia de derechos humanos la relación con el derecho al medio ambiente, y con el cambio climático. En estas demandas se incluyen en sus argumentos criterios constitucionales, civiles, internacionales, entre otros.

Estimamos, que este tema constituye un gran avance por la evolución que ha experimentado en el ámbito de los Derechos Humanos.

Observamos que la justicia climática permite establecer responsabilidades y elaborar argumentos, sin apoyarse en legislaciones específicas.

En consecuencia, constituye un medio para enfrentar los devastadores efectos del cambio climático, debido a las políticas insuficientes de los gobiernos en la mitigación de los gases de efecto invernadero y en la protección del medio ambiente y, asimismo, defender los

derechos de los afectados y obligar a los Estados y a las Empresas a reducir sus emisiones y actuar con la debida diligencia en este ámbito.

Finalmente, consideramos que las conclusiones de los Tribunales reflejan aspectos puntuales, que es necesario desarrollar sobre la labor de mitigación y reducción de los GEI.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Ali vs Federation of Pakistan* (2016): Petición ante la Suprema Corte de Pakistan, 2016, resolución pendiente. Documento disponible en línea: <http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/litigation/ali-v-federation-of-pakistan-supreme-court-of-pakistan-2016/>
- BERGKAMP, Lucas. “Sentencia de política climática 'revolucionaria' de un tribunal holandés: la perversión del poder judicial, los deberes de cuidado del Estado y la ciencia”. *Revista de Derecho Ambiental y Urbanístico Europeo*. 2015, Vol. 12, N° 3-4. DOI: <https://doi.org/10.1163/18760104-01204002>.
- COX, Roger X. J., *Revolution Justified. Why Only the Law Can Save Us Now*, The Planet Prosperity Foundation, Maastricht, 2012.
- COX, Roger X. J., “The Liability of European States for Climate Change”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2014, Vol. 30, N° 78, pp. 125-135.
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Fuentes del Derecho internacional del Medio ambiente”, en SÍNDICO, F.; FERNÁNDEZ EGEA, R.M.; BORRAS PENTINAT, S. (dirs), *Derecho internacional del medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, CMP Publishing Ltd., Londres, 2011, pp. 31-71.
- LE CLERQ, Juan A., “Las consecuencias del cambio climático, la responsabilidad del daño y protección de los Derechos Humanos, una relación problemática”, en ABREU, J.P.; LE CLERCQ, J.A. (Coords.), *La reforma humanista: Derechos humanos y cambio constitucional en México*, Porrúa, México, 2011, Cap. 18, en línea: <https://goo.gl/iYYXFo>.
- MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Dijusa, Madrid, 2002, 4a edición.
- MORAGA, Pilar; MECKIEVI, Sol, “Análisis crítico de la judicialización del Cambio Climático y la baja economía en carbono frente a las categorías tradicionales del derecho”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2016, N° 240, pp. 73-95.

- NOTICIA: “How climate change battles are increasingly being fought, and won, in court”, reportaje, *The Guardian*, 8 de marzo de 2017, texto html disponible en línea: <https://www.theguardian.com/environment/2017/mar/08/how-climate-change-battles-are-increasingly-being-fought-and-won-in-court>.
- NOTICIA: “Philippines Climate Case Could Find Fossil Fuel Companies Violate Human Rights”, *The Climate Docket*, 5 de octubre de 2017, texto html disponible en línea: <https://www.climatedocket.com/2017/10/05/philippines-climate-change-human-rights/>.
- OXFAM INTERNATIONAL: “NGOs win historic victory against French State for failing to tackle climate change”, OXFAM, 2021, publicación .html, en línea: <https://www.oxfam.org/en/press-releases/ngos-win-historic-victory-against-french-state-failing-tackle-climate-change>.
- PAREJO NAVAJAS, Teresa, “La victoria de Urgenda: El inicio de la lucha judicial frente al cambio climático”, *Revista española de derecho administrativo*, 2016, Nº 177, pp. 259-279, [en línea]: <https://goo.gl/ZFAAeV>.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Noel, “Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2016, Vol. VII, Nº 2, pp. 1-38 [DOI: <http://dx.doi.org/10.17345/rcda.1703>]
- UNIÓN EUROPEA (Eds.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Texto vigente en español, página de la Fundación Acción Pro Derechos Humanos, 2007, en línea: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDFUE/CartaDerechosFundamentalesUnionEuropea-v2007.htm>.
- UNIÓN EUROPEA (Eds.), “Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, Texto en español, página del Boletín Oficial del Estado de España, 2010, 154 p., en línea: <https://www.boe.es/doue/2010/083/z00047-00199.PDF>
- UNITED NATIONS ENVIRONMENTAL PROGRAMME; COLUMBIA LAW SCHOOL (Eds.), “The status of climate change litigation. A global review”, UNEP - Columbia Law School, Nairobi, 2017, 41 p., en línea: <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/05/Burger-Gundlach-2017-05-UN-Envt-CC-Litigation.pdf>
- URGENDA FOUNDATION (eds.), “Letter to the Netherlands Government” 12 de noviembre de 2012, Urgenda samen sneller duurzaam. Documento disponible en línea: https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/Letter_to_the_government.pdf.
- URGENDA FOUNDATION (eds.), “Climate Case Explained”, 2020, página web, en línea: <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/climate-case-explained/>

Urgenda foundation vs the State of the Netherlands (2015): Corte de Distrito de La Haya, 24 de junio de 2015, texto en inglés de la sentencia disponible en línea: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>.

Urgenda foundation vs the State of the Netherlands (2018), Tribunal de Apelación de la Haya, Decisión de Apelación, 9 de octubre de 2018. Versión Oficial de sentencia en neerlandés, disponible en línea: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2591>.

Urgenda foundation vs the State of the Netherlands (2019): Sentencia de la Corte Suprema de los Países Bajos, 20 de diciembre de 2019, texto neerlandés disponible en línea: http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20191220_2015-HAZA-C0900456689_judgment-1.pdf

Otros recursos:

Código Civil de los Países Bajos, 1992, en línea: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>

Página Oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, en línea: http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN.

Página Oficial de la Organización de Naciones Unidas, ONU, en línea: <http://www.un.org>.

Página Oficial de la ONG DeJusticia, con información sobre Cambio Climático, en línea: <https://www.dejusticia.org/tutela-cambio-climatico-colombia/>

Página Oficial de la Base de Datos del Sabin Center for Climate Change Law (Columbia), en línea: www.climatechasechart.com

PONENCIA

DERECHO INTERNACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN: SOBRE LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA CHILENOS.

Regina Díaz Tolosa *

RESUMEN

La Constitución Política de 1980 presenta falta de precisión respecto del mecanismo de incorporación de las normas internacionales en el orden interno y de la obligatoriedad de los tribunales de aplicarlas. Se recomienda que en la nueva Constitución esta temática se regule con mayor determinación, reafirmando el compromiso de Chile con los derechos humanos y su realización efectiva. Para ilustrar la baja aplicación directa de normas internacionales por parte de los tribunales de justicia chilenos respecto de tratados protectores de los derechos humanos se presentan datos estadísticos en casos sobre expulsión de extranjeros en la última década.¹

PALABRAS CLAVE

Constitución, aplicación interna de normas internacionales, datos estadísticos, derecho migratorio.

* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Directora de la Carrera de Derecho Sede Santiago Universidad Autónoma de Chile, Chile. Av. Pedro de Valdivia 425, Providencia, Santiago. Correo electrónico: ingrid.diaz@uautonoma.cl.

¹ Resultados de la investigación financiada por ANID, FONDECYT Regular N° 1181194, "Aporte de los tribunales de justicia a la protección efectiva de los derechos de las personas migrantes".

INTRODUCCIÓN.

La Constitución chilena actualmente vigente, tanto en su texto original como en sus reformas del año 1989 y 2005 ha relegado al Derecho Internacional a una mínima expresión. Sigue la tradición republicana, textos heredados de anteriores constituciones, en materia de conducción de las relaciones internacionales y los trámites de negociación, aprobación, ratificación y puesta en vigencia de los tratados internacionales. Pero, omite referencia expresa respecto del derecho internacional general y el consuetudinario, sobre el mecanismo de incorporación, si regirá un principio de jerarquía o coordinación entre órdenes internacional e interno, sobre la aplicación e interpretación del derecho internacional, en sus diversas fuentes formales y materiales. Este vacío o falta de definición ha implicado el desarrollo de estas materias en la doctrina o jurisprudencia, no encontrándose contestes absolutamente, sino coexisten diversas posturas o teorías que se diferencian a partir del paradigma más internacionalista o nacionalista que las sustentan.

La nueva Constitución debiera incorporar un capítulo especialmente dedicado a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno que se refiera a cada una de las temáticas referidas, de manera tal de no dejar el asunto abierto a la interpretación de los operadores jurídicos, sino que exista desde el constituyente una mayor claridad y precisión en el sistema que será aplicable en Chile, y de cómo los tribunales de justicia debieran aplicar e interpretar las normas internacionales en los casos sujetos a su jurisdicción. Esto es de relevancia fundamental tratándose sobre todo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues si bien hoy el artículo 5° inciso 2° incorpora al menos expresamente los tratados internacionales ratificados y vigentes, han quedado innumerables temáticas a la interpretación, lo cual trae aparejado como consecuencia el que la aplicación de estas normas internacionales sea de un bajo porcentaje en los tribunales de justicia, que se entienda erradamente por algunos que si los jueces aplican el derecho internacional ello sea una especie de activismo judicial, que esa aplicación se limite a un nombrar los tratados aplicables en un considerando de la sentencia, sin servir en el fondo al desarrollo más acabado de los fundamentos de la decisión.

Este fenómeno lo podemos observar de forma patente respecto de la incorporación y aplicación del Derecho Migratorio Internacional. En Chile, desde el año 2013 a la fecha, los flujos migratorios han ido en incremento, pasando de un 2 a un 8% de extranjeros en la población total del país. Luego, han aumentado los casos de amparos en tribunales interpuestos por extranjeros para reclamar en contra de órdenes de expulsión. El porcentaje de aplicación de normas internacionales, considerando una muestra del período 2010-2019,

ha sido solo de un 7,4%. La Convención de los Derechos del Niño ha sido la más aplicada, pero solo en el 24% de esos casos es utilizada como motivo principal para acoger el amparo, pues se la considera como parámetro para medir la razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación de la medida de expulsión.

En un primer apartado revisamos algunas interrogantes acerca de la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno, a partir de la interpretación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República. En una segunda parte, damos cuenta de los resultados de la investigación estadística respecto de la aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables en casos de expulsión de extranjeros en Chile, con el propósito de constatar la baja implementación y uso del derecho internacional por los tribunales nacionales. Finalmente, se presenta minuta con reflexiones de cierre a modo de orientaciones o sugerencias para el proceso constituyente.

I.- La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución Política de la República de Chile.

En Chile, la regulación sobre la incorporación del Derecho Internacional al derecho interno es escasa e insuficiente. El artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República solo se refiere en forma expresa a los “*tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, y en relación con la protección de los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”; omite toda referencia expresa respecto de incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico interno, sean de derecho internacional general, de derecho internacional consuetudinario o derecho internacional convencional que no versen sobre derechos humanos. Así, el marco jurídico sobre recepción del Derecho Internacional al orden interno chileno es producto de una labor interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia, más que una definición expresa del constituyente o del legislador.

Se podría afirmar que tradicionalmente Chile ha optado por el *dualismo en materia de derecho internacional convencional*, y por el *monismo en el caso de las normas de derecho internacional consuetudinario*. En el primer caso, operara un mecanismo de transformación del tratado internacional en norma interna a través de los trámites necesarios para la ejecución de este, a saber, la promulgación y la publicación del tratado como ley de la República; en el segundo, los principios generales y la costumbre internacionales se aplican en el ordenamiento jurídico interno a través de un mecanismo

de incorporación automática en base a una tradición judicial arraigada existente desde el inicio de la República de manera sostenida y uniforme.² Sin embargo, estas aseveraciones deben ser matizadas, pues difícil es encontrar una tendencia uniforme de la jurisprudencia que respalde un mecanismo de transformación. Además, es posible hallar una distinción usual producto de la consideración de la materia sobre la cual versa el instrumento internacional, detectándose la existencia de tendencias monistas tratándose de normas sobre derechos humanos, debido a que el respeto de la dignidad humana es un imperativo en ambos órdenes jurídicos –internacional y nacional–. Además, en el ámbito normativo, tras la Reforma Constitucional del año 2005, este dualismo ha sido moderado, en cuanto a que el constituyente ha optado por mantener la naturaleza jurídica de la norma internacional, pues de acuerdo con el inciso 5° del artículo 54 N° 1 de la Constitución Política –tras la Reforma aludida– dispone que “*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”.

1.1.- La reforma constitucional de 1989

La introducción de la cláusula del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución ocurre *ad portas* de una etapa de transición hacia la democracia tras un largo período de un gobierno autocrático. La Concertación de Partidos por la Democracia estimaba posible ganar las elecciones presidenciales que vendrían, pero le preocupaba la gobernabilidad y el cumplimiento de su programa, pues la Constitución contemplaba un mecanismo para su reforma de difícil concreción, por lo tanto, parecía conveniente lograr un acuerdo político con el Gobierno. En este contexto, y con el interés de conquistar una democracia estable,

² NOGUEIRA, Humberto, “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, p. 224; MEDINA, Cecilia; NASH, Claudio, “Parte I. Doctrina. A. El sistema internacional de protección de los derechos humanos y B. Importancia y alcance de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional”, en: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Manual de Derecho internacional de los derechos humanos para defensores penales públicos*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2003, p. 65; MONTT, Santiago, “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, *Revista Chilena de Derecho*, 2005, vol. 32 N° 1, p. 28; VARGAS, Edmundo, *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 211-214; LLANOS, Hugo, *Teoría y Práctica del Derecho internacional Público. Las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, T. IV, pp. 91-95.

se considera relevante reforzar los derechos humanos y suprimir o atenuar el poder de seguridad. En la propuesta de reforma original, el texto incluía en general a todas las normas internacionales y no solo a los tratados: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile*”. Pero, Renovación Nacional y el Gobierno militar instaron por su actual redacción, es decir, refiriendo expresamente a los “*tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”; en su opinión aludir a la costumbre y a los principios generales del Derecho Internacional creaba un margen de incertidumbre en relación con la materia. Los negociadores de la Concertación cedieron y no insistieron para no perjudicar la posibilidad de la Reforma, pues todas las normas internacionales tendrían siempre plena aplicación, solo se buscaba certeza para que no hubiera ninguna duda que regían y regirían en Chile.³

Algunos⁴ interpretan que esta disposición alude a un mecanismo *monista*, en cuanto a través del reenvío a los tratados internacionales sobre derechos humanos, se incorporan en términos globales y automáticos una vez ratificados. Luego, los trámites de promulgación y publicación de los tratados, previo a su aplicación y con posterioridad a su aprobación y

³ NOGUEIRA, Humberto, “Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la constitución chilena”, *Cuadernos de análisis jurídico: Dogmática constitucional y derechos humanos*, 1993, vol. 27, p. 57; MEDINA, Cecilia, “El Derecho internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico chileno”, en: AA.VV., *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 41-42; BERTELSEN, Raúl, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, vol. 23 N°s 2-3, T. I, p. 221; CUMPLIDO, Francisco, “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, vol. 23 N° s 2-3, T. I, pp. 255-258; DULITZKY, Ariel, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en: BUERGENTHAL, T.; CANÇADO, A. (coords.), *Estudios especializados de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, T. I, p. 149; NOGUEIRA, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, vol. 23 N°s 2-3, T. I, pp. 351-352; CEA, José, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”, *Ius et Praxis*, 1997, vol. 2 N° 2, p. 84; RÍOS, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, 1997, vol. 2 N° 2, 1997, pp. 102, 104 y 112; TÉLLEZ, Claudia, “Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 1998, vol. 9, p. 186; PFEFFER, Emilio, “Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Ius et Praxis*, 2003, vol. 9, N° 1, p. 478; CUMPLIDO, Francisco, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, 2003, vol. 9 N° 1, pp. 365-374.

⁴ v.g. CEA, cit. (n. 4), p. 83; ROSSEL, Mario, “Constitución y tratados de derechos humanos”, *Ius et Praxis*, 1997, Vol. 2, N° 2, p. 118.

ratificación, es solo una costumbre arraigada en nuestro sistema jurídico desde la Constitución Política de 1925, influida por la práctica francesa, pero hoy no cuentan con una reglamentación escrita que establezca su obligatoriedad, aunque sí lo hubo en el pasado. El Decreto Supremo N° 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1926, el cual solo se refería a la promulgación, y el Decreto Ley N° 247 de 1973, el cual hacía obligatorios ambos trámites. Este último fue derogado por el N° 7 del artículo único de la Ley No. 18.903, publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 1990.

1.2.- La reforma constitucional de 2005.

El año 2005 se modificó por Reforma Constitucional el artículo referente a la aprobación de los tratados en el Congreso, previo a su ratificación (otrora 50 No. 1, actual 54 No. 1), agregando que se someterán “*en lo pertinente*” a los trámites de una ley. Luego, para determinar el alcance de esta modificación se ha de considerar que los trámites de promulgación y publicación:⁵

a) Son posteriores a la aprobación parlamentaria y ratificación presidencial del tratado, por lo tanto “*en lo pertinente*” indicaría que la aprobación del tratado en el Congreso se rige por las disposiciones de tramitación de la ley y ello no incluye actos posteriores a la aprobación y ratificación de este.

b) Constituyen medidas de divulgación a la ciudadanía de los compromisos adquiridos por el Estado a nivel internacional, pero no tienen relación alguna con su entrada en vigor: el tratado entra en vigor con el canje o depósito de ratificaciones.

Además, el inciso 5° del mismo artículo enfatiza que la naturaleza del tratado internacional es de norma internacional y que no se transforma en norma interna, pues señala que “*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”.

⁵ PRECHT, Jorge, “Los tratados internacionales como fuentes del derecho administrativo. Incorporación global y automática de los tratados internacionales al derecho interno chileno”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales cuarta época*, 1967, vol. 7 N° 7, pp. 39-40; PRECHT, Jorge, “Vino nuevo en odres viejos: Derecho internacional convencional y derecho interno chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, vol. 23 N°s 2-, T. I, p. 400; MEDINA; NASH cit. (n. 2), pp. 70-71; PFEFFER, cit. (n. 4), p. 472; VARGAS, cit (n. 2), p. 143; LLANOS, cit. (n. 2), pp. 48-49.

II.- La baja aplicación directa del derecho migratorio internacional en los tribunales superiores de justicia chilenos.

Para ilustrar si la actual Constitución posibilita la aplicación del derecho internacional en casos judiciales concretos, se revisa si en tribunales existe una tendencia que incorpore las normas internacionales de forma directa en casos de amparo impetrados por migrantes en situación de expulsión. La muestra recoge sentencias dictadas en el decenio 2010-2019, la cual ordenada conforme su resultado, en un 59 % de los casos se acogió la acción, mientras que el 41 % restante fue rechazada (ver Tabla N° 1).

Tabla N° 1. Muestra casos de amparo constitucional, en casos de expulsión, (2010-2019)

	Rechazados	Acogidos	Total
2010	4	0	4
2011	5	1	6
2012	7	5	12
2013	31	36	67
2014	42	15	57
2015	39	34	73
2016	27	55	82
2017	61	105	166
2018	59	139	198
2019	115	162	277
Total	390	552	942
%	41%	59%	100%

En materia de migración destaca, a nivel universal, la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 (CTMF), y a nivel regional la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH). Luego, aunque permanezcan son su naturaleza jurídica de tratado internacional, al haber sido ratificados por el Ejecutivo, el Estado -y todos su poderes- se obligan para con su respeto y compromiso de realización de los derechos en ellos reconocidos. Por tanto, los tribunales de justicia chilenos, en la revisión judicial de órdenes de expulsión de extranjeros, debieran

dar aplicación a estos tratados internacionales protectores de los derechos de las personas migrantes, haciendo una interpretación sistemática y finalista.⁶

Sin embargo, se constata que la aplicación del derecho internacional no es una tendencia jurisprudencial, ya que solo 70 sentencias refieren a normas internacionales como fuente integrante del plexo normativo a considerar, lo que equivale solo a un 7,6% de la muestra total y a un 13% de los casos acogidos (v. Tabla N° 2). Se previene que el 2010 no se encuentran casos en los que las cortes apliquen directamente normas internacionales en sus razonamientos. La norma internacional con mayor alusión directa es la CDN, representando un 69% de los casos; seguida por la CADH, en un 11% de los casos (v. Tabla N° 3).

Tabla N° 2. Aplicación de normas internacionales en amparos acogidos (2010-2019)

	Aplica DI	% respecto del total de amparos acogidos	Total de amparos acogidos
2011	1	100 %	1
2012	2	40 %	5
2013	13	36 %	36
2014	3	20 %	15
2015	10	29 %	34
2016	5	9 %	55
2017	12	11 %	105
2018	18	13 %	139
2019	6	3,7%	162
Total	70	13 %	552

⁶ NASH, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Anuario Constitucional Latinoamericano, 2013, vol. XIX, pp. 169-70; NÚÑEZ, Constanza, “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, Anuario de Derechos Humanos, 2015, N° 11, p. 164; NASH, Claudio; NÚÑEZ, Constanza, “Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia”, Estudios Constitucionales, 2017, vol. 15 N° 1, pp. 16-17.

Tabla N° 3. Normas internacionales aplicadas en amparos acogidos (2008-2018)

Tratado	Frecuencia	% respecto del total
DUDH	1	1%
PIDCP y CTMF	2	3%
Acuerdo Mercosur	1	1%
Tratados	5	7%
Convenio Arica-Tacna	4	6%
CADH	8	11%
CDN	49	69%
Total	70	100%

III.- Reflexiones de cierre orientativas para el proceso constituyente.

La Constitución Política de la República de Chile es muy escueta sobre la regulación de la implementación del derecho internacional en el ordenamiento interno. Si bien incorpora en el año 1989 cláusula de reenvío a los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, no es precisa acerca de tratarse de un mecanismo de incorporación automático o de transformación. Si bien parte de la doctrina ha interpretado que ello implica adoptar una tendencia monista en cuanto a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno,⁷ tradicionalmente se ha entendido que el tratado tiene jerarquía de ley.⁸ Los tratados se promulgan y publican “como ley de la República” aunque ninguna ley así lo exija, pero se trata de una costumbre ya arraigada. Como corolario de esta imprecisión, los tribunales de justicia no son contestes en su jurisprudencia en cuanto a la aplicación directa de estos tratados en los casos que deben resolver, con la consecuente falta de protección de los derechos humanos que subyace.

A modo ilustrativo, revisamos en detalle la aplicación judicial de los estándares internacionales recogidos en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile sobre

⁷ DÍAZ, Regina, “Algunas consideraciones en materia de incorporación e interpretación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, HENRÍQUEZ, Miriam (coord.), *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del Bicentenario*, Librotecnia, Santiago, 2011, pp. 81-85

⁸ BENADAVA, Santiago, “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en: AA.VV., *XXI Jornadas Chilenas de Derecho Público (Santiago, 1990): Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 59; BERTELSEN, cit. (n. 3), pp. 219-220; RÍOS, cit. (n. 2), *passim*; entre otros.

derecho migratorio, en una muestra de 552 casos acogidos en un período que abarca 10 años. Su baja frecuencia de implementación (13%) nos demuestra que no existe una convicción del Poder Judicial sobre la obligatoriedad de aplicar directamente las normas internacionales en los casos sometidos a su decisión. Por tanto, se recomienda de cara al proceso constituyente que actualmente se desenvuelve en Chile, que la nueva Constitución se refiera a estas materias de forma más clara y precisa, no dejándolo a la interpretación de los operadores jurídicos, sino que reafirmando el compromiso por el respeto y realización de los derechos humanos y la obligación de la jurisdicción interna de aplicar las normas internacionales realizando una debida interpretación sistemática y finalista de estas.

De qué sirve este compromiso con los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos, si se discute sobre su incorporación al sistema de fuentes interno y sobre su aplicación por los tribunales de justicia. Existen diversas fórmulas en el derecho comparado respecto de cómo recepcionar el Derecho Internacional en los órdenes internos a través de cláusulas expresas en la Constitución referentes a mecanismos de incorporación, aplicación e interpretación.⁹ De ellas no nos parecen apropiadas aquellas que establecen jerarquías, con reglas de preferencia de aplicabilidad entre la norma interna o la internacional, pues tienden a confrontar los sistemas colocándolos en una relación de competencia que pudiera resultar como consecuencia una relegación de la aplicabilidad del derecho internacional, basados en teorías que exacerban la soberanía estatal se prefiera alguna tendencia nacionalista, y en tal sentido, la norma nacional de frente a la internacional, por lo que no se debiera tomar esta decisión de cuál norma aplicar con preferencia, *ex ante* en la Constitución. También, preferimos evitar el uso de conceptos como bloque de constitucional o control de convencionalidad, pues existen diversas interpretaciones y discusiones respecto de su sentido, alcance, aplicabilidad y efectos, por lo que podría traer aparejado las mismas problemáticas que bajo el sistema actual tenemos.¹⁰ Luego, preferimos el establecimiento de cláusulas que permitan una mejor coordinación entre los sistemas interno e internacional,¹¹ sobre todo en el ámbito de la

⁹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, UDP, “¿Qué debe decir la nueva Constitución sobre derechos humanos?”, 2020, <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/DDHH.pdf>, consultada: 11 de marzo de 2021, p. 8.

¹⁰ Vid. v.g. HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela, *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Der Ediciones, Santiago, 2019; CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo, *Estudios sobre control de convencionalidad*, Der Ediciones, Santiago, 2020.

¹¹ MONTT, cit (n. 2), pp. 25-27, sobre la necesidad de colaboración de los Estados para la implementación de las normas internacionales.

protección de los derechos humanos, en consideración que el fundamento y el objetivo en ambos sistemas es el mismo, cual es la protección de la dignidad humana, por lo que no debieran competir sino se debiera realizar una armonización entre ellas y que en los casos judiciales se atiende al reconocimiento del principio *pro homine* y a la interpretación finalista conforme al objeto y fin del tratado y a la evolución o progreso en la protección de los derechos que posibiliten una aplicación de las normas internacionales en aras de proteger los derechos de las personas.¹² De esta forma, habrá congruencia entre los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para con la protección de los derechos humanos y su realización efectiva en el ordenamiento interno.

En consecuencia, en la incorporación constitucional del derecho internacional de los derechos humanos se ha de evitar que se declare el respeto de los derechos humanos solo en el papel, pero que no existan mecanismos que permitan una implementación real de estas normas internacionales que protegen la dignidad humana, por tanto, debiera diseñarse con una mirada hacia fines prácticos, esto es, de una parte, posibilitar la aplicación directa de las normas internacionales sobre derechos humanos por los tribunales de justicia, y por otra, orientando la labor de diseño e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos por los gobiernos. Respecto de lo primero, se debe hacer hincapié en que los tratados internacionales no solo obligan al Ejecutivo, sino que compromete a todos los órganos del Estado, incluidos los tribunales de justicia.¹³ En cuanto a lo segundo, que siendo la protección de los derechos fundamentales un pilar de las democracias se debe avanzar hacia la reducción de las desigualdades,¹⁴ por lo que, si bien la Constitución es un primer paso, necesario, es insuficiente si no va acompañado de políticas que tiendan a la construcción de una cultura antidiscriminación en el que se deje de lado la injusticia y la inequidad.

¹² DÍAZ, cit. (n. 7), pp. 88-93.

¹³ ALDUNATE, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, 2010, Vol. 16, N° 2, p. 200.

¹⁴ BURCHARDT, Hans-Jürgen, “Democracia y desigualdad”, *Nueva Sociedad*, 2008, N° 215, p. 79.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALDUNATE, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, 2010, Vol. 16, Nº 2, pp. 185-210.
- BENADAVA, Santiago, “Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en: AA.VV., *XXI Jornadas Chilenas de Derecho Público (Santiago, 1990): Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 9-59.
- BERTELSEN, Raúl, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, Vol. 23, Nº 2-3, T. I, pp. 211-222.
- BURCHARDT, Hans-Jürgen, “Democracia y desigualdad”, *Nueva Sociedad*, 2008, Nº 215, pp. 79-94.
- CEA, José, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”, *Ius et Praxis*, 1997, Vol. 2, Nº 2, pp. 81-92.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP, “¿Qué debe decir la nueva Constitución sobre derechos humanos?”, 2020, <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/DDHH.pdf>, consultada: 11 de marzo de 2021, 13 pp.
- CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo, *Estudios sobre control de convencionalidad*, Der Ediciones, Santiago, 2020.
- CUMPLIDO, Francisco, “Alcances de la modificación del artículo 5º de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, Vol. 23, Nº 2-3, T. I, pp. 255-258.
- CUMPLIDO, Francisco, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, 2003, Vol. 9, Nº 1, pp. 365-374.
- DÍAZ, Regina, “Algunas consideraciones en materia de incorporación e interpretación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, HENRÍQUEZ, Miriam (coord.), *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del Bicentenario*, Librotecnia, Santiago, 2011, pp. 75-95.
- DULITZKY, Ariel, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en: BUERGENTHAL, T.; CANÇADO, A. (coords.), *Estudios especializados de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, T. I, pp. 129-166.

- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela, *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Der Ediciones, Santiago, 2019.
- LLANOS, Hugo, *Teoría y Práctica del Derecho internacional Público. Las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, T. IV.
- MEDINA, Cecilia, “El Derecho internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico chileno”, en: AA.VV., *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 35-4.
- MEDINA, Cecilia; NASH, Claudio, “Parte I. Doctrina. A. El sistema internacional de protección de los derechos humanos y B. Importancia y alcance de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional”, en: DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Manual de Derecho internacional de los derechos humanos para defensores penales públicos*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2003, pp. 18-84.
- MONTT, Santiago, “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, *Revista Chilena de Derecho*, 2005, Vol. 32, N° 1, pp. 19-78.
- NASH, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Constitucional Latinoamericano*, 2013, Vol. XIX, pp. 489-509.
- NASH, Claudio; NÚÑEZ, Constanza, “Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia”, *Estudios Constitucionales*, 2017, Vol. 15, N° 1, pp. 15-54.
- NOGUEIRA, Humberto, “Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la constitución chilena”, *Cuadernos de análisis jurídico: Dogmática constitucional y derechos humanos*, 1993, Vol. 27, pp. 49-69.
- NOGUEIRA, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, Vol. 23, N°s 2-3, T. I, pp. 341-380.
- NOGUEIRA, Humberto, “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, pp. 163-259.

- NÚÑEZ, Constanza, “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2015, N° 11, pp. 157-169.
- PFEFFER, Emilio, “Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Ius et Praxis*, 2003, vol. 9 N° 1, pp. 467-484.
- PRECHT, Jorge, “Los tratados internacionales como fuentes del derecho administrativo. Incorporación global y automática de los tratados internacionales al derecho interno chileno”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales cuarta época*, 1967, Vol. 7, N° 7, pp. 29-61.
- PRECHT, Jorge, “Vino nuevo en odres viejos: Derecho internacional convencional y derecho interno chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, vol. 23 N° 2, T. I, pp. 381-405.
- RÍOS, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, 1997, vol. 2 N° 2, pp. 101-112.
- ROSSEL, Mario, “Constitución y tratados de derechos humanos”, *Ius et Praxis*, 1997, vol. 2 N° 2, pp. 113-119.
- TÉLLEZ, Claudia, “Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 1998, vol. 9, pp. 179-190.
- VARGAS, Edmundo, *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

PONENCIA

PUEBLOS INDÍGENAS Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN: ¿RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL O MÁS CONTROL DE CONVENCIONALIDAD? EL CAMINO DIALÓGICO DEL CONSTITUCIONALISMO EN RED

Juan Jorge Faundes Peñafiel *

RESUMEN

Se ha desarrollado un conjunto robusto de estándares de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Tales obligaciones/estándares internacionales encuadrarán el debate constituyente, dados los efectos del artículo 135 transitorio de la Constitución. Nuestra mirada entiende que el nuevo estatuto constitucional de derechos de los pueblos indígenas, sin requerir una identidad con las fuentes internacionales, debe armonizarse con los estándares internacionales de derechos humanos de estos pueblos, a la luz de los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado, la jurisprudencia interamericana, dialogando con el derecho constitucional comparado, cuando enfrenta problemas similares y ofrece soluciones que fortalecen los estándares de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Llamamos a este enfoque "*Constitucionalismo en red*". Junto al presente análisis ofrecemos propuestas en esta materia para el desarrollo de una nueva Constitución.

PALABRAS CLAVE

Derechos de los Pueblos Indígenas; reconocimiento constitucional; obligaciones internacionales del Estado (Chile); Convención Constitucional; Constitucionalismo en red; Propuestas.

* Abogado. Licenciado en Cs. Jurídicas, Universidad Austral de Chile. Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina, Universidad ARCIS, Chile. Profesor Investigador, Universidad Autónoma de Chile, Temuco, Chile. Correo electrónico: juan.faundes@uautonoma.cl.

I.- INTRODUCCIÓN.

El Estado de Chile no ha reconocido a los pueblos indígenas en su Constitución a 30 años del retorno a la democracia y sus derechos solo se fueron incorporando por la vía de la ratificación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Desde esa perspectiva, el “control de convencionalidad” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) adquirió un rol central, más allá de sus luces y sombras en el debate doctrinario.

Tras la “crisis social” de octubre de 2019 y el proceso constituyente que desencadenó, se instaló la cuestión del reconocimiento de los pueblos indígenas como uno de los ejes del debate constituyente.

En este trabajo planteamos que, tras un proceso constituyente con plena participación indígena, sea la nueva Constitución la que reconozca a los pueblos indígenas y asegure sus derechos. Segundo, que el nuevo estatuto constitucional de derechos de los pueblos indígenas dialogue con los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas desde una perspectiva que llamamos “*Constitucionalismo en red*”.

II.- Antecedentes Históricos.

Los pueblos indígenas que habitan en Chile han mantenido siglos de lucha por su reconocimiento, especialmente activadas en las últimas tres décadas de gobiernos democráticos. Un evento histórico que da la partida a los eventos contemporáneos es el llamado “Acuerdo de Nueva Imperial”. En diciembre de 1989, en el marco de un multitudinario encuentro de representantes de los pueblos originarios que habitan todo el país, el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin Azocar acordó con los representantes de los pueblos indígenas: (i) “El reconocimiento constitucional de los Pueblos indígenas y de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales”; (ii) La creación de un organismo público que pase a velar por las cuestiones indígenas y un fondo de etnodesarrollo; (iii) La creación de una Comisión Especial para los Pueblos Indígenas, para estudiar el conjunto de propuestas que emanaron del Congreso (centrada en la pérdida histórica territorial indígena).

Ya electo Presidente de la República (1990-1994), Aylwin envió al parlamento diversos proyectos de Ley en cumplimiento del Pacto político indicado:

- Un proyecto de Reforma Constitucional de Reconocimiento de los Pueblos Indígenas;

- Un Proyecto de ley para la Nueva Ley Indígena (que incluía un fondo para la reparación territorial, uno de desarrollo y la creación de la “Corporación Nacional de Desarrollo Indígena” –CONADI–; ¹
- Agregó también el Proyecto de Aprobación del Convenio N°169 de la OIT de 1989.

Aquellas fueron las bases de toda la institucionalidad para los pueblos indígenas implementada hasta la actualidad: de sus aciertos, sus crisis, sus fracasos.

Paralelamente en 1989, vía plebiscito, se aprobó la reforma constitucional que introdujo mínimos constitucionales que buscaban hacer viable la transición democrática. Entre ellos, la adenda al artículo 5 inciso 2° que introdujo los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Más allá de los conocidos debates, no podemos negar su impacto en relación con los derechos de los pueblos indígenas que se recepcionan, precisamente, desde el Derecho Internacional.

Así, en 1993 hubo una Ley Indígena y una CONADI que implementó una política de reparación territorial (pero también fue la fuente de importantes frustraciones que activaron gran parte de las movilizaciones posteriores). Y, en 2008, se ratifica el Convenio N°169 de la OIT, principal instrumento internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas, que entra plenamente en vigencia el 16 de septiembre de 2009.

Paralelamente, en las postrimerías de la dictadura de Pinochet se promulgó y publicó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que incluía la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH.

De esta forma, el retorno a la democracia, bajo el imperio de la reforma del artículo 5 inciso 2° de la Constitución, más la incorporación plena de la CADH al ordenamiento jurídico nacional (incluida la aceptación de la competencia de la Corte IDH), permitieron la introducción progresiva de los derechos de los pueblos indígenas. Mientras, en paralelo y de forma progresiva, se iba conformando en el ámbito internacional un cuerpo jurídico cada vez más robusto de derechos para los pueblos indígenas.²

Luego en 2006, el Estado de Chile es condenado por la Corte IDH en el caso *Arellano Almonacid* y solo dos años después ratifica el Convenio N°169 de la OIT, el 16 de septiembre de 2008. Desde *Arellano Almonacid* (como es ampliamente sabido y no es objeto de este trabajo abundar en ello) cambia la impronta de la Corte IDH, bajo la

¹ Mensaje, Boletín 514-01, 15 de octubre de 1991.

² Véase: AGUILAR, Gonzálo, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, CECOCH, Librotecnia, Santiago, 2007.

doctrina del Control de Convencionalidad, con la cual robustece su pretensión de que la interpretación que la propia Corte hace de la CADH tiene carácter “auténtico”, vinculante.³ En consecuencia, que el acervo jurisprudencial –“estándares” bajo la idea de un *corpus iuris* de derechos humanos– que va desarrollando evolutivamente la Corte IDH, pasa a ser obligatorio para los estados parte del CADH (Chile, entre ellos). La jurisprudencia referida es muy importante porque incorpora un conjunto de nuevas categorías que van desde el derecho de propiedad inclusivo de la propiedad comunal y a los recursos naturales existentes en sus territorios, el derecho humano a la identidad cultural garante de la sobrevivencia colectiva de estos pueblos, los derechos de participación y consulta, a la personalidad jurídica y, más recientemente, al agua y al medio ambiente sano, entre otros interdependientes⁴. Luego, de la mayor o menor recepción interna de esa jurisprudencia se desprende cambios importantes en el marco jurídico interno de derechos de los pueblos indígenas.

Como decíamos, en 2008 se ratifica el Convenio N°169 de la OIT introduciendo, por una parte, de forma autónoma el conjunto de obligaciones que contempla dicho instrumento. Y, por otra, se ve reforzado bajo la doctrina del control de convencionalidad ya que este tratado integra el referido *corpus iuris* de derechos humanos en la visión de la Corte IDH. En síntesis, incumplir las obligaciones del Convenio pasa a significar: (i) no cumplir con obligaciones en el ámbito constitucional interno, en el grado y naturaleza que se establezca conforme la tesis que se adscriba respecto del artículo 5 inciso 2° de la Constitución; (ii) no cumplir con las obligaciones imperativas de la CADH bajo el marco del control de convencionalidad; (iii) responsabilidad internacional del Estado en el marco de la protección internacional de derechos humanos.

No obstante, todo lo descrito, se trata de un enfoque normativo en gran medida hermenéutico, en tanto requiere un esfuerzo de interpretación constitucional y, al mismo

³ Sobre “Control de convencionalidad, entre muchos: v. ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008; HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela (Coords.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Ediciones, Santiago, 2017.

⁴ FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, 2020 v.10, n.2 pp. 635-666; NASH, Claudio, “La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales”, Tesis doctoral, Universidad de Chile, Santiago, 2008, pp. 311-312.

tiempo, con predominancia de un carácter represivo, desde la perspectiva del control de convencionalidad.

En segundo lugar, la agenda política sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas iniciada en 1989 contenía la reforma constitucional de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como uno de los pilares de una institucionalidad democrática efectivamente intercultural. No obstante, dicha reforma, hasta la fecha, no se alcanzó, aunque, partiendo por el Mensaje de Patricio Aylwin en 1990, se presentó una larga lista de proyectos de reforma constitucional para los pueblos indígenas.⁵ Se trató de textos diversos que pusieron temas relevantes en debate político, tales como: la idea de “un país”, “una nación”, una “nación única” o un país “plurinacional”, del “derecho a la identidad cultural” y los derechos fundamentales vinculadas al reconocimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, las profundas diferencias ideológicas impidieron que prosperara la reforma constitucional, siendo un capítulo del actual proceso constituyente. Pero que, con todo, tales proyectos permitieron visualizar horizontes y visibilizar los déficits interculturales de la institucionalidad que se fue implementando.

En tercer término, especialmente después de 2009, tras la plena entrada en vigencia del Convenio N°169 de la OIT, se ha venido desarrollando una amplia jurisprudencia en las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema, con decisiones relevantes del Tribunal Constitucional y, de forma más reciente, en los Tribunales Ambientales. Más allá de las evaluaciones, vistas desde las respectivas visiones del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y sus derechos, dicha jurisprudencia, en ausencia de norma constitucional expresa referente al reconocimiento de los pueblos indígenas, se ha caracterizado, como decíamos: (i) por un alto carácter hermenéutico constitucional; (ii) por un importante grado de control de convencionalidad difuso y en alguna medida la introducción de estándares definidos por la Corte IDH (especialmente en materia de consulta), desde la perspectiva de la interpretación conforme; (iii) pero también por un alto grado de indeterminación jurisprudencial de los derechos, con frecuentes decisiones contradictorias y que dan cuenta de la falta de acuerdos sociales en aspectos basales vinculados a los derechos de los pueblos indígenas.

Frente a ello nos preguntamos ¿si el camino para el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos debe seguir siendo el control de convencionalidad (o la interpretación conforme en ese mismo marco)? Esta cuestión que, como decíamos, puede

⁵ V. Congreso Nacional, Boletín 5324-07 y 5522-07 refundidos. Así en los gobiernos de Aylwin en 1990, Lagos en 2002, Bachelet en 2008, 2014, entre otros.

plantearse con claridad desde 2009 en adelante, adquiere horizontes extraordinarios a partir de octubre de 2019, en particular, en el marco del proceso constituyente en desarrollo desencadenados por tales sucesos.

III.- Del “estallido social” al proceso constituyente.

El 18 de octubre de 2019 comenzó una vorágine de eventos que se fueron extendiendo a todo el país que, en su conjunto, se conocen como “el estallido social”. No abordamos aquí tal episodio, cuyas consecuencias se proyectan hasta hoy. Pero debemos destacar que esta movilización relevó dos aspectos de interés: (i) el uso masivo de la Bandera mapuche, como símbolo ampliamente compartido por personas indígenas y no indígenas;⁶ (ii) la demanda misma por una nueva Constitución (que en gran medida, fue la salida institucional a la crisis).

La reacción institucional frente a la crisis social, entre otros, comprendió, por una parte, un conjunto sucesivo de modificaciones legales en el ámbito social (que en 2020 se encadenaron con las medidas sociales que buscaron paliar la crisis económica asociada a la pandemia de Covid-19). Por otra, la convocatoria a un proceso constituyente mediante una “Convención Constitucional” para la redacción de una nueva Constitución. Un aspecto complejo y clave, fue el acuerdo en torno a las reglas mínimas de este proceso, especialmente, para la integración de la Convención. En particular, los puntos de conflicto radicaron en la paridad de género, la equidad de acceso para candidaturas independientes (distintas a los partidos políticos tradicionales) y escaños reservados para representantes de los pueblos indígenas.

La bandera mapuche se transformó en símbolo de la lucha social general (no solo la indígena). Con ello, se reforzó la cuestión de la identidad étnico cultural chilena, dando cuenta de una sociedad en crisis y también de muchos que asumían las raíces étnico-históricas de esta sociedad. De esta forma, *fundida* la cuestión identitaria cultural con la política constituyente, la demanda por reconocimiento de los pueblos indígenas pasó a ser medular en la redefinición constitucional del Estado y la sociedad.

⁶ PAIRICÁN, Fernando. “La bandera Mapuche y la batalla por los símbolos”. Columna de opinión, Ciperchile.cl, 4/11/2019, en línea: <https://www.ciperchile.cl/2019/11/04/la-bandera-mapuche-y-la-batalla-por-los-simbolos/> Consultada: 8 de mayo 2021.

IV.- Los escaños reservados para los pueblos indígenas.

Paralelamente al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos, se debía enfrentar la cuestión de la representación indígena en el proceso constituyente. En este sentido, en Chile habitan diez pueblos indígenas reconocidos en la Ley Indígena N° 19.253,⁷ pero esta fórmula legal no constituye un mecanismo de reconocimiento constitucional ni constituía una base a priori para asegurar la representación indígena en la Convención Constitucional.

En este contexto, después de masivas movilizaciones tras el “estallido social” y difíciles negociaciones políticas extendidas durante 2020, en plena pandemia, se acordó la Ley de Reforma Constitucional N° 21.298 (de 23/12/2020) que establece 17 escaños reservados para representantes de los 10 pueblos indígenas reconocidos que se incluirán dentro de los 155 Convencionales Constituyentes integrantes de la Convención Constitucional.⁸

V.- El proceso constituyente y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

El desafío que enfrentará la próxima Convención Constitucional en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas se puede abordar desde dos perspectivas: (i) del reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución, respondiendo a un mínimo de legitimidad democrática, asumiendo la inclusión como presupuesto de un nuevo orden constitucional en que la Constitución da cuenta de la realidad multicultural de la sociedad chilena; (ii) del reconocimiento de los pueblos indígenas como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile en materia de derechos humanos. Este último es el objeto de análisis en este trabajo.

Así, dado que la Convención Constitucional deberá respetar “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 135 trans. Constitución 1980), el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos ya tiene una fuente en el Derecho Internacional de los derechos humanos recepcionado en el ordenamiento jurídico constitucional interno.

⁷ Ley 19.253, Artículo 1, inciso 2°: “El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aymara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes”.

⁸ También ha sido reconocido el Pueblo Tribal Afrodescendiente Chileno (Ley 21.151, de 16/4/2019), pero fue excluido de representación reservada en la Constituyente.

Ahora bien, sabemos que será clave el nuevo abordaje constitucional del estatus de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y o del mecanismo constitucional de incorporación de las obligaciones internacionales en esta materia (actual artículo 5 inc. 2º). No obstante, buscando responder la pregunta inicial, haremos abstracción de esta cuestión, bajo la premisa de que sea el nuevo texto constitucional el que reconozca a los pueblos indígenas y sus derechos, tras un proceso constituyente con plena participación indígena.

Entonces, en la perspectiva planteada, el esfuerzo de la Convención Constitucional radicará en introducir una disposición de reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución, en dotar de contenido a dicho mecanismo de reconocimiento y, conforme el alcance del acuerdo constituyente que se pueda lograr, fijar un marco de principios de abordaje de la cuestión intercultural en general y un estatuto de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en particular. En su conjunto, la fórmula constitucional de reconocimiento, a su vez, deberá dialogar armónicamente con el Derecho Internacional de tal forma de dar cumplimiento a las obligaciones que en materia de derechos de los pueblos indígenas tiene el Estado. En este contexto, nos preguntamos: ¿Cuáles son los mínimos normativos hoy vigentes en el ámbito internacional que debieran encuadrar el debate constituyente?

VI.- Hacia una nueva Constitución de alcance intercultural que reconozca a los pueblos indígenas y sus derechos

En el ámbito internacional son dos los derechos basales reconocidos internacionalmente: (i) El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas; (ii) El derecho humano a la identidad cultural sustentado hermenéuticamente en diversas fuentes de Derecho Internacional, universales y regionales. A la luz de estos derechos, de las fuentes que reconocen derechos a los pueblos indígenas y del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH –ya referidos– se ha desarrollado un conjunto robusto de estándares de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, tales obligaciones/estándares internacionales encuadrarán el debate constituyente, dados los efectos del artículo 135 transitorio de la Constitución. Sin desconocer los debates generados por este artículo considerado una

“cláusula de límites”,⁹ la entendemos como el mínimo bajo el cual la Convención Constitucional debe dialogar con los instrumentos internacionales de derechos humanos, buscando establecer una regulación que, a lo menos, no contradiga las obligaciones internacionales vigentes, ni sea de menor intensidad que los estándares indicados.

Al efecto, nuestra mirada entiende que el nuevo estatuto constitucional de derechos de los pueblos indígenas, sin requerir una identidad con las fuentes internacionales, debe armonizarse con los estándares internacionales de derechos humanos de estos pueblos, a la luz de los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado, la jurisprudencia interamericana, dialogando con el derecho constitucional comparado, cuando enfrenta problemas similares y ofrece soluciones que fortalecen los estándares de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Llamamos a este enfoque “*Constitucionalismo en red*”.¹⁰

VII.- Contribuciones desde el *Constitucionalismo en red* para el reconocimiento de los pueblos indígenas

Desde una Constitución armónica con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, bajo una dinámica dialógica, como la del *Constitucionalismo en red*, se ofrecen alternativas al control de convencionalidad de la CADH por parte de la Corte IDH, frente al eventual incumplimiento del Estado de las obligaciones emanadas de la CADH. En especial si ella es “leída” bajo la mirada de la “interpretación auténtica” de la Corte IDH.

El *Constitucionalismo en red* se puede definir como el método mediante el cual múltiples actores judiciales, que están sujetos a diferentes ordenamientos jurídicos, pero enfrentan problemas normativos similares, se involucran en un ejercicio continuo de observación mutua, intercambio y diálogo, a través del cual avanzan en la construcción de entendimientos comunes sobre el contenido y alcance de determinados derechos fundamentales. Esta comprensión permite a los miembros de *la red* fortalecer progresivamente la protección de los derechos fundamentales en sus respectivos

⁹ CONTRERAS, Pablo (comp.), “Debate sobre los límites de la Convención Constitucional”, 2021, en línea: <https://www.pcontreras.net/blog/category/art-135>, consultada: 1 de junio de 2021.

¹⁰ FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos, “Constitucionalismo en red: un método hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de grupos vulnerables y comunidades locales frente a proyectos de inversión”, en CÁNDANO, M.; DÍAZ, R. (Eds.), *Igualdad y no discriminación: Protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2021.

ordenamientos jurídicos a través de una estrategia de argumentación común para la defensa de tales derechos.

En otras palabras, el *Constitucionalismo en red* consiste en un método argumentativo o hermenéutico constitucional de elevación del estándar de respeto a los derechos fundamentales que presenta como ventajas: (i) no desconoce la importancia de la jurisprudencia de Corte IDH como generadora de estándares de cumplimiento, ni de su rol de control y de monitoreo de las obligaciones de la CADH; (ii) pierden fuerza doctrinas “importadas” como la del “margen de apreciación nacional” que obedecen a otras fuentes y a otros principios de vinculación normativa, en especial propios del Sistema Europeo de Derechos Humanos, que se han planteado buscando limitar los alcances del control de convencionalidad y de evitar las consecuencias de la eventual responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de la CADH;¹¹ (iii) El *Constitucionalismo en red* hasta ahora pensado como un método hermenéutico judicial, bien puede desarrollarse como una herramienta constituyente para la definición del estatuto material de derechos para los pueblos indígenas (y respectivos estándares) que será establecido en la nueva Constitución.

VIII.- Propuestas para el texto de la nueva Constitución

La redacción de la nueva constitución será un campo de disputa y de articulación política que dará cuenta de los nudos o conflictos aún no resueltos como sociedad, tales como, el valor de la diversidad, la auto percepción social identitaria y cultural sobre la plurinacionalidad. Luego, eventualmente, podrá avanzarse en una agenda intercultural en la nueva Constitución. Al efecto, los derechos reconocidos internacionalmente a los pueblos indígenas configuran ciertos “estándares internacionales” que debieran ser recogidos en la nueva Constitución. En este contexto, proponemos algunos contenidos constitucionales que, en la perspectiva intercultural formulada, esperamos sean objeto de la próxima deliberación constituyente:

¹¹ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Navarra, 2010.

(1) *Una declaración del conjunto de valores interculturales compartidos como sociedad.*

- La definición del estatus étnico cultural de la sociedad chilena, reconociendo el valor democrático de la diversidad cultural y resolviendo la cuestión de la plurinacionalidad;
- Una nueva matriz constitucional que “desplaza” la matriz igualitaria tradicional, por una “matriz intercultural”;
- La igualdad como “pueblos” y sujetos constituyentes con la capacidad de delimitar los derechos fundamentales;
- El deber de aseguramiento de las condiciones de existencia (culturales, políticas, económicas y materiales: territoriales/recursos naturales) de todos los individuos y grupos.

(2) *Una declaración de cuáles son los pueblos indígenas y tribales que son parte de esta sociedad y su reconocimiento como pueblos o naciones originarias, bajo el estatuto de derechos que la misma Constitución defina.*

(3) *El derecho a la libre determinación y el derecho humano a la identidad cultural, como derechos basales de los restantes derechos de los pueblos indígenas.*

El derecho a la libre determinación es el fundamento internacional de los derechos que pueda recoger el próximo texto constitucional.¹² Ese derecho los instala como actores político-constituyentes en el Estado y frente a él. Desde este enfoque, los pueblos indígenas tienen una subjetividad enmarcada en los derechos que los instrumentos de derecho internacional le aseguran a los pueblos indígenas, conforme los cuales son sujetos de derechos colectivos exigibles a sus estados y corresponde a tales estados implementar los mecanismos que les permitan “desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica”.¹³

El derecho humano a la identidad cultural, por su parte, constituye un derecho matriz de los restantes derechos de los pueblos indígenas, interdependiente con ellos, que opera

¹² Contenido, entre otros, en el artículo 3 y 46 de la DNUDPI y en el Convenio N°169 de la OIT (preámbulo, artículo 1.3 y 7).

¹³ GÓMEZ, Magdalena, “Derecho indígena y constitucionalidad”, en CASTRO M. (comp.), *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Universidad de Chile - Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, Vol. II, p. 1037.

como un “*filtro hermenéutico*” que exige a los órganos del Estado adoptar sus decisiones asumiendo la dimensión cultural propia de los pueblos indígenas. En lo concreto este mandato exige la comprensión de los comportamientos a la luz de los significados y visión del mundo propio de la comunidad tradicional, desplazando la interpretación conforme la cultura dominante a la cual mayoritariamente pertenece el intérprete judicial.¹⁴

En este sentido el derecho humano a la identidad cultural ampara las manifestaciones culturales como “*formas de vida*” de los pueblos y sus culturas, cuya vulneración supone un riesgo a su sobrevivencia colectiva.¹⁵ Por tanto, debe ser resguardado por medio de medidas efectivas que el Estado deberá garantizar a los miembros de la Comunidad para que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas.¹⁶ Algunos derechos que integran este derecho son: el derecho a preservar y promover su identidad y patrimonio cultural, sus lenguas, su religión, prácticas ancestrales, vestimentas; el derecho a la protección de los espacios necesarios para el desarrollo de su cultura y religión, como cementerios, lugares ceremoniales, hitos geográficos o naturales de significación cultural, etc.

(4) *Los principios y mecanismos intercultural es que articulan una racionalidad ética axiológica intercultural desde la Constitución.*

Se trata de un conjunto de dispositivos articuladores de las potestades públicas y el marco de acción autónomo de los pueblos indígenas.¹⁷ Por ejemplo: la autonomía comunitaria, la complementariedad entre mujeres y hombres, la participación política inclusiva, la

¹⁴ FAUNDES, Juan Jorge. “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2019, Vol. 10, n° 2, pp. 635-666; MELLO, Patricia Perrone Campos; LACERDA, Clara, “El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil”, en FAUNDES, J. J.; RAMÍREZ, S. (Eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2020, p. 200.

¹⁵ FAUNDES Juan Jorge, RAMÍREZ Silvina (Eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2020.

¹⁶ Corte IDH, *Caso del Pueblo Xucuro vs. Brasil*, sentencia de 5 febrero de 2018. párr. 188.

¹⁷ ATTARD, María Elena. (2012). La última generación del constitucionalismo: el pluralismo descolonizador intercultural y sus alcances en el estado plurinacional de Bolivia. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, N° 2, V. 2, 133-162. FAUNDES, cit. (n. 14).

reciprocidad y el “vivir bien”, como presupuestos del desarrollo. Asimismo, el pluralismo jurídico en lo normativo intercultural, junto a mecanismos institucionalizados de resolución y diálogo intercultural.

(5) *Estándares mínimos en materia de protección internacional de los derechos humanos.*

El nuevo texto constitucional debe asegurar ciertos estándares mínimos en materia de protección internacional de los derechos humanos que implican una condición para el ejercicio del poder por parte del Estado y entre otros aspectos considera: (i) la prohibición de adoptar medidas de carácter regresivo respecto de los derechos ya reconocidos; (ii) la obligación de adoptar, participativamente, medidas efectivas de cumplimiento de los derechos reconocidos; (iii) la obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento en concreto; (iv) la interpretación de los derechos conforme el principio *pro persona*, como conductor hermenéutico en materia de derechos humanos. Asimismo, este marco, legitimado con la participación constituyente indígena en su definición, opera como límite para el ejercicio de los derechos indígenas en una dimensión intercultural.

(6) *Un catálogo de derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales.*

Este estatuto especial debiera considerar, a lo menos: el derecho a la autoidentificación, los derechos a la participación política y al consentimiento, libre previo e informado, el derecho a la consulta; el derecho al derecho consuetudinario y a las propias instituciones tradicionales; el derecho a la propiedad indígena, considerando los derechos asociados a los bienes comunes (recursos naturales), el derecho humano al agua y saneamiento, el derecho humano al medio ambiente.

Algunas categorías de derechos, en particular, de necesaria discusión para definir sus alcances y su potencial introducción al ordenamiento jurídico constitucional son:

i.- *Derecho a la participación y derechos políticos:*

- El reconocimiento en la constitución del propio estatus de Pueblo Indígena;
- El derecho a designar libremente a sus representantes, tanto comunitarios como en los órganos de gobierno: municipal, departamentales (regionales) o nacionales como en el Parlamento (escaños parlamentarios reservados);
- El derecho de que la elección de tales representantes o autoridades tradicionales se realice de conformidad con los mecanismos propios de cada pueblo;

- El derecho a que dichos representantes puedan, efectivamente y sin discriminación, interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de la administración de justicia, constituyente;
- El derecho a la autonomía, al control y la decisión local en los territorios indígenas o de mayor presencia indígena.

ii.- *Derechos territoriales o territorialidad indígena:*¹⁸

- Derecho a la tierra, territorios, al hábitat y sus recursos naturales (bienes comunes), un junto a la implementación de un modelo de desarrollo armónico con estos derechos (supone un derecho regulatorio sectorial minero, de aguas, eléctrico, energético también concordante);
- Derecho a la reparación y restitución de las tierras perdidas históricamente, considerado un marco interno de reparación que armonice los intereses y derechos de terceros de buena fe y mecanismos expeditos de transferencia de propiedad fiscal, en su caso;
- Derecho a la ampliación territorial en las tierras necesarias para su subsistencia y desarrollo, en el marco del mecanismo interno precedente;
- El reconocimiento y re comprensión de las formas de propiedad tradicional, en sus dimensiones colectivas y comunitarias, amparando los casos de propiedad indígena irregular o no registral, sin discriminación e incluso con preeminencia de la propiedad ancestral respecto de los sistemas de propiedad registral en los casos de usurpación histórica; y el derecho a la delimitación de sus territorios.
- El reconocimiento y protección de los territorios indígenas y de sus recursos naturales: implica el derecho a acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales y la preeminencia de la normativa de protección de los territorios indígenas sobre los estatutos jurídicos sectoriales (recursos minerales, hidrocarburos, concesiones forestales, generación de energía, mega infraestructura, etc.).

iii.- *Derecho propio y administración de justicia tradicional indígena:*

¹⁸ Entre otros, véase: Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012; Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148-150.

- El reconocimiento de su jurisdicción propia (incluida la penal), considerando sus instituciones, autoridades y procedimientos y mecanismos de articulación intercultural.

IX.- Reflexiones conclusivas

Podemos decir que frente al proceso constituyente chileno actual que ha logrado grados importantes de participación social, política e indígena, en paridad de género, el país tiene la oportunidad democrática inédita de debatir y acordar las bases normativas de la sociedad que “quiere a ser”, inclusiva de su configuración multicultural.

Ahora bien, se trata de un desafío mayor que exige replantear el Estado de Derecho monista, la forma limitada de la participación política y el modelo de desarrollo, imperantes e introducir un estatuto de derechos de los pueblos indígenas consistente que dialogue armónicamente con las obligaciones internacionales del estado de Chile en materia de derechos humanos y pueblos indígenas. Para ello, tanto se han planteado un conjunto de claves que debieran aportar al debate constituyente del diseño constitucional, como el método del *Constitucionalismo en red*, ofrecen un marco que puede contribuir a ampliar los horizontes de dicho debate.

Una nueva Constitución robusta en perspectiva intercultural debiera aportar al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas y, con ello, podemos pensar en un Estado responsable y garante, más que objeto de control de convencionalidad y sujeto de responsabilidad internacional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGUILAR, Gonzalo, *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, CECOCH, Librotecnia, Santiago, 2007.

ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

CONTRERAS, Pablo (comp.), “Debate sobre los límites de la Convención Constitucional”, 2021, en línea: <https://www.pcontreras.net/blog/category/art-135>, consultada: 1 de junio 2021.

FAUNDES, Juan Jorge. “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América

- Latina: la justificación”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2019, Vol. 10, n° 2, pp. 635-666.
- FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos, “Constitucionalismo *en red*: un método hermenéutico para la protección de los derechos fundamentales de grupos vulnerables y comunidades locales frente a proyectos de inversión”, en CÁNDANO M.; DÍAZ R. (Eds.), *Igualdad y no discriminación: Protección jurídica de minorías y grupos sujetos a vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2021.
- FAUNDES Juan Jorge, RAMÍREZ Silvina (Editores.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2020.
- GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Navarra, 2010.
- GÓMEZ, Magdalena, “Derecho indígena y constitucionalidad”, en CASTRO M. (comp.), *Actas XII Congreso internacional de derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio*, Universidad de Chile - Universidad de Tarapacá, Arica, 2000, Vol. II, pp. 1029-1050.
- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela (Coords.), *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, Ediciones, Santiago, 2017.
- MELLO, Patricia Perrone Campos; LACERDA, Clara, “El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo *en red* en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil”, en FAUNDES, Juan J.; RAMÍREZ, S. (Eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, Universidad Autónoma de Chile, Santiago, 2020.
- NASH, Claudio. “La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales”. Tesis doctoral. Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- PAIRICÁN, Fernando. “La bandera Mapuche y la batalla por los símbolos”. Columna de opinión, Ciperchile.cl, 4/11/2019, en línea: <https://www.ciperchile.cl/2019/11/04/la-bandera-mapuche-y-la-batalla-por-los-simbolos/> Consultada: 8 de mayo 2021.

PONENCIA

INFLUENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO. TEORÍAS ACERCA DE LA “INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL”. LA EXPERIENCIA ARGENTINA.

Claudia Gasol Varela *

RESUMEN

Progresivamente, se fue abriendo camino, al llamado “constitucionalismo del derecho internacional”, entendido sobre la base de que la naturaleza constitucional del orden internacional se refiere a ciertas normas fundamentales, sustantivas y estructurales que contienen y que conforman un marco legal superior para el ejercicio del poder público. Una nueva visión acerca de las interacciones entre las normas de fuente internacional y de fuente interna, superadora de las clásicas corrientes monistas y dualistas. El presente trabajo analizará la cuestión tomando como caso de estudio el sistema constitucional argentino y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación (CSJN).

PALABRAS CLAVE

Constitución, Constitución; Derechos humanos; Neoconstitucionalismo, experiencia argentina.

* Profesora UBA- UNLZ-UB, Argentina. Abogada. especialista en Derecho de Daños (U.B.). Magíster en Diplomacia y Relaciones Internacionales (Universidad Complutense y la Escuela Diplomática de Madrid). ex Becaria OEA. -AECID-UCM. -UPV-UNIBO. Miembro Consultor del CARI; Miembro AADI y AADC - Preparadora ISEN. Directora Proyectos de Investigación LomasCyT (2021-2019) Facultad de Derecho, UNLZ – DeCyT (2014-2016), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: cgasol_varela@derecho.uba.ar.

“[l]a (...) protección de los derechos humanos a la que se han comprometido los estados (...) no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente (...) sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia (...) y establecen parámetros (...) que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos (...)”.

Carlos Santiago NINO, “Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 24.

I.- INTRODUCCIÓN.¹

La interacción mutua entre los términos “Constitución” y “Derechos fundamentales”, hoy se inserta en un renovado marco de relaciones entre la persona humana y el Estado, y entre cada uno de estos con el derecho internacional. Los textos constitucionales de Portugal (1976) y España (1978) así como los desarrollos teóricos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Luis Pietro Sanchis y Luigi Ferrajoli se inscriben en esta tendencia neo-constitucional, superadora a nuestro entender, de los clásicos postulados que ocupaban a las escuelas monistas y dualistas a principios del siglo pasado.

En el marco de los debates actuales acerca de las fuentes del derecho internacional, resulta relevante determinar cómo los Estados aplican en sus órdenes jurídicos internos el consenso manifestado en el plano internacional bajo diversas modalidades.

Es nuestra intención abordar la presente temática, y se espera arrojar luz a los argumentos tradicionales acerca de la relación entre normas de fuente interna e internacional, tomando como caso de observación el sistema constitucional argentino, así como el rol de los tribunales en la tarea de interpretación de las normas. *A posteriori*, formularemos nuestras reflexiones a manera de conclusión.

¹ Aclaremos que, todas las referencias a páginas de Internet han sido verificadas en fecha 18 de mayo de 2021. La bibliografía utilizada es la citada en cada nota al pie y cuando nos referimos a “tratados”, el trabajo únicamente refiere a los que son “internacionales”.

II.- La recepción del Derecho Internacional en la República Argentina: Constitución Nacional y Jurisprudencia.

Analizaremos las dos problemáticas centrales que plantean las relaciones entre las normas de fuente internacional y las de creación interna: *incorporación* y la relación de *jerarquía* entre ellas.²

a) *Incorporación.*

Argentina es un Estado federal³ con un sistema representativo y republicano de gobierno⁴ y monista internacionalista frente al derecho internacional.⁵ Su orden jurídico – constitucional e infra-constitucional– contempla todas las fuentes del derecho internacional.⁶

En relación con la celebración de los tratados, la Constitución Nacional (CN) diseñó un proceso que se refleja en un “acto complejo federal (o ACF)”⁷ que requiere la participación

² GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina: “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, Buenos Aires, 2015, 1º edición, p. 277.

³ *Constitución Nacional Argentina* (1994), Artículos 1, 5, 121, 126 y 128. Normativa disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> [última consulta, 16/05/2021]. A nivel doctrinario, se recomienda consultar: DEL CASTILLO, Lillian, *El derecho internacional en la práctica argentina. Constitución -Territorio - Organismos*, Errepar, Buenos Aires, 2012, 1º ed., pp. 1-4.

⁴ *Constitución Nacional Argentina* (1994), artículos 1, 22 y 45.

⁵ *Constitución Nacional Argentina* (1994), artículos 27, 31, 75 inc. 22 y 24; artículo 99 inc. 11, artículo 118 y la Disposición Transitoria Primera.

⁶ A los preceptos citados corresponde agregar el artículo 18 de la *Constitución Nacional Argentina* (1994) que al regular las garantías del debido proceso refiere a ciertos “principios generales del derecho” reconocidos por las naciones civilizadas (PGD). Por otro lado, el *Código Civil y Comercial*, refiere, junto con la CN, los tratados de derechos humanos en los que Argentina sea parte– sin distinguir si gozan de jerarquía constitucional o supralegal conforme explicaremos más adelante– como normas a considerar para resolver casos en los cuales rige dicho Código, así como para interpretar las leyes, agregando en este caso, a los principios y valores jurídicos, cfr. arts. 1 y 2 del *Código Civil y Comercial de la Nación* (2014), normativa disponible en línea: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#2>.

⁷ Cfr. reiterada jurisprudencia del máximo Tribunal, a modo de ejemplo: i. *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich Gerardo y otro*, CSJN sentencia del 07/07/1992, considerando 17 del voto de la mayoría. Disponible en: <https://www.dipublico.org/3795/ekmekdjian-miguel-angel-c-sofovich-gerardo-y-otros-s-recurso-de-hecho/>, ii. *Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)*, CSJN, sentencia del 13/10/1994, considerandos 11 del voto de mayoría y 23 del voto del ministro Boggiano. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=359656&cache=1621202275061>, y iii. *Méndez Valles, Fernando c/ AM. Pescio SCA s. Ejecución de alquileres*, CSJN, sentencia del 26/12/1995, cons. 9 y 10 del voto de mayoría. Disponible en línea:

del Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, PEN)⁸ que es quién negocia internacionalmente el tratado, adopta su texto y lo autentica⁹ y luego el Poder Legislativo (en adelante, PL) lo aprueba o desecha¹⁰ para lo cual –en caso de expedirse de modo afirmativo– si bien la CN no indica la forma en que la aprobación debe manifestarse, el acto se materializa mediante una ley federal que puede o no, contener reservas y/o declaraciones interpretativas que –en caso de reflejarse en la ley– operarían como limitaciones bajo las cuales el Poder Legislativo autoriza al PEN a concluir la última etapa internacional de celebración del tratado, esto es, la “manifestación del consentimiento en obligarse (o MCO)”.

Vale destacar que la última reforma constitucional que tuvo lugar en 1994 reconoció distintos tratados internacionales, mediante un tratamiento diferenciado no solo en cuanto a su temática– concordatos, tratados de integración, tratados de derechos humanos, otros tratados– sino también en cuanto a su jerarquía –lo cual analizaremos posteriormente– y también en relación con la actuación del Congreso en el ACF. Ello por cuanto establece para los tratados de integración¹¹ –que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y respetando el orden democrático y los derechos humanos– que cuando son celebrados con Estados de Latinoamérica su aprobación será por ley sancionada por mayoría especial, mientras que cuando son celebrados con otros Estados, se precisará un doble acto legislativo: (i) con una mayoría especial de miembros presentes se requerirá que el Congreso se expida de la conveniencia de la aprobación del tratado y (ii) ciento veinte días después, será aprobado con una mayoría especial de la totalidad de miembros de cada cámara legislativa.

Por otro lado la reforma de 1994, también confirió al Congreso la atribución de denunciar los tratados de derechos humanos que hayan alcanzado la jerarquía constitucional

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=368985&cache=1621202690759>.

⁸ *Constitución Nacional Argentina (1994)*, conforme a su artículo 99 inc. 11, al indicar que “...Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”.

⁹ Conforme los artículos 7 a 10 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [CVDT]* (1969), disponible en línea: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm>.

¹⁰ *Constitución Nacional Argentina (1994)*, artículo 75 en sus incisos 22 y 24 (éste último, en relación con los tratados de integración celebrados con Estados de Latinoamérica y con otros Estados).

¹¹ *Constitución Nacional Argentina (1994)*, artículo 75 inc. 24.

“...podrán ser denunciados por el [PEN] previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara...”,¹² adoptando similar criterio con los tratados de integración pues reconoce que “... la denuncia de los tratados (...) exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara”.¹³

Corresponde en esta instancia realizar una serie de aclaraciones:

i.- El acto legislativo aprobatorio se presenta en todos los casos como una “autorización” dada por el Congreso al PEN para MCO lo cual el PEN podría –o no– llevar adelante, pues “...concluir negociaciones internacionales...”¹⁴ es una atribución de este último y el PL en nada puede interferir al respecto;¹⁵

ii.- La ley aprobatoria no debe confundirse con el acto de incorporación de un tratado al orden jurídico interno propio de los sistemas dualistas. En el caso argentino, el documento que el PL se encuentra aprobando en esta instancia, es un “tratado no concluido” o un “proyecto de futura norma” dado que, en ese momento, el PEN no ha MCO; y

iii.- Por la concepción monista que indicamos *supra*, un tratado internacional se incorpora al orden jurídico interno *per se*, cumplidas dos condiciones: (iii.a) Argentina debe haber MCO en sede internacional; y (iii.b) el tratado debe haber entrado en vigor internacional para Argentina.¹⁶

¹² Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 75 inc. 22, 2do. párrafo *in fine*. Sobre el tema de la jerarquía, nos ocuparemos en el próximo apartado.

¹³ *Ibídem*, artículo 75 inc. 24.

¹⁴ Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 99 inc. 11.

¹⁵ Cfr. *Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, CSJN, sentencia del 04/12/1995. En dichos autos, si bien la mayoría desestimó el recurso de queja, el ministro Boggiano votó en disidencia por entender que se estaba ante una cuestión federal. En su voto afirmó que considerando 7 (en especial, párrafo 2º) y como complemento de lo ya indicado en relación con la naturaleza compleja y federal del acto de celebración de un tratado, el considerando 8 de dicha disidencia, ratifica que la participación del Congreso es necesaria, pero señala que no es definitiva.

¹⁶ GONZÁLEZ NAPOLITANO, cit. (n. 2), pp. 279-280, y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos del Derecho Internacional Público*, La Ley, Buenos Aires, 2006, 1º edición, 3ª reimpresión, p. 75.

Por su parte, cabe concluir que en 1992 el PL ha sancionado la ley N° 24.080¹⁷ que ordena la publicación¹⁸ dentro de los quince días hábiles siguientes al acaecimiento de cualquier acto o hecho en relación con un tratado internacional del cual Argentina sea parte.

En relación con la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de normas cuya formación se debe a la costumbre internacional y los Principios Generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas (en adelante, PGD), cabe señalar que —por el mismo fundamento que indicamos con los tratados: la posición monista que Argentina adopta frente al derecho internacional— estas normas se incorporan automáticamente al orden interno cumplidas las mismas dos condiciones: i. que Argentina haya hecho conocer su voluntad de regirse por esa norma que, ii. en el plano internacional tenga vigencia efectiva.

La CN menciona las normas del derecho consuetudinario internacional al referir a los principios del derecho de gentes¹⁹ y a los principios generales del derecho internacional, al establecer la ratificación de la legítima e imprescriptible soberanía argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes por ser parte integrante del territorio nacional, indicando —como un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino— la recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y de conformidad con los principios de derecho internacional. Ello se entiende como reflejo de la inclusión de normas de la costumbre internacional tales como el principio de integridad territorial, la soberanía estatal y la solución pacífica de controversias internacionales, a modo de ejemplo.

¹⁷ Ley N° 24.080 (1992), establece la obligación de la publicación de actos y hechos relativos a tratados o convenciones internacionales, Normativa Argentina, disponible en línea: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/479/norma.htm>.

¹⁸ Si bien la ley cumple los fines de otorgar publicidad al tratado, pues, como indicamos *supra*, por la postura “monista” que el Estado adopta, el tratado se incorpora *per se* al ordenamiento jurídico argentino, la ley establece en su artículo 3° que cuando el tratado establezca obligaciones a las personas físicas o jurídicas distintas al Estado, será obligatorio a partir de su publicación en el Boletín Oficial, siguiendo lo preceptuado por el Código Civil y Comercial en su artículo 5°. Creemos al respecto que, como el Código permite que la norma cobre vigencia también “... desde el día que ellas determinen...”, en el caso de un tratado internacional y conforme a que, por regla, el tratado internacional comienza a ser obligatorio cumplidas las dos condiciones indicadas *a priori*, se debería analizar qué tipo de obligación establece a las personas humanas en especial, y de qué clase de tratado se trata, considerando que en el ámbito de los derechos humanos rigen criterios interpretativos especiales como el principio *pro homine*, que podría modificar en ese caso el inicio de la obligatoriedad del tratado en cuestión.

¹⁹ Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 118.

La Ley N° 48²⁰ actualmente vigente estableció, por un lado, que la competencia originaria de la CSJN conforme el artículo 117 de la CN en relación con “...*las causas concernientes a Embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la Legación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos...* [lo será]...*con arreglo a los principios del derecho de gentes...*” en el artículo 1 inc. 3. Por otro lado, determinó la jerarquía normativa que deben considerar los tribunales nacionales y los jueces al momento de dictar sus sentencias en donde alude a los tratados y a los principios del derecho de gentes, en su artículo 21.

La integración directa del derecho consuetudinario, así como de los PGD, también ha sido reafirmada por la jurisprudencia de la CSJN desde tiempo clásico hasta la actualidad.²¹ En cuanto a la doctrina, como medio auxiliar para la determinación de las normas del derecho internacional, siguiendo a Lilian del Castillo, “...*la Corte, a lo largo de su función interpretativa, hizo amplio uso de este medio...*”.²² Lo mismo podemos decir respecto a la jurisprudencia internacional, dado que la CSJN se vale de ella en innumerables ocasiones.²³

A mayor abundamiento la Constitución, al referirse a las normas de fuente internacional: tratados, derecho consuetudinario o PGD, lo hace, manteniendo su denominación originaria, lo cual es reflejo elocuente de un procedimiento de incorporación de corte

²⁰ Ley N° 48 (1863). Normativa Argentina, disponible en línea: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>.

²¹ Por ejemplo, en materia de inmunidad soberana y de los organismos internacionales, crímenes internacionales en relación estos últimos con principios generales de derecho como la “cosa juzgada”, y efectuando referencias tales como: “prácticas del mundo civilizado”, “principios elementales”, “principios universalmente aceptados”, e/o: i. Gómez, *Samuel c. Embajada Británica*, CSJN, sentencia del 24/06/1976, ii. *Cabrera, Washington J.E. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, CSJN, sentencia del 05/12/1983, tratándose estos de pronunciamientos donde la CSJN resolvió conforme a la norma de derecho consuetudinario que reconoce inmunidad a los Estados extranjeros y a los organismos internacionales. En la sentencia: “*Nadel, León y otro s. Contrabando*”, del 06/04/1993 la CSJN reconoció a la Costumbre Internacional y a los Principios Generales de Derecho como parte integrante del orden jurídico. Asimismo, y en pronunciamientos más recientes encontramos sentencias donde aludió a principios elementales de justicia y a normas de la costumbre internacional con grado de *ius cogens*: sentencia: *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, CSJN sentencia del 13/07/2007 y posteriores. Para profundizar, se recomienda consultar la obra de DEL CASTILLO, cit. (n. 3), pp. 4-9 y n. 8. La jurisprudencia está disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>

²² DEL CASTILLO, cit. (n. 3), p. 9.

²³ *Ingenieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial*, CSJN, sentencia de 09/05/2019. Allí la CSJN ha citado pronunciamientos de su par, interamericana. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>

monista. Ello se puede observar en los diferentes articulados de la CN que refieren a ellas.²⁴

b) Jerarquía.

Como indicamos previamente, la República Argentina transitó su último proceso constituyente derivado en 1994, instancia de suma importancia para el tema de nuestro análisis dado que le fue reconocida a ciertos tratados y declaraciones de derechos humanos la jerarquía constitucional²⁵ y permitió que –con posterioridad a ese acto constituyente– otros instrumentos de derechos humanos puedan alcanzar tal jerarquía por una ley del Congreso adoptada por mayoría especial.²⁶ Los demás tratados –es decir, los de integración²⁷ y otros tratados y concordatos²⁸– gozan de jerarquía supralegal, pero infra constitucional.

Vale completar aquí lo dicho antes, en relación con la identificación de diversos tratados, no solo en cuanto a su temática –de derechos humanos, de integración, concordatos y otros tratados– sino también en cuanto a su jerarquía –constitucional y supralegal– y en cuanto a la actuación del Congreso en el ACF, lo cual ya ha sido analizado en el apartado anterior.

Ello generó un gran cambio en el régimen constitucional de los tratados, puesto que, con anterioridad a la reforma constitucional, por imperio del artículo 31 –cuyo texto se mantuvo incólume²⁹– los tratados y las leyes poseían la misma jerarquía, dirimiéndose cualquier controversia por los principios de “*ley posterior deroga ley anterior*” o “*ley especial deroga ley general*”. El único límite constitucional que reconocían –y actualmente también– es el respeto por los principios de derecho público de la CN, emanado del

²⁴ Ver notas al pie 3, 4, 5, 6, 8, 12 a 14 y 19 donde citamos distintos artículos de la CN.

²⁵ Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 75, inc. 22, párr. 2º.

²⁶ Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 75 inc. 22, párr. 3º. Hoy en día son tres (se cita el año de adopción del texto en el plano internacional y la ley nacional por la que se le otorgó jerarquía constitucional): la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), por Ley N° 24.820, 1997 (Argentina), la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (1968), por Ley N° 25.778, 2003 (Argentina) y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), por Ley N° 27.044, 2014 (Argentina). Todas ellas disponibles en: <http://www.infoleg.gob.ar/>.

²⁷ Constitución Nacional Argentina (1994), artículo 75, inc. 24.

²⁸ *Ibidem*, artículo 75 inc. 22, párr. 1º.

²⁹ Dada la prohibición expresa de la Ley N° 24.309 (1993) de introducir reformas en la primera parte del texto constitucional argentino.

artículo 27 de la Carta Magna.³⁰ Gutiérrez Posse entiende que, si bien el texto constitucional argentino no refiere expresamente a la jerarquía de las normas de derecho consuetudinario internacional ni de los PGD, este límite también les es aplicable, dado que en el derecho internacional no existe jerarquía entre dichas fuentes y –añade la jurista– que dicho criterio se debe aplicar “...con más razón.” a los PGD, con lo cual, las normas de fuente internacional se encuentran en una jerarquía inferior a los principios de derecho público de la CN.³¹ Se puede afirmar que la doctrina de la CSJN sostiene que “...la necesaria aplicación [del artículo 27 de la CVDT]...impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria...”³²

En honor a la extensión que se ha requerido para el presente trabajo no podemos extendernos en demasía para explicar el régimen constitucional de los tratados previo a la reforma de 1994, pero si corresponde sintetizar la idea valiéndonos de las palabras de González Napolitano al señalar que “...hasta la entrada en vigor de la reforma...la [CN] ocupaba la cúspide de la pirámide jurídica en virtud de los artículos 27, 30 y 31 [Su] interpretación armónica...nos indicaba que por una parte los tratados debían respetar los principios de derecho público constitucionales y por la otra, al establecerse un procedimiento rígido para la reforma constitucional ...la [CN] no podría ser modificada por un tratado o por una ley... [añade la autora que] ante la falta de normas constitucionales que brindarían un orden jerárquico, la CSJN durante varias décadas había considerado a las leyes (o decretos leyes) y los tratados en igual rango...”³³ Esta doctrina del máximo tribunal

³⁰ Consultar la obra de VANOSI, Jorge Reinaldo; DALLA VIA, Ricardo A., *Régimen constitucional de los tratados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, 2ª edición, pp. 35-47.

³¹ GUTIÉRREZ POSSE, cit. (n. 16), p. 75.

³² *Ibíd.*, p. 21. DEL CASTILLO, cit. (n. 3), p. 21, refiere a una cita del asunto *Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, sentencia del 07/07/1993 en su considerando 3º, donde la CSJN reiteró su doctrina de un año anterior en *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otro*, CSJN, sentencia del 07/07/1992. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=4094>. Ello mismo ha sido ratificado en el voto del ministro Boggiano en el asunto: *Cafés la Virginia*, *ob. cit.*, considerando 25. En esta doctrina elaborada por la CSJN y mantenida en la actualidad, es que podemos sustentar, la relevancia de esta norma de fuente convencional y consuetudinaria internacional, en la doctrina de la Corte argentina.

³³ GONZÁLEZ NAPOLITANO, cit. (n. 2), p. 288. Allí la autora cita jurisprudencia clásica que refleja este criterio: *Martín y Cia. Ltd. c/ Administración General de Puertos s/ Repetición*, CSJN, sentencia del 06/11/1963 y *ESSO SA c/ Gobierno Nacional*, CSJN sentencia del 05/06/1968. Disponibles en: http://www.saij.gob.ar/jurisprudencia/FA63000012-SUA0074918-martin_nacion-federal-1963.htm y <https://www.dipublico.org/3793/esso-s-a-c-gobierno-nacional/>.

comenzó a cambiar unos años antes de la reforma constitucional y, en cierto modo, podemos decir que inspiró el nuevo orden jerárquico adoptado por la CN en 1994. Al efecto, en el año 1992 al emitir su sentencia en el ya mencionado asunto: *Ekmekdjian c. Sofovich*,³⁴ la CSJN entendió necesario reconocer primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno.³⁵

Luego de producida la reforma constitucional, la CSJN tuvo oportunidad de expedirse en el caso *Monges, Analía*,³⁶ donde analizó la jerarquía constitucional asignada a ciertos tratados de derechos humanos en el artículo 75 inc. 22, al tener que interpretar la resolución 2314/1995 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires en relación con ciertas normas de la CN que refieren al derecho a la educación y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es uno a los que la CN le otorga jerarquía constitucional. En dicha oportunidad señaló, en relación con la jerarquía constitucional de ciertos tratados de derechos humanos, que: “... los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir...”³⁷ Esta doctrina ha sido confirmada en pronunciamientos posteriores del máximo tribunal³⁸ y

³⁴ CSJN, 1992, *ob, cit.*

³⁵ Postura ratificada y complementada en su jurisprudencia posterior. *Fibraca, ob, cit, Cafés la Virginia, ob, cit*, donde destacamos en esta instancia el voto separado del ministro Boggiano que se refiere al papel del juez nacional interpretando una norma de fuente interna con un tratado, a los efectos de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado señalando como una “...pauta interpretativa “favor tractatus”: si existen varias interpretaciones posibles de una norma interna relacionada con un tratado internacional, debe elegirse aquella que deje a salvo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas...” (considerando 15), mientras que en los considerandos 21 y 22 de su voto el entonces ministro explica con gran elocuencia —y acudiendo a las palabras de Hamilton, Madison y Jay en el *federalista*— el cambio de doctrina de la CSJN y en el considerando 29 alude al principio de “efecto directo” del sistema comunitario europeo, diseñado por el Tribunal de la actual Unión Europea en el caso *Vand Gend en Loos* el 05/12/1963. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/> Para analizar mayor jurisprudencia, se recomienda consultar las siguientes obras: GONZÁLEZ NAPOLITANO, cit. (n. 2), p. 289 y DEL CASTILLO, cit. (n. 3), pp. 20-26.

³⁶ *Monges, Analía c. Universidad de Buenos Aires*, CSJN sentencia del 26/12/1996, considerandos 20 a 22. Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-monges-analia-uba-resol-2314-95-fa96000614-1996-12-26/123456789-416-0006-9ots-eupmocsollaf?>

³⁷ *Ibíd*, considerando 20.

³⁸ *Barsanti, Agustina c. Universidad de Buenos Aires*, CSJN sentencia del 30/06/1998. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>. Sobre ella, González Napolitano señala que ha recibido críticas en orden a destacar que “... el lenguaje de la [CN] es [jurídico y no informativo]... El texto del artículo 75 inc. 22 no está informando de cierta

mantiene vigencia, con lo cual, podemos sostener que la CSJN ha “eludido” sentar doctrina acerca de la posible declaración de inconstitucionalidad de estos tratados.

A modo de colofón de nuestro desarrollo respetando la apropiada extensión, vale destacar que la CSJN ha emitido tres sentencias³⁹ en orden al juzgamiento de los crímenes del derecho de gentes bajo sus normas, lo que obligó a una resignificación –para estos casos– de reglas ya consolidadas en el derecho interno: prescripción penal y cosa juzgada, a la luz de las exigencias del derecho internacional. En la sentencia en el caso “*Mazzeo*”, la CSJN recoge la necesidad de efectuar el control de convencionalidad requerido por la Corte Interamericana a los Estados en sus sentencias en asuntos: “*Almonacid Arellano*”, y “*Trabajadores cesanteados*”⁴⁰. Estas sentencias “marcan” a nuestro entender, el “giro neo-constitucional” adoptado por la Corte argentina.

Otros temas –vinculados a las relaciones entre normas de fuente internacional e interna– han ocupado la jurisprudencia de la CSJN que, por razones de extensión del presente no podemos tratar, pero que sí corresponde mencionar, para informar a quien consulte este texto: temas como la obligatoriedad de los actos de los órganos internacionales encargados de interpretar los tratados internacionales con jerarquía constitucional se han hecho presente en distintas sentencias,⁴¹ dando paso a un diálogo entre jurisdicciones lo

actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte... a cualquier... colisión con un tratado internacional... Garantizar esa vigencia si está en el ámbito del control de constitucionalidad...”. Cf, GONZÁLEZ NAPOLITANO, cit. (n. 2), p. 292. Como crítica a la ficción diseñada en Monges, frente a la cual estos tratados internacionales con jerarquía constitucional escapan al control de constitucionalidad. Para analizar mayor jurisprudencia, se recomienda consultar la siguiente obra: DEL CASTILLO, cit. (n. 3), pp. 27-42.

³⁹ Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otro *s/ Asociación ilícita*, CSJN, sentencia del 24/08/2004; Simón, Julio Héctor y otros *s/ Privación ilegítima de la Libertad*, CSJN sentencia del 14/06/2005 y Mazzeo, Julio Lilo y otros *s/ rec. De Casación e Inconstitucionalidad – Riveros*, CSJN sentencia del 13/07/2007. En el asunto, Videla, (CSJN, 31 de agosto de 2010), la CSJN remite a Mazzeo. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>.

⁴⁰ Corte IDH: Almonacid (26/9/2006), Trabajadores cesados del Congreso (24/11/2006), Gelman (24/02/2011). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Pronunciamientos como Gioldi, lo colocan de manifiesto. V. Gioldi Horacio David, y otro *s/ rec. de casación*, CSJN, sentencia del 07/04/1995, disponible en línea: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>.

⁴¹ Gioldi Horacio David, y otro *s/ rec. de casación*, CSJN, sentencia del 07/04/1995, Carranza Latrubesse, Gustavo *c/ Estado Nacional*, CSJN, sentencia del 06/08/2013), en donde entendió como obligatorios como pauta interpretativa las opiniones consultivas y las recomendaciones de la Corte y de la Comisión interamericana, respectivamente, no obstante en jurisprudencia más reciente, pareciera haberse producido un revés en esa doctrina: *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina'*, sentencia del 14 de febrero de 2017, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>.

cual permitió una aplicación uniforme de los criterios provenientes del sistema interamericano.

Concluimos con unas ideas de los magistrados Rossati y Maqueda que señalan que “... cuando se trata de delitos de lesa humanidad los Estados nacionales tienen el deber ineludible de evitar la impunidad... [que] no se agota con la atribución de responsabilidades penales... [y con cita en la Corte IDH, señalaron los jueces que] si bien el principio de seguridad jurídica busca coadyuvar al orden público y la paz (...) el derecho a un recurso judicial para obtener ... reparación por crímenes de lesa humanidad no va en desmedro de este principio, sino que lo fortalece...” al reconocer en un reciente pronunciamiento, la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de crímenes de lesa humanidad.⁴²

III.- Conclusiones.

Estamos en presencia de un fenómeno de internalización de organizaciones jurídicas supraestatales, a través del cual, es cada vez más fuerte la presencia de normas de fuente internacional en las estructuras constitucionales de los Estados.

A nivel del derecho internacional, la cuestión está centrada en determinar cómo responde ese orden jurídico a una nueva realidad dada por la ampliación de sus objetos de regulación en materias como la integración regional, y derechos humanos.

En los ordenamientos jurídicos internos, el desafío está centrado en determinar cómo receptan las constituciones de los Estados este “nuevo” derecho internacional, en constante ampliación y en donde la persona física está cada vez más involucrada. Ello sin vulnerar la soberanía y el respeto al orden jurídico interno; en especial, los principios de derecho público materializados en las normas de carácter constitucional. Argentina está inserta en este fenómeno de “internalización del derecho internacional” tal como lo refleja su CN y la jurisprudencia de la CSJN en relación con la relevancia que le otorgan al derecho internacional en todas sus fuentes y el especial tratamiento al derecho internacional de los derechos humanos.

Creemos importante resaltar los aspectos positivos del nuevo escenario en donde el derecho internacional puede actuar como un marco constitucional en la protección de los derechos humanos en el ámbito de los Estados. Actualmente, la división entre “lo interno”

⁴² *Ingegnieros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial*, CSJN, sentencia de 09/05/2019, voto en disidencia de los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, considerandos 13 y 7.

y “lo internacional” es difusa y hasta podríamos afirmar que cada vez es más irrelevante determinar con exactitud las relaciones entre unas y otras normas, pues todo orden jurídico interno guarda como fin tuitivo la defensa y promoción de valores básicos y fundamentales. Por último, el papel que desempeña el juez nacional es de suma relevancia y en tal sentido, el “diálogo entre jurisdicciones” nacionales e internacionales es clave.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

a) Doctrina

- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina: “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar, Buenos Aires, 2015, 1º edición, pp. 277-301.
- DEL CASTILLO, Lilian, *El derecho internacional en la práctica argentina. Constitución - Territorio - Organismos*, Errepar, Buenos Aires, 2012, 1º edición, 160 p.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Guía para el Conocimiento de los Elementos del Derecho Internacional Público*, La Ley, Buenos Aires, 2006, 1º edición, 3ª reimpresión, 362 p.
- VANOSI, Jorge Reinaldo; DALLA VIA, Ricardo A., *Régimen constitucional de los tratados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, 2º edición, pp. 35-47.

b) Normativa

- Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad* (1968), Aprobada en Argentina por Ley N° 25.778 de 2003, disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar>.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [CVDT]* (1969). Aprobada en Argentina por Ley N° 19.865, de 03/10/1972, ratificada el 05/12/1972. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm>.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* (1994). Aprobada en Argentina por Ley N° 24.820 de 1997, disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar>.
- Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006), Aprobada en Argentina por Ley N° 27.044 de 2014, disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>.
- Constitución Nacional Argentina* (1994). Normativa disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> [última consulta, 16/05/2021].

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014). Normativa disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#2> [última consulta, 16/05/2021].

Ley N° 48 (1863). Normativa Argentina, disponible en línea:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm> [última consulta, 16/05/2021].

Ley N° 24.080 (1992). Normativa Argentina, disponible en línea:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/479/norma.htm> [última consulta, 16/05/2021].

Ley N° 24.309 (1993). Normativa Argentina, disponible en línea:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/693/norma.htm> [última consulta, 16/05/2021].

PONENCIA

APORTACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL A LA DETERMINACIÓN DEL SENTIDO Y ALCANCE DE LA DIGNIDAD EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL

Hernán Gómez Yuri *

RESUMEN

Dada la importancia de la noción de dignidad en el debate constituyente actual, es posible identificar al menos tres fuentes que influyen en el reconocimiento constitucional de ella. En primer lugar, el acervo de la cultura jurídica interna de nuestro país, que dice relación con el uso del concepto en las normas, la jurisprudencia y la doctrina nacional. En segundo término, el derecho comparado, debido a la gran cantidad de cartas fundamentales que incorporan este valor en sus preámbulos o articulados. Finalmente, el influjo aportado por el derecho internacional, a nivel regional como mundial. El presente trabajo se dedicará a examinar esta última dimensión, con el objetivo de explicitar y condensar los aportes que puedan resultar pertinentes para el debate constitucional, donde parece plausible pronosticar que tendrá algún rol protagónico.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional, debate constitucional, Dignidad, determinación conceptual, influencia jurídica.

* Licenciado en Cs. Jurídicas, Universidad de Chile. Académico Adjunto, Universidad Católica Raúl Silva Henríquez, Santiago, Chile. Dirección postal: 8330061. Correo electrónico: hgomezuri@gmail.com.

INTRODUCCIÓN.

Las constituciones se hallan indisociablemente vinculadas a las condiciones que determinan su génesis. Son un mecanismo jurídico para encausar las dinámicas políticas,¹ y el producto de una decisión² adoptada en un momento constituyente,³ es decir, de un contexto social, económico y político particulares, en que se hace presente la necesidad de fijar, o de volver a discutir, las condiciones básicas de convivencia en sociedad. Estas consideraciones, a propósito del debate constitucional que se inicia en Chile, invitan a tener presente los reclamos y demandas que se manifestaron en las calles de nuestro país, y que abrieron la puerta al actual proceso constituyente.

En varias de estas demandas es posible identificar un lugar común, expresado en las consignas articuladas en torno a la noción de dignidad, que no sólo adquirió importancia toponímica al rebautizar la plaza que sirvió de epicentro a las protestas, sino que permitió dotar de un contenido moral fundamental a un conjunto de reclamos heterogéneos, que hicieron suya alguna dimensión de la dignidad.⁴

Ahora bien, el tratamiento de esta noción presenta una serie de dificultades, que se explican por su carácter polisémico y la carga de una larga tradición jurídica,⁵ moral⁶ y religiosa.⁷ Por esta razón, para abordarla adecuadamente en el contexto del debate constitucional, resulta necesario acotar el objeto de trabajo, especificando el enfoque que se utilizará.

En este orden de ideas, atendiendo exclusivamente al ámbito jurídico, es posible identificar al menos tres fuentes que influyen en el reconocimiento constitucional de la dignidad. En primer lugar, se halla el acervo de la cultura jurídica interna de nuestro país, que dice relación con el uso del concepto en las normas, la jurisprudencia y la doctrina nacional. En

¹ De ahí para André Hauriou el objeto del derecho constitucional sea “el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos”. HAURIU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1980, 2ª ed., p. 41.

² Que la constitución sea el producto de un determinado estado de cosas es una idea que aparece en diversas propuestas teóricas, sin embargo, resulta particularmente clara en las variantes *decisionistas*, como en el caso de Carl Schmitt, al decir que “la Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma”. Cit. en: CRACOGNA, Dante, “Acerca del Concepto de Constitución en Carl Schmitt y Hans Kelsen”, *Revista de Ciencias Sociales*, 1983, nº 23, pp. 171–172.

³ ACKERMAN, Bruce, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

⁴ LOBO, Juan Francisco, “Chile and a global revolution for dignity”, 2019, en línea: <https://www.openglobalrights.org/chile-and-a-global-revolution-for-dignity/>, consultada: 26 de julio de 2020.

⁵ WALDRON, Jeremy, “Dignity and Rank”, en: Dan-Cohen M. (ed.), *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford University Press, New York, 2012.

⁶ ROSEN, Michael, *Dignity*, Harvard University Press, Cambridge, 2012.

⁷ DAN-COHEN, Meir, “A Concept of Dignity”, *Israel Law Review*, 2011, Vol. 44, pp. 9-23.

segundo término, el derecho comparado, debido a la gran cantidad de cartas fundamentales que incorporan este valor en sus preámbulos o articulados. Finalmente, el influjo aportado por el derecho internacional, a nivel regional como mundial.

El presente trabajo se dedicará a examinar esta última dimensión, con el objetivo de explicitar y condensar los aportes que puedan resultar pertinentes para el debate constitucional, donde parece plausible pronosticar que tendrá algún rol protagónico. Para estos efectos, la presentación se organizará a partir de las conclusiones, es decir, por aquellos hallazgos relevantes para el objetivo propuesto, para luego referirse a las experiencias internacionales que los justifican.

I.- La dignidad posee un carácter abierto que facilita alcanzar acuerdos donde es difícil obtenerlos.

Aunque es posible identificar algunas aplicaciones del concepto en cuerpos normativos previos, su incorporación y proliferación tuvo lugar a partir de las postrimerías de la segunda guerra mundial, siguiendo a Habermas, con la fuerza adquirida por los derechos humanos a raíz de las humillaciones y violaciones a la dignidad humana cometidas por el nazi-fascismo.⁸ En adelante, la dignidad pasaría a constituir un lugar común en los instrumentos que consagran derechos, nacionales e internacionales, y desde este momento germinal, manifestaría su carácter abierto, facilitando la posibilidad de alcanzar acuerdos sobre bases morales y culturales divergentes.

Muestra de ello es su utilización en dos de las empresas jurídicas más ambiciosas emprendidas en el plano internacional, a saber, la fundación de las Naciones Unidas, en 1945, y el establecimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948. Si bien no resulta del todo clara la forma en que se acordó su incorporación en la primera, en cuyo preámbulo se afirma como un acto de fe,⁹ existe mayor documentación en cuanto a las discusiones que suscitó en la segunda.

Según el representante francés, René Cassin, el Comité debía evitar involucrarse en cualquier controversia en torno al origen de los derechos, lo cual explicaría la utilización de un lenguaje eminentemente práctico por oposición a declaraciones teóricas y

⁸ HABERMAS, Jürgen, "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights", *Metaphilosophy*, 2010, Vol. 41, nº 4, p. 466.

⁹ "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos (...) a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas". Carta de las Naciones Unidas, 1945, preámbulo.

metafísicas.¹⁰ En cualquier caso, era necesario hallar un anclaje para los derechos que se declaraban, y la dignidad parecía ofrecer algún grado de acuerdo. Así, por ejemplo, ante la propuesta del delegado sudafricano de remover la dignidad del artículo 1º,¹¹ Eleanor Roosevelt defendería su mantención señalando que ella no se refiere a ningún derecho específico, sino que responde a la pregunta de por qué los seres humanos tienen derechos en primer lugar.¹²

En este orden de ideas, Christopher McCrudden observa que la dignidad ofreció una base teórica para los derechos humanos en ausencia de otro consenso básico,¹³ recordando el relato de Jacques Maritain, acerca de la existencia de un acuerdo en una lista de derechos entre personas de pensamientos tan distintos, señalando que “estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué”.¹⁴

En términos más recientes, la capacidad de adaptación de la dignidad se manifiesta en su recepción en diversos instrumentos regionales, en distintas latitudes, sin agotarse en el mundo occidental. Como, por ejemplo, en la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, cuyo artículo 1º expresa, “todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana”, agregando a continuación, que “sólo la verdadera religión garantiza el desarrollo de esa dignidad por medio de la integridad humana”.¹⁵

Así las cosas, esta virtud, también la transforma en objeto de crítica por parte de aquellos que la conciben como un concepto vacío, un *placeholder*,¹⁶ e incluso, como una estupidez.¹⁷ Sea porque no agrega ningún significado a la discusión, o bien, porque dentro de ella cabe cualquier contenido posible. Si bien dichas críticas guardan cierto grado de razón, constituyen también exageraciones de las características del concepto.

¹⁰ HUGHES, Glenn, “The Concept of Dignity in the Universal Declaration of Human Rights”, *Journal of Religious Ethics*, 2011, vol. 39, nº 1, pp. 1-24

¹¹ “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, artículo 1.

¹² Véase: HUGHES, cit. (n. 10), p. 3.

¹³ MCCRUDDEN, Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, nº 4, p. 677.

¹⁴ Cit. en: CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. “En torno a la fundamentación de la dignidad personal”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2015, vol. 18, nº 1, 67.

¹⁵ *Declaración de los Derechos Humanos en el Islam*, 1990, artículo 1.

¹⁶ Véase: ETINSON, Adam, “What's So Special About Human Dignity?”, *Philosophy & Public Affairs*, 2020, vol. 48, nº 4, p. 355.

¹⁷ PINKER, Steven, “The stupidity of dignity: Conservative bioethics’ latest, most dangerous ploy”, *The New Republic*, 2008, vol. 238 nº 9, pp. 28–31.

Una posible réplica se halla en la observación de McCrudden, en el sentido de que las provisiones que incorporan la dignidad en los tratados internacionales exhiben un grado importante de consistencia, lo cual se opone a concebirla como un concepto carente de significado.¹⁸ Además, según argumenta Aharon Barak, el carácter abierto de la dignidad no implica necesariamente un problema: primero, porque el contexto jurídico de la discusión permite acotar el rango de respuestas posibles frente a la pregunta por su sentido y alcance, contrastando la tarea hermenéutica de un juez respecto de la del filósofo o el teólogo, y en segundo lugar, porque dicha característica no sería exclusiva de la dignidad, sino que se expresa en conceptos tan arraigados en el derecho, como lo son la libertad o la igualdad, y que sin embargo, no suscitan el mismo grado de crítica.¹⁹

II.- La dignidad puede ser recogida como valor o como derecho en los instrumentos jurídicos.

a.- Dignidad como valor

Generalmente al invocarse en los preámbulos de los instrumentos internacionales la dignidad es concebida como un valor que inspira los derechos consagrados en el articulado. En este sentido puede ser reconocida como una convicción de los redactores del documento, como en el caso de la *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery* de 1956, que recuerda la fe de los pueblos de las naciones unidas en la dignidad y el valor de la persona humana;²⁰ o bien, puede ser tratada como el valor del cual emanan los derechos que el respectivo instrumento reconoce, como, por ejemplo, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, al decir que “que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.²¹

¹⁸ “We find dignity used in the context of specific provisions dealing with slavery and forced labour, persons with disabilities, treatment of children, harassment, treatment of those incarcerated, freedom from torture, education, forced disappearances, violence against women, and biomedical research”. MCCRUDDEN, cit. (n. 12), p. 672.

¹⁹ BARAK, Aharon, *Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 11.

²⁰ “Mindful that the peoples of the United Nations reaffirmed in the Charter their faith in the dignity and worth of the human person”. *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery*, 1956, preámbulo.

²¹ La dignidad es mencionada dos veces en sus preámbulos: “considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

Siguiendo la segunda vía, el principio VII del *Helsinki Final Act*, afirma en su preámbulo que todos los derechos humanos y libertades individuales derivan de la dignidad inherente a la persona humana.²² En una lectura de este pasaje, en su artículo *Human dignity as a normative concept*, Oscar Schachter identifica cuatro consecuencias de que la dignidad sea concebida como fuente de los derechos humanos: primero, que ellos no provienen de autoridad alguna y en consecuencia no pueden ser arrebatados; en segundo lugar, que corresponden por igual a todas las personas; tercero, que abre la puerta a formulación nuevos derechos que, aunque no estén contemplados en la redacción, se hallarían implícitos en el valor de la dignidad humana, y finalmente, que permite acomodar la interpretación de los derechos existentes para aplicarlos a nuevas realidades.²³

En definitiva, la dignidad concebida como valor jurídico puede armonizar o explicar las características tradicionalmente asociadas a los derechos fundamentales. Por otra parte, puede servir como herramienta interpretativa de los derechos que se consagra y, por último, aunque se trate de una tesis especialmente discutible en nuestra tradición jurídica, permitiría justificar la posibilidad extraer derechos implícitos en los documentos jurídicos.

b.- Dignidad como derecho

En cuanto a derecho, es necesario distinguir la dignidad como elemento constitutivo de otros derechos, o bien, concebida como un derecho dotado de contenido propio. En el primer caso, puede referirse a ciertas libertades negativas, como es recogida en la *Convención Americana de Derechos Humanos*, de 1969, donde se asocia con la integridad personal de quienes se hallan privados de libertad,²⁴ la ejecución de la pena privativa de libertad acompañada de trabajo forzoso²⁵ y la protección de la honra.²⁶

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, preámbulo y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 preámbulo.

²² *Helsinki Final Act*, 1975, Principle VII. Respect for human rights and fundamental freedoms, including the freedom of thought, conscience, religion or belief.

²³ SCHACHTER, Oscar, "Human Dignity as a Normative Concept", *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, nº 4, p. 853.

²⁴ "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1969, artículo 5, nº 2.

²⁵ Como condición de la ejecución de la pena privativa de libertad acompañada del trabajo forzoso: "El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso". *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit. (n. 24), artículo 6, nº 2.

²⁶ "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit. (n. 24), artículo 11, nº 1.

Pero también se vincula con derechos sociales y económicos, en instrumentos internacionales como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en cuyo artículo 13 es invocada como el objetivo del derecho a la educación,²⁷ o la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, donde se asocia con la seguridad social y una remuneración adecuada por el trabajo, en los artículos 22²⁸ y 23²⁹ respectivamente. En este primer sentido, un vínculo que despertó gran interés académico fue el expresado en un voto concurrente de la Corte Interamericana, en un caso conocido como *Niños de la calle vs Guatemala* (1999), en el que se expresa, que “las necesidades de protección de los más débiles, requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna”, de modo que por medio de la dignidad, el derecho a la vida vincula tanto los derechos civiles y políticos como los económicos y sociales.³⁰

Como derecho, la dignidad expresa una serie de exigencias que, en un sentido mínimo, dicen relación con la prohibición de ciertos comportamientos y tratos que se consideran incompatibles con la dignidad humana, de suerte tal que el Estado se halla obligado a omitir, pero también, a prevenir que se comenten. Por otra parte, en un sentido más extenso, la dignidad exige también ciertas prestaciones que aseguren las condiciones de una vida adjetivada como digna. Asumir un concepto estrecho o amplio de la dignidad, requiere también responder a la pregunta de si será concebida como un derecho absoluto o relativo, cuestión sensible a las determinaciones históricas, políticas y sociales del sistema jurídico de que se trate.

III.- Existen dimensiones controversiales de la dignidad.

Según lo señalado, existen autores que consideran la dignidad como un valor superfluo, que nada agrega a la discusión jurídica. Desde este punto de vista, la dignidad puede ser

²⁷ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit. (n. 21), artículo 13, nº 1.

²⁸ “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, cit. (n. 11), artículo 22.

²⁹ “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, cit. (n. 11), artículo 23, nº 3.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 1999, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) Vs. *Guatemala*.

reconducida a una formulación intrincada y moralista de la autonomía y la libertad de cada individuo, de modo tal, que bien se podría prescindir de ella.

Si bien es cierto que existe una conexión estrecha entre dignidad y autonomía, que se expresa tanto en los antecedentes filosóficos como teológicos del concepto, es posible identificar instancias donde la dignidad no sólo se diferencia de la autonomía, sino que se halla en abierta oposición a esta, como ocurre en el famoso caso de Manuel Wackenheim, una persona con enanismo en Francia, que participaría de una competencia de “lanzamiento de enanos” en un bar local, a cambio de una suma de dinero.³¹

El alcalde de la localidad prohibió el evento en ejercicio de sus facultades de policía para mantener la seguridad y el orden público, por considerarlo una violación del respeto a la dignidad. Desde entonces, la controversia se situó en la cuestión de si el orden público podría abarcar o no un aspecto moral como la dignidad. La disputa llegó a la Corte Administrativa de Versalles y luego al Consejo de Estado, que finalmente, acogió la argumentación del alcalde, señalando que el orden público incluye, entre otras consideraciones, una determinada concepción del ser humano que las autoridades deben respetar.³²

Con todo, y para lo que resulta interesante a este respecto, el señor Wackenheim acudió a instancias internacionales, argumentando que era su dignidad la que se estaba viendo afectada, al no permitírsele ejercer un empleo a su elección. Sin embargo, su apelación fue rechazada en 1996 por la Comisión Europea de Derechos Humanos, y en 2002 por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.³³

Así las cosas, es necesario prestar atención a una concepción de la dignidad que se desmarca de la autonomía individual, y se manifiesta en el comportamiento desplegado por los sujetos, es decir, como un deber de comportarse dignamente, que no constituye un mero recuerdo literario a la obra filosófica de Friedrich Schiller, sino que adopta formas vinculantes en el derecho contemporáneo, sea a través de la jurisprudencia, como la reseñada, o en instrumentos internacionales, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en cuyo preámbulo señala que “si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Esta no es, por cierto, la instancia para discutir la pertinencia, cualidades y críticas que se pueden formular respecto de esta última concepción de la dignidad, sin embargo, para

³¹ Véase: ROSEN, cit. (n. 6), p. 63.

³² ROSEN, cit. (n. 6), pp. 64-65.

³³ ROSEN, cit. (n. 6), pp. 66-67.

determinar el sentido y alcance de este concepto en el contexto de la discusión constitucional que se avecina, una de las semblanzas ofrecidas por el derecho internacional es la consideración de que para bien o para mal, ella no se agota en un reforzamiento retórico de la libertad individual, y en consecuencia, que es necesario prestar atención a cada uno de sus posibles efectos jurídicos, para evitar resultados inesperados a causa de un tratamiento superficial, como un recurso meramente retórico durante las campañas y el debate del proceso constituyente.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

a) Doctrina

- ACKERMAN, Bruce, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- BARAK, Aharon, *Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. “En torno a la fundamentación de la dignidad personal”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2015, vol. 18, nº 1
- CRACOGNA, Dante, “Acerca del Concepto de Constitución en Carl Schmitt y Hans Kelsen”, *Revista de Ciencias Sociales*, 1983, nº 23.
- DAN-COHEN, Meir, “A Concept of Dignity”, *Israel Law Review*, 2011, vol. 44.
- ETINSON, Adam, “What's So Special About Human Dignity?”, *Philosophy & Public Affairs*, 2020, vol. 48, nº 4.
- HABERMAS, Jürgen, “The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights”, *Metaphilosophy*, 2010, vol. 41 nº 4.
- HAURIU, André, 1971 *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1980, 2º ed.
- HUGHES, Glenn, “The Concept of Dignity in the Universal Declaration of Human Rights”, *Journal of Religious Ethics*, 2011, vol. 39, nº 1.
- LOBO, Juan Francisco, “Chile and a global revolution for dignity”, 2019, en línea: <https://www.openglobalrights.org/chile-and-a-global-revolution-for-dignity/>, consultada: 26 de julio de 2020.
- MCCRUDDEN, Cristopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, nº 4.
- PINKER, Steven, “The stupidity of dignity: Conservative bioethics’ latest, most dangerous ploy”, *The New Republic*, 2008, vol. 238, nº 9.

ROSEN, Michael, *Dignity*, Harvard University Press, Cambridge, 2012.

SCHACHTER, Oscar, “Human Dignity as a Normative Concept”, *American Journal of International Law*, 1983, vol. 77, nº 4.

WALDRON, Jeremy, “Dignity and Rank”, en: Dan-Cohen M. (ed.), *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford University Press, New York, 2012.

b) Normativa

Carta de las Naciones Unidas, 1945.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, 1956.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969

Helsinki Final Act, 1975.

Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, 1990.

c) Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 1999, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala.

PONENCIA

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Juan Pablo González Jansana *

RESUMEN

El presente documento es un resumen de la presentación de los principales estándares internacionales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido en torno a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y que resultan de interés constitucional de cara al proceso constituyente que se vive en el país. Asimismo, y a partir de dichos estándares, se han identificado aspectos claves en este ámbito que debieran abordarse por la Convención Constitucional.

PALABRAS CLAVE

Constitución, proceso constituyente, derechos económicos, sociales y culturales, desigualdad, progresividad, exigibilidad, igualdad sustantiva.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales y abogado. LL.M. in International Legal Studies, American University Washington College of Law, Estados Unidos. Profesor Derecho Constitucional y del Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ambos en la Facultad de Derecho UDP y consultor independiente.

I.- INTRODUCCIÓN.

El estallido social de octubre de 2019 constituye un hito en la historia cercana del país, reflejando un quiebre mayúsculo del tejido social. La marcada desigualdad y la ausencia de condiciones de vida digna para todas las personas, entre muchos otros factores relevantes de analizar, pero ajenos al propósito de este documento, evidenciaron no solo falencias dentro del Estado, sino que fue la muestra más clara de la necesidad de redistribuir el poder y de dotarnos como sociedad de un nuevo relato político. En otras palabras, se requería de una nueva carta fundamental.

El estallido social estuvo antecedido en la última década de varias demandas sociales que presentaban peculiaridades relevantes de advertir desde una perspectiva de derechos humanos: tenían una marcada característica universalista, con foco en las barreras discriminatorias que impedían el ejercicio igualitario de los derechos humanos y donde lo demandado tenía directa relación con asegurar condiciones de vida digna. Ejemplo de esto último fueron las demandas estudiantiles por una educación gratuita y de calidad del año 2011, las permanentes marchas de organizaciones sociales exigiendo un acceso al agua, conflictos socio ambientales presentes a lo largo del país como el de Petorca, la exigencia de reformas al sistema previsional o la reforma al sistema de salud privado, entre otros.

Como puede observarse, todas estas demandas tienen en su base la exigencia que el Estado garantice íntegramente los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”). En ese sentido, la nueva propuesta de Constitución tendrá como prioridad una constitucionalización más robusta de estos derechos -a diferencia de la regulación constitucional actual- siendo necesario repasar las principales obligaciones que tiene el Estado en materia de DESC desde el derecho internacional de los derechos humanos.

Con tal objeto, el presente documento primero resume los principales fundamentos que, desde mi punto de vista, justifican que la nueva carta fundamental integre robustamente los DESC; en segundo lugar, revisaré los principales estándares internacionales existentes sobre estos derechos y que la Convención Constitucional deberá tener a la vista; y, finalmente, un breve análisis de algunas instituciones importantes de consagrar a nivel constitucional para garantizar los DESC.

II.- ¿Por qué la Constitución debe integrar los DESC?

Son de diversa naturaleza los antecedentes que justifican que la propuesta de texto constitucional integre robustamente los DESC. Desde un punto de vista normativo,

encontramos al menos dos. En primer lugar, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) el sujeto obligado internacionalmente es el Estado, como un todo. Consecuencia de lo anterior, es que la Convención Constitucional, al ser parte del Estado, está sujeta a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, acorde al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, especialmente en cuanto a DESC, al artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), ambos ratificados por el Estado de Chile y plenamente vigentes.

La misma Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH), en su artículo 22, plantea que:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, *la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”. (énfasis añadido)

De este modo, los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, constituyen un límite material al actuar de la Convención Constitucional. Esto es reafirmado, además, por el inciso final del artículo 135 de la Constitución Política de la República, según el cual la Convención Constitucional debe respetar los tratados internacionales vigentes y ratificados por el Estado de Chile.¹

En segundo lugar, porque se debe aprender la lección del actual texto constitucional, donde son diversos las falencias en materia de DESC. Por una parte, un limitado reconocimiento de estos derechos en el artículo 19, dejando fuera derechos fundamentales como el derecho a una vivienda digna, el derecho a la alimentación, al agua, entre otros. Asimismo, dentro de los que están presentes, su justiciabilidad es mínima a través del Recurso de Protección, quedando cubiertas por esta acción manifestaciones específicas como, por ejemplo, el derecho a optar entre un sistema público o privado de salud, la que constituye una faz de ejercicio del derecho que gira en torno a la libertad individual. Sumado a lo anterior, la Constitución actual gira en torno a

¹ Señala dicho inciso: “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

un concepto restringido de titularidad que es necesario complejizar en una nueva propuesta constitucional y que integre el carácter colectivo del ejercicio de los DESC. Sobre esto profundizaré más adelante en la presentación.

En tercer lugar, porque toda constitución tiene por fin distribuir el poder, lo cual no debe entenderse únicamente como una separación de poderes entre lo administrativo, lo legislativo y lo judicial, sino que las sociedades actuales están demandando mayor participación en los procesos de toma de decisiones, lo cual implica una distribución no solo interna del poder, sino que también externa, con canales más directos de integración a las demandas de los grupos intermedios de la sociedad. En dicho escenario, garantizar los DESC desde una perspectiva de derechos humanos, conlleva un ejercicio de distribución de poder, de manera tal que no solamente se configure en lo orgánico un Estado más apto para garantizar estos derechos, sino que también entregue poder a las personas para que puedan exigir tales derechos al Estado.

En cuarto lugar, porque la desigualdad está al centro de las nuevas demandas sociales y la Convención Constitucional tendrá que hacerse cargo constitucionalmente de ellas. Pese a expresarse popularmente que *nadie podría presagiar el estallido social*, ya el año 2017 el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), señala en su Informe *Desiguales*, que:

“La desigualdad sigue siendo *una pesada herencia de la cual Chile no parece poder desprenderse con facilidad*. La persistencia de enormes diferencias socioeconómicas, que se reflejan en espacios urbanos segregados, tratos discriminatorios y capacidades muy distintas de influencia y poder, son una mancha en un listado de logros de los cuales el país puede sentirse, con justa razón, orgulloso”.² (énfasis añadido)

III.- Estándares internacionales sobre DESC relevantes para el proceso constituyente chileno.

El DIDH ha desarrollado, tanto a nivel tratados internacionales como de pronunciamientos por parte de órganos de tratados, un conjunto de estándares normativos en el campo de los DESC, los que deben ser atendidos de cara al proceso constituyente.

² PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Desiguales: Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*, Naciones Unidas, Santiago, 2017, p. 17.

En primer lugar, un estándar esencial al respecto es el de *progresividad*. El artículo 2 del PIDESC señala expresamente que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis añadido).

Del mismo modo, el artículo 26 de la CADH establece que:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (énfasis añadido).

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, “Comité DESC”) ha interpretado la progresividad de manera tal que esta constituye:

“un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata.

Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”.³

Interpretada la progresividad desde el principio pro persona -que es propio del DIDH-, se debe rechazar de plano cualquier lectura en favor del Estado como sería, por ejemplo, que la mera ausencia de presupuesto público fuese argumento suficiente para abandonar el cumplimiento progresivo de estos derechos. Al respecto, cabe recordar que, según la reciente jurisprudencia de la Corte IDH, “del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato”.⁴ Estas últimas “consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”.⁵

Esta distinción entre el contenido mínimo de exigibilidad inmediata de los DESC y aquel que queda entregado a la progresividad puede resultar de alto interés para la Convención Constitucional considerando la regla del quorum de 2/3 existente para definir qué será parte o no de la denominada hoja en blanco. Sobre esto volveré más adelante.

Como contraposición a la progresividad, se debe tener en cuenta también *la obligación de no regresividad*. En palabras del Comité DESC, “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.⁶

También en materia de estándares, los derechos económicos, sociales y culturales responden a *cuatro características interrelacionadas y fundamentales*: accesibilidad, adaptabilidad, disponibilidad y aceptabilidad:⁷

³ Comité DESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, párr. 9.

⁴ Corte IDH, *Vinicio Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 104.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Tal como explica el Comité DESC, Observación General N° 13 (pie de página N° 2): “Este planteamiento corresponde al marco analítico general seguido a propósito de los derechos a una vivienda y una alimentación adecuadas y a la labor de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. En su Observación general 4, el Comité se refiere a varios factores que influyen en el derecho a una vivienda de esas características: la “disponibilidad”, la “asequibilidad”, la “accesibilidad” y la “adecuación cultural”. En su Observación general 12, el Comité se refiere a varios elementos del derecho a una alimentación adecuada como la “disponibilidad”, la “aceptabilidad” y la “accesibilidad”. En su informe preliminar a la Comisión de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre el derecho a la educación menciona “cuatro características fundamentales que deben tener las escuelas primarias: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad” (E/CN.4/1999/49, párr. 50)”.

- *Disponibilidad*: debe haber una institucionalidad y una infraestructura adecuada para la satisfacción de los DESC.
- *Accesibilidad*: entendida en diversas dimensiones, como al económica, material y de información.
- *Aceptabilidad*: la satisfacción de estos derechos por parte del Estado debe ser a través programas pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad.
- *Adaptabilidad*: contar con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación.⁸

IV.- Materias de relevancia constitucional desde la perspectiva DESC.

Existiendo claridad respecto del debate sobre la constitucionalización robusta de los DESC que se producirá en la Convención Constitucional, es necesario desarrollar, desde una perspectiva de derechos humanos, cuáles son las materias de relevancia constitucional a debatir en torno a estos derechos.

Si bien no existe una lista taxativa de estas materias, me interesa relevar, al menos, las que exponemos en las siguientes líneas.

1.- Bloque de constitucionalidad

La actual regulación constitucional es débil en lo que respecta a la integración del DIDH en el ordenamiento jurídico nacional. El inciso segundo del artículo 5 se limita a establecer que “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”. En este ámbito, se requiere que la propuesta de la Convención Constitucional integre un bloque más amplio, con un pronunciamiento expreso del reconocimiento del DIDH, su forma de integración al ordenamiento jurídico y la jerarquía al menos constitucional de los tratados internacionales.

Una debida integración es relevante para objeto de los DESC al menos por dos motivos. Primero, porque entonces tratados internacionales ratificados por el Estado, como es el PIDESC, encontrarían en el texto fundamental una puerta lo suficientemente ancha para

⁸ Ibidem, párr. 6.

ingresar y formar parte del ordenamiento jurídico, complementando sustantivamente, el eventual catálogo de DESC que contemple la propuesta constitucional. En segundo lugar, permitiría un control de convencionalidad más profundo por parte del Estado, lo que no solamente tendría un impacto positivo en las labores jurisdiccionales que ejercen, por ejemplo, los tribunales del país, sino que también otros órganos de la administración del Estado como son, por ejemplo, las superintendencias, las que cumplen un rol importante en materia de DESC.

2.- *Cláusula general de DESC*

Los estándares internacionales de derechos humanos en este ámbito son, como ya se analizó, diversos en su contenido y presentan una estructura compleja de articular si consideramos las características interrelacionadas revisadas. En tal sentido, la propuesta de una cláusula general nace justamente no como un estándar recogido en algún tratado internacional, ni producto de algún pronunciamiento específico de un órgano de tratado ni como norma de *soft law*, sino más bien como una *propuesta estratégica de técnica legislativa*, tendiente en reunir en una cláusula genérica las obligaciones generales del Estado de respetar y garantizar estos derechos, el deber de progresividad y su correlativa no regresividad y las características interrelacionadas.⁹ Esto permite dirigir el debate constitucional sobre el contenido específico de cada DESC respecto a sus particularidades especiales, las que deberán interpretarse de manera armónica con esta cláusula.

En ese contexto, la cláusula general operaría como un gran paraguas que contenga los elementos principales, que refuerce el rol de los DESC en el nuevo orden constitucional y que permita, en el articulado constitucional específico, hacer los énfasis particulares que correspondan a cada derecho.

3.- *Ejercicio de los DESC sin discriminación*

El principio de igualdad y no discriminación es de especial relevancia para el DIDH. Para la Corte IDH “existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin

⁹ En un trabajo al alero del Instituto de Ciencias Sociales y el Centro de Derechos Humanos, ambos de la UDP, presenté una propuesta de cláusula general, la que estará a disposición en www.plataformacontexto.cl.

discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”.¹⁰ Por lo mismo, este principio “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”.¹¹

A tal punto llega la relevancia de este principio, que la Corte IDH lo catalogó como parte de las normas imperativas del Derecho Internacional o *jus cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.¹²

En este contexto, no se debe olvidar la doble dimensión de la igualdad y no discriminación, en cuanto que no solo es relevante el reconocimiento de la igualdad formal, sino que también se requiere que las normas jurídicas atiendan a la igualdad material o sustantiva, esto es, una igualdad de trato que obliga al Estado a hacerse cargo de los obstáculos de distinta naturaleza que impiden el ejercicio igualitario de los derechos, especialmente para los grupos en situación de vulnerabilidad. Esta última dimensión tiene una especial significancia para los DESC, en cuanto a que la desigualdad estructural existente en el país genera condiciones inequitativas para su pleno e igualitario ejercicio, afectando principalmente las condiciones de vida digna que estos derechos resguardan.

En tal sentido, y a diferencia del texto constitucional vigente que se agota en el reconocimiento de la igualdad formal, la propuesta constitucional debe basarse en una igualdad sustantiva, de manera tal de habilitar constitucionalmente al Estado para que establezca, por ejemplo, medidas afirmativas en favor de determinados grupos vulnerados. El texto constitucional, en consecuencia, no debe ser neutral frente a la discriminación, sino que debe entregarle al Estado las herramientas necesarias para que pueda cumplir con sus

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2003, párr. 85.

¹¹ Ibidem, párr. 88.

¹² Ibidem, párr. 101.

obligaciones internacionales de garantizar los derechos humanos, entre ellos los DESC, cuando existan diferencias en el trato que impiden un ejercicio igualitario de los derechos.¹³ En una sociedad marcada por la desigualdad y donde las demandas en torno a los DESC giran en torno a las discriminaciones existentes para su pleno goce y ejercicio, el texto constitucional debe construirse fuertemente desde el principio de igualdad y no discriminación, especialmente en lo relativo a la igualdad sustantiva.¹⁴ Asimismo, esto no implica desatender otros valores fundamentales como es, por ejemplo, la libertad, sino más bien comprender que mediante una mirada integral de la igualdad, también el Estado se está encargando de establecer pisos igualitarios para, justamente, permitir el ejercicio de la libertad a todas las personas.

4.- Titularidad

La titularidad, es decir, el “estatus normativo o condición jurídica en virtud de la cual se constituye un sujeto de derecho que es beneficiado con la protección del derecho, igualdad o libertad que un ordenamiento jurídico reputa como derecho fundamental”¹⁵, es un aspecto relevante a determinar por los textos constitucionales, en razón que legitima a quien es reconocido como titular para exigir el cumplimiento del derecho reconocido. Con todo, aun cuando en virtud de la universalidad la titularidad recae sobre toda persona por el solo hecho de ser tal, la diversidad de formas de ejercicio que presentan los derechos humanos crea escenarios donde la titularidad es más compleja, principalmente en aquellos casos en que el ejercicio se expresa en formas colectivas.

No obstante, la actual regulación constitucional –artículo 19– se limita a reconocer la titularidad “a todas las personas”, sin profundizar en las formas individuales o colectivas. Este debate no es ajeno a los DESC. Estos derechos no solamente contienen una dimensión individual, sino que también colectiva, lo que queda demostrado por el artículo 1 del PIDESC al señalar que son los pueblos, en virtud de la autodeterminación, los que se

¹³ Nunca está de más enfatizar que por ejercicio igualitario se hace referencia a asegurar las condiciones necesarias para que toda persona, sin discriminación, pueda ejercer sus derechos humanos acorde a su propio plan de vida.

¹⁴ La actual Constitución adopta una concepción neutral de discriminación, al utilizar el término “discriminación arbitraria”, es decir, el reproche constitucional no es respecto de cualquier discriminación, sino que solo respecto de aquellas que resultan arbitrarias. No obstante, dicha concepción es errada desde el DIDH, toda vez que el concepto discriminación no es neutral, sino que integra la arbitrariedad al considerar la discriminación como toda distinción, preferencia o exclusión carente de sentido.

¹⁵ GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo; MARTÍNEZ, Victoria, *Diccionario Constitucional Chileno*, Editorial Hueders, Santiago, 2016, p. 957.

proveen “su desarrollo económico, social y cultural”. Justamente, este planteamiento de los “pueblos”, plantea la necesidad de que el mandato constitucional de titularidad reconozca a los pueblos indígenas, especialmente en cuanto al ejercicio por parte de estos de los DESC.

5.- Exigibilidad

Tal como señalara en un inicio, la falta de mecanismos de exigibilidad de los DESC ha sido uno de los puntos más criticados a la regulación constitucional actual. Con todo, el nuevo texto constitucional debe integrar mecanismos de justiciabilidad, entendida no solo como la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia ante la vulneración de un DESC, sino que también a mecanismos más amplios que solamente los de sede judicial, que permitan una exigibilidad de estos derechos ante otras sedes, como la administrativa.

Con todo, y en un sentido estricto de exigibilidad, el nuevo texto constitucional debe, al menos, integrar mecanismos jurisdiccionales, que permitan conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado frente a vulneraciones a los DESC. Además, esto permitirá una comprensión más amplia de la complejidad e interdependencia de los derechos humanos, alejándose de interpretaciones que, al limitar la justiciabilidad solamente frente a vulneraciones de solo unos derechos (civiles y políticos), no está mirando cómo esas vulneraciones impactan y vulneran los DESC. Bien lo sabemos a propósito del actual recurso de protección, donde se ha debido recurrir a vías indirectas de justiciabilidad de los DESC, en lo que se ha denominado la *propietarización* de los derechos.¹⁶

La misma Corte IDH ha planteado que “considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.¹⁷ Se debe observar que la Corte IDH señala precisamente que la exigibilidad es frente a las *autoridades que resulten competentes*, por lo que no lo agota únicamente en los tribunales de justicia.

¹⁶ V. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa”, *Estudios constitucionales*, 2012, Vol. 10, n° 2, pág. 617-642.

¹⁷ Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009, párr. 101.

Otro elemento a considerar por la Convención Constitucional es la diferenciación que hace la Corte IDH en cuanto a la exigibilidad inmediata del contenido mínimo. En el *Caso Vinicio Poblete Vilches y Otros*, este tribunal interamericano sentenció que:

“del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras [...], la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC, ello no debe interpretarse en el sentido que durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión[.] Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”.¹⁸

Esta distinción, dada la composición que tendrá la Convención Constitucional y la regla de 2/3 para la adopción que queda y que no en la nueva constitución, puede resultar especialmente atractiva. Con todo, obliga a un ejercicio difícil de objetivar para un texto constitucional: determinar qué elementos de cada DESC quedará sujeto a la adopción de las medidas de carácter inmediato.

6.- *Institucionalidad*

La obligación internacional de garantizar los derechos humanos, implica que los Estados deben adoptar una serie de medidas de diversa naturaleza, de manera tal que permitir a todas las personas, sin discriminación, el pleno ejercicio y goce de estos derechos. La Corte IDH ha señalado que:

“Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de *organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público*, de manera tal que

¹⁸ Corte IDH, *Vinicio Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, cit. (n. 4), párr. 104.

sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.¹⁹ (énfasis añadido)

En ese orden de ideas, parte de la discusión constitucional girará en torno a cuestiones orgánicas constitucionales relevantes, no solo porque configurarán el Estado en su forma jurídica y política, sino que porque también implica preguntarse cuál es la mejor forma a efectos de garantizar los derechos humanos, especialmente los DESC. En tal sentido, se debe pensar qué formas jurídicas y políticas resultan idóneas para la construcción de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. En materia de DESC este tema es relevante, toda vez que muchos de estos derechos se satisfacen mediante políticas públicas -acceso a la educación, salud, vivienda digna, alimentación, entre otros-. De este modo, la Constitución puede sentar las bases generales que inspiren políticas que promuevan los DESC con un carácter universal y que sitúe a las personas al centro de la preocupación del Estado, especialmente respecto de grupos en situación de vulnerabilidad.

V.- CONCLUSIÓN

Si bien hay diversos factores que explican el momento constituyente que estamos viviendo en el país, las deficiencias por parte del Estado para garantizar condiciones de vida digna, hacen necesario que la propuesta de texto constitucional que elabore la Convención Constitucional presente una arquitectura pública robusta en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

En tal sentido, y a partir de los estándares normativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el presente documento contempla los elementos principales a considerar por la propuesta constitucional en materia de DESC, como es el bloque de constitucionalidad, la exigibilidad de estos derechos, una institucionalidad pública adecuada, entre otros.

¹⁹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de junio de 1989, párr. 166.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo; MARTÍNEZ, Victoria, *Diccionario Constitucional Chileno*, Editorial Hueders, Santiago, 2016.
- LANGFORD, Malcolm (editor), *Teoría y Jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Universidad de los Andes - Siglo del Hombre Editores, Santiago, 2013.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa”, *Estudios constitucionales*, 2012, Vol. 10, n° 2, pp. 617-642.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Desiguales: Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile*, Naciones Unidas, Santiago, 2017.
- Comité DESC, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990.
- Comité DESC, en su Observación General N° 13, El derecho a la educación (artículo 13), 1999.
- Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.
- Corte IDH. *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009.
- Corte IDH, *Vinicio Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, sentencia de 8 de marzo de 2018.
- Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, *sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 2003.

PONENCIA

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE

Joaquín Schäfer Rodríguez *

RESUMEN

En este trabajo se analiza la pertenencia, vigencia y continuidad de la participación del Estado Chileno en los tribunales arbitrales internacionales, especialmente los relativos a materias económicas. Una nueva constitución puede innovar o modificar los mecanismos jurídicos y políticos para ratificar o derogar un tratado internacional. A nivel interno pueden existir cambios, pero es imprescindible tener a la vista que existe una responsabilidad internacional del Estado, respecto de los inversionistas extranjeros nacionales de los Estados con que Chile ha firmado los acuerdos. Ello no niega que esta sea una oportunidad para el país en atención a revisar las conveniencias y desafíos del arbitraje de inversiones, así como una posibilidad de renegociar las cláusulas o acuerdos que puedan parecer abusivos. Puede constituir una instancia para revisar la forma en que se incorpora las reglas del derecho internacional al ordenamiento interno. Con todo, esta situación no hace sino recordar los límites al poder soberano de un Estado, en especial, en atención al poder constituyente.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje internacional; inversión extranjera; obligaciones internacionales del Estado (Chile); convención constitucional; tratados internacionales en materia económica.

* Egresado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ayudante de derecho constitucional en la misma casa de estudios. Correo electrónico: joaquin.schafer.r@mail.pucv.cl.

I.

A partir de fines de la segunda mitad del siglo XX, Chile ha implementado una serie de reformas macroeconómicas,¹ las que han transformado de manera irreversible sus políticas comerciales y de inversión.² Asimismo, estos cambios han sido replicados en el ámbito jurídico.³ Vale señalar que estas transformaciones han sido de un claro contenido neoliberal.⁴

En Chile existía una legislación tradicional. Esta no reconocía la sumisión a jurisdicciones o legislaciones extranjeras; asimismo, esta miraba con suspicacia las inversiones internacionales, dados los riesgos jurídicos y diplomáticos que podrían traer aparejadas (Doctrinas Calvo⁵ y Drago⁶). Con el objeto de implementar estas reformas económicas en el ordenamiento chileno, fue necesaria una paulatina apertura del Estado, y su sistema económico, en orden a convertirse en un polo de inversión en la región.⁷

Las reformas al ordenamiento jurídico nacional fueron progresivas y graduales en el tiempo, a fin de adaptarse a estas transformaciones económicas. A nivel interno, algunos hitos fueron la promulgación del Decreto Ley N° 600 de 1974, también denominado ley sobre inversión extranjera, así como la promulgación del Decreto Ley N° 2.349 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público. Este fue el comienzo de la consagración en Chile de un sistema económico neoliberal, que propende

¹ HARVEY, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, pp. 7-9.

² HUNEUS, Carlos, *The Pinochet Regime*, Lynne Rienner Publishers, Londres, trad. ing., 2007, pp. 199-204 y 271-306.

³ BIGGS, Gonzalo, “La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional”, en: PICAND, E. (Coord.), *Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 351.

⁴ KLEIN, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Metropolitan Books Henry Holt and Company, Nueva York, 2007, pp. 7-11, 55-57, 59-66, 70-87 y 116-118.

⁵ Doctrina de carácter panamericana, establece que los extranjeros deben realizar sus reclamaciones jurídicas de acuerdo con la jurisdicción local, es decir, someterse a los tribunales nacionales y evitar recurrir a la protección e intervención diplomática, así como presiones del Estado del que son nacionales. Para más información, *vid.* TAMBURINI, Francesco, “Historia y destino de la ‘Doctrina Calvo’: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2002, N° 24, pp. 82-84.

⁶ Formulada en 1902, por el ministro de relaciones exteriores argentino, Luis María DRAGO (1859-1921). Esta rechaza la figura de la protección diplomática y niega el cobro por la fuerza de las deudas contraídas por los Estados. En este sentido, *vid.* TAMBURINI, Francesco, *cit.* (n. 5), pp. 85-88.

⁷ BIGGS, Gonzalo, *cit.* (n. 3), p. 353.

a la inversión privada, ora nacional, ora internacional; así como a la liberalización de la economía.⁸

Vale destacar que el Decreto Ley N° 600 de 1974 fue derogado en una de las últimas reformas tributarias (Ley N° 20.780), siendo su regulación sustituida por la Ley N° 20.848. Es menester destacar que este cuerpo normativo estableció un nuevo marco para la inversión extranjera directa en Chile, así como creó una nueva institucionalidad al respecto: la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera. Dicho texto normativo entro en vigor el 1 de enero de 2016, supliendo la derogación del anterior Decreto Ley.⁹

II.

Posteriormente, esta política fue complementada con la adopción de importantes tratados internacionales en materia económica y de inversión. Durante la década de 1990, Chile aprovechó los cambios en su política interna y apertura de su sistema económico, los que le permitieron una mayor interrelación con el mundo. En el plano multilateral, Chile suscribió y ratificó en 1991 el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, entrando en vigor el año siguiente. Este convenio crea el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), el que pertenece al Banco Mundial, tiene sede en Washington D.C., y tiene por objeto la promoción de la inversión extranjera, así como despolitizar las controversias jurídicas entre los países y las compañías foráneas (art. Primero, Convenio CIADI).¹⁰

En conjunto con lo anterior, el país ha desarrollado un intenso proceso de negociación y suscripción de acuerdos bilaterales sobre inversión, iniciando una importante etapa en su política de inserción en el concierto económico internacional.¹¹ En el plano bilateral, Chile

⁸ Vid. CARRILLO, Juan, “El neoliberalismo en Chile: entre la legalidad y la legitimidad. Entrevista a Tomás Moulián”, *Perfiles Latinoamericanos*, 2010, Vol. 18 N° 35, pp. 146-150. Asimismo, en este sentido cfr. LARRAÍN Felipe; VERGARA, Rodrigo (Eds.), *La transformación económica de Chile*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2001, pp. 5-21 y 69-108.

⁹ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO, 2016, *Gobierno presentó la nueva Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera InvestChile*. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/2016/05/24/gobierno-presento-la-nueva-agencia-de-promocion-de-la-inversion-extranjera-investchile.htm>

¹⁰ MAYORGA, Roberto, “CIADI. Un instrumento para Inversionistas Internacionales”, *Revista del Abogado*, 2004, N° 31.

¹¹ LOPEANDÍA, Felipe, *Informe Marco Jurídico Nacional e Internacional sobre Inversión Extranjera Directa en Chile*, CEPAL, Santiago, 2001, p. 17.

ha suscrito más de treinta Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI), con distintos países de los cinco continentes.¹²

Los APPI son tratados internacionales celebrados por dos Estados, en virtud de los cuales estos se obligan a asegurar a los inversionistas de la otra parte, y a sus inversionistas, un trato no discriminatorio de parte del ordenamiento jurídico del Estado receptor de dicha inversión. Adicionalmente, estos acuerdos contemplan el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y el Estado receptor,¹³ así, se suele establecer el sometimiento de las disputas a un panel arbitral internacional.¹⁴ De esta forma, se ha incorporado a la legislación nacional la figura del arbitraje internacional como método de agotamiento del componente jurídico en las controversias entre inversionistas extranjeros y el Estado.

Así las cosas, la verdadera sumisión de las controversias de relevancia jurídica entre el Estado y los inversores extranjeros no viene dada solo por el Convenio de Washington; lo anterior, puesto que el arbitraje internacional como solución a dichas controversias encuentra su origen en los acuerdos de inversiones suscritos y ratificados por Chile: los APPI y los acuerdos de libre comercio (ALC). En materia de tratados bilaterales, Chile ha implementado una política internacional activa, celebrando un significativo número de acuerdos con otros países, convirtiéndose en uno de los Estados latinoamericanos con mayor cantidad de APPI celebrados.¹⁵

¹² POLANCO, Rodrigo, “Chilean Trade and Investment Agreements with Southern Countries: From Bilateral Treaties to the Pacific Alliance”, *SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 2015/01*, 2015, pp. 14-20.

¹³ A modo ilustrativo, el Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Islandia para la Promoción y Protección Recíproca de la Inversiones, establece, en su artículo octavo, que las controversias entre un inversionista y una parte contratante podrán ser resuelta, a elección del inversionista por: a) el tribunal competente de la parte contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión, b) el arbitraje conforme al Convenio del CIADI, o c) el arbitraje conforme al Reglamento de la CNUDMI.

¹⁴ LOPEANDÍA, Felipe, cit. (n. 11), pp. 17-18. Asimismo, *vid.* MUJICA, Ignacio; RIVERA, Eugenio (Consults.), *Estudio sobre acuerdos comerciales internacionales y derechos humanos en Chile*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2018, pp. 9-10. En este mismo sentido, *vid.* MORALES, Joaquín, “APPIs y TLCs. Garantías para la Inversión Extranjera”, *Revista del Abogado*, 2004, N° 32.

¹⁵ CAMPUSANO, Raúl; BOLADO, Álvaro, “Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI”, *Revista Actualidad Jurídica*, 2015, N° 32, pp. 272-273.

III.

Una de las principales innovaciones en esta materia consiste en que ciertos conflictos han sido sustraídos de la jurisdicción exclusivamente nacional y, por tanto, estatal, y han sido entregados a la figura del arbitraje internacional. Así, este surge como el mecanismo de resolución de controversias en materias específicas: el comercio e inversión internacional.¹⁶

Se ha dicho que la incorporación del arbitraje internacional de inversiones ha sido el último paso para consagrar las reformas económicas inauguradas a fines del siglo pasado. La adopción de dicho mecanismo, según algunos, ha traído múltiples beneficios a la región latinoamericana; otros, en cambio, cuestionan dichas ventajas, y recuerdan los desafíos y dificultades que pudiera suscitar. Asimismo, algunos autores remarcan que el arbitraje internacional ha beneficiado en mayor medida a los inversores, que, a los Estados, en la región.¹⁷

Cierta doctrina ha reconocido como positivo el hecho de que este sistema ha permitido la despolitización de esta clase de conflictos.¹⁸ Con todo, algunos cuestionan esto, e indican que esta premisa es deficiente, puesto que los acuerdos internacionales de inversión solo permiten a las compañías y empresas demandar a los Estados ante los tribunales arbitrales internacionales.¹⁹ Si bien la neutralidad es siempre un valor a la hora de dirimir controversias, pareciera ser que el actual sistema se ha mostrado más ventajoso para unos que para otros.²⁰

IV.

Los tratados internacionales en materia de inversiones presentan más de un desafío. ¿Es posible que el arbitraje internacional limite, en cierta medida, la jurisdicción y soberanía nacional? Al poco andar, parece ser que dicha cuestión se responde de manera afirmativa. Lo anterior, dado que la firma y ratificación de estos acuerdos obliga a que ciertos

¹⁶ BIGGS, Gonzalo, “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales”, *Revista de la CEPAL*, 2003, N° 80, p. 102.

¹⁷ *Ibid.* En este mismo sentido *vid.* VÁSQUEZ, María, “Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad”, *Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez*, 2006, N° 8, pp. 9-15.

¹⁸ FERNÁNDEZ, José, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2009, Vol. 24, p. 23.

¹⁹ EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia, *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, Bruselas - Ámsterdam, 2012, p. 71.

²⁰ GARCÍA-BOLIVAR, Omar, “La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, N° 5, pp. 146-149.

conflictos deban ser resueltos por tribunales arbitrales internacional, esto sujeto a elección del inversor extranjero.²¹

A modo ilustrativo, el acuerdo suscrito entre Chile y España sigue esta lógica: toda controversia relativa a las inversiones, entre uno de los Estados contratantes y los inversionistas del otro Estado, deberá ser sometida a la jurisdicción nacional o al arbitraje internacional, a elección del inversionista. Si este último se decanta por el arbitraje, nuevamente podrá elegir entre recurrir al CIADI o a un tribunal arbitral *ad hoc*, de acuerdo con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNDUMI) (art. décimo, APPI Chile-España).

En otra línea, algunos autores han indicado que la incorporación del arbitraje de inversiones ha implicado una limitación a la soberanía nacional. Lo anterior, puesto que con la firma de APPI no solo se ha limitado la jurisdicción, en cuanto ciertos conflictos se sustraen de la justicia ordinaria, sino también ha afectado otras de las funciones del Estado. En este sentido, algunos Estados han visto reducidas sus facultades regulatorias,²² como, por ejemplo, para el establecimiento de multas o impuestos para ciertas actividades económicas. Lo anterior, dado que esto podría considerarse como una medida equivalente a la expropiación regulatoria a la luz de un APPI, asolando la amenaza de interponer una demanda internacional ante los tribunales arbitrales que indique dicho acuerdo.²³ Amén de esta situación, se ha dicho que el sistema de tribunales de inversiones ha restringido el derecho a legislar de los Estados.²⁴

²¹ Cabe remarcar la diferencia de que este es solo aplicable a los inversionistas extranjeros, puesto que los nacionales quedan excluidos de este estatus especial de protección de su capital invertido. En este sentido, vid. MONTT, Santiago, “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, *Revista Chilena de Derecho*, 2005, Vol. 32 N° 1, pp. 68-76.

²² El 30 de mayo de 2011 la República Federal de Alemania decidió abandonar completamente la energía nuclear. Frente a esta medida, la compañía de energía eléctrica Vattenfall, junto con presentar un recurso por inconstitucionalidad, solicitó iniciar un procedimiento de arbitraje en los Estados Unidos de América. Para más información, vid. DEUTSCHE WELLE, *Alemania: ¿Quién pagará el “apagón nuclear”?*, 2016. Disponible en: <https://www.dw.com/es/alemania-qui%C3%A9n-pagar%C3%A1-el-apag%C3%B3n-nuclear/a-19375576>.

²³ GARCÍA-BOLIVAR, Omar, cit. (n. 20), pp. 151-152.

²⁴ Vid. CINGOTTI, Natacha; EBERHARDT, Pia; GROTEFENDT, Nelly; OLIVET, Cecilia; SINCLAIR, Scott, *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*, Centro Canadiense de Políticas Alternativas, Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y el Transnational Institute, Ámsterdam-Bruselas-Berlín-Ottawa, 2016, pp. 10 y 37-38.

V.

Así las cosas, es imperativo tener en consideración que estas limitaciones no vienen dadas por el derecho nacional, sino que tienen por fuente los distintos tratados internacionales en materia económica, que han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional. Además, es menester recordar que el arbitraje internacional, en materia de inversiones, surge a partir del consentimiento prestado por los Estados parte en la suscripción de dichos tratados internacionales.²⁵ Algunos autores conceptualizan esta modalidad como un caso de consentimiento avanzado, donde se produce una disociación entre la emisión (oferta) y la recepción (aceptación) del consentimiento.²⁶ Otros, en cambio, afirman que este es un caso de arbitraje sin vínculo contractual.²⁷

Junto a lo anterior, se ha dicho que el arbitraje internacional de inversiones ha servido como instrumento contralor del respeto de los Estados por el acuerdo suscritos. Esto, dado que los Estados parte procuran cumplir y respetar las obligaciones internacionales adoptadas, a fin de no incurrir en acciones que susciten el inicio de un juicio arbitral.²⁸

Como se ha dicho, este arbitraje surge a partir de los tratados internacionales en materia económica, siendo la regla general los APPI. Con todo, estos no son los únicos instrumentos internacionales que incorporan el arbitraje internacional de inversiones. Lo anterior, dado que Chile ha ratificado más de una veintena de acuerdos comerciales con capítulos relativos a inversiones.²⁹ A modo ilustrativo, vale destacar el Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos. Dicho tratado dedica su capítulo 9 a las inversiones, estableciendo el sometimiento de las reclamaciones jurídicas del inversionista extranjero al arbitraje internacional, según las reglas del CIADI o de la CNDUMI (art. 9-21, ALC Chile-México).

²⁵ El tratado firmado con el Reino de Suecia señala: “[en] caso de que la controversia se remitiere a arbitraje internacional en virtud de las disposiciones de este Artículo, cada Parte Contratante por el presente consiente en someter dicha controversia al CIADI (...)” (art. séptimo, par. 3, APPI Chile-Suecia).

²⁶ PÉREZ, Yaritza, “Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana”, en: ODRIÓZOLA, Carlos (Coord.), *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F., 2015, p. 158.

²⁷ FERNÁNDEZ, José, cit. (n. 18), p. 20.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES, 2020, *Acuerdos Comerciales Vigentes*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales>.

VI.

A partir de lo anteriormente expuesto, queda de manifiesto que el arbitraje internacional de inversiones tiene por fuente los distintos acuerdos internacionales que el Estado de Chile ha suscrito y ratificado. Pese a que la doctrina nacional se ha enfrascado en cierta discusión en orden a dilucidar la naturaleza de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, lo cierto es que, en cuanto a la vigencia y trato de estos, no existe una equiparación de estos instrumentos a la ley, ni a ningún otro cuerpo normativo interno. Así, se dice que los tratados internacionales cuentan con un estatuto *sui generis* en la actual Constitución.³⁰

¿Puede una nueva constitución eliminar la participación de Chile en el sistema internacional de tribunales de inversión? Tradicionalmente se entendía que el poder constituyente originario no conoce de limitaciones; siguiendo a Sieyés, este es un poder soberano que no se encuentra vinculado a ninguna norma jurídica previa, pudiendo fijar de forma libre la idea de derecho que se considere adecuada en la constitución.³¹

Con todo, a partir de la evolución de la noción de poder constituyente en la época contemporánea, se ha reconocido que el derecho internacional puede imponer ciertos límites a este poder soberano del Estado. Así, se ha dicho que el poder constituyente originario de un Estado solo puede reformar las normas constitucionales internas, sin alterar las normas de derecho internacional ni las obligaciones internacionales que haya contraído el Estado. Respecto a esto último, vale destacar las normas de *ius cogens* y los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado.³²

VII.

En atención a lo anterior, en un futuro proceso constituyente,³³ el texto de una nueva constitución deberá respetar los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 135, i. IV, CPR). La anterior disposición constitucional ha suscitado cierta discusión, en cuanto a dilucidar qué interpretación debe dársele.

³⁰ ALDUNATE, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, 2010, N° 16, pp. 195-196.

³¹ NOGUEIRA, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Ius et Praxis*, 2009, N° 15, pp. 230-237.

³² *Ibid.*, pp. 251-254.

³³ ANSALDI, Octavio; PARDO, María, “What Constitution? On Chile’s constitutional awakening”, *Law and Critique*, 2020, N° 31, pp. 35-36.

En relación con la interpretación del texto constitucional, las reglas son distintas que de tratarse de un texto jurídico ordinario. Así, es necesario establecer el estándar admisible de una interpretación constitucional, el que viene dado por la plausibilidad; en otro orden de ideas, la interpretación del texto constitucional será admisible en cuanto cumpla un estándar de plausibilidad.³⁴ En esta tarea interpretativa es menester tener en consideración que la Constitución no es un texto jurídico corriente, sino que es preciso entenderlo como un texto político e histórico. En este mismo sentido, hay que considerar la evolución del proceso político en la hermenéutica constitucional, así como mantener una coherencia jurídica e histórica del mismo.³⁵

Una primera interpretación podría afirmar que la anterior limitación dice relación exclusivamente con los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos. Lo anterior, haciendo un símil con la disposición constitucional que establece que el límite al ejercicio de la soberanía viene dado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la propia Carta Fundamental y los tratados internacionales (art. 5º, II, CPR). Aunque esta interpretación puede ser considerada plausible, adolece de algunos defectos; lo anterior, toda vez que el intérprete realiza una distinción que omite el texto constitucional. Asimismo, es preciso reconsiderar la figura de las obligaciones internacionales válidamente contraídas por Chile.

Una segunda interpretación permite identificar que la limitación del artículo 135 no distingue entre los tratados internacionales vigentes. Al menos no en cuanto a si versan sobre derechos que emanan de la naturaleza humana o no. En este sentido, vale recordar que el Estado de Chile al suscribir y ratificar un tratado internacional no solo lo incorpora como fuente en su ordenamiento jurídico, sino que este contrae una obligación internacional. Esta obligación, en virtud del *ius tractatum*, vincula al Estado en su totalidad, incluyendo a sus distintos poderes, órganos y servicios.³⁶

Las cláusulas que incorporan el arbitraje internacional como mecanismo de agotamiento del componente jurídico entre inversionistas extranjeros y el Estado receptor, consagran una obligación internacional para el Estado receptor.³⁷

³⁴ ALDUNATE, Eduardo, “Reformulación de las reglas o elementos de interpretación para una práctica de la interpretación constitucional”, *Revista de Derecho Universidad de Piura*, 2002, N° 3, pp. 261-262.

³⁵ *Ibid.*, pp. 267-270 y 271-273.

³⁶ ALDUNATE, Eduardo, cit. (n. 30), pp. 194-195.

³⁷ MEREMINSKAYA, Elina, “La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos”, *Revista Internacional de Arbitraje*, 2009, N° 11, p. 44.

En este mismo sentido, el tratado internacional vincula a Chile, como sujeto de derecho internacional, con el resto de la comunidad internacional. No parece plausible afirmar que el Estado de Chile puede incumplir sus obligaciones internacionales, so pretexto de una interpretación del texto constitucional y las limitaciones que el mismo impone en un proceso constituyente. En este sentido, es ineludible la aplicación del artículo 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena, suscrita por Chile en 1969 y en vigencia desde 1981. Dicho artículo establece que un Estado parte no podrá invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional.

VIII.

La entrada o salida del sistema de arbitraje de inversiones no viene dada por la Constitución, ni por los preceptos internos, sino por las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Una nueva constitución puede innovar o modificar los mecanismos jurídicos y políticos para ratificar o derogar un tratado internacional. A nivel interno pueden existir un sinnúmero de cambios, pero es imprescindible tener a la vista que existe una responsabilidad internacional del Estado, respecto de los inversionistas extranjeros nacionales de los Estados con que Chile ha firmado los acuerdos. En esta materia, corre el viejo adagio: en derecho las cosas se deshacen como se hacen, por lo tanto, siguiendo las reglas del derecho internacional.

Ahora bien, lo anterior no niega que esta sea una oportunidad para el país en atención a revisar las conveniencias y desafíos del arbitraje de inversiones, así como una posibilidad de renegociar las cláusulas o acuerdos que puedan parecer abusivos.³⁸ Asimismo, puede constituir una instancia para revisar la forma en que se incorpora las reglas del derecho internacional al ordenamiento interno.³⁹ Con todo, esta situación no hace sino recordar los límites al poder soberano de un Estado, en especial, en atención al poder constituyente.⁴⁰

³⁸ PERRONE, Nicolás, “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?”, *Revista de Derecho Foro*, 2012, N° 17, p. 80. En este mismo sentido, vid. PERRONE, Nicolás, “¿Un espacio para pensar alternativas? La academia latinoamericana de derecho internacional económico frente al orden económico global”, *Revista de Derecho del Estado*, 2016, N° 36, pp. 216-221.

³⁹ MÜLLER, Karl, “Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2015, N° 44, pp. 525-527.

⁴⁰ ANSALDI, Octavio; PARDO, María, cit. (n. 33), pp. 35-36.

Dicho lo anterior, vale colegir que, si el Estado de Chile decide restarse del derecho internacional de las inversiones extranjeras, no basta ni es necesaria una reforma a la actual Constitución, así como tampoco la promulgación de una nueva Carta Fundamental. La participación de Chile en este sistema viene dada por las normas del derecho internacional público, en atención a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile en materia económica. Si la decisión fuera desmarcarse de este sistema, lo correcto sería realizarlo a través de la denuncia y el retiro de dichos instrumentos jurídicos internacionales. La permanencia de Chile en este sistema no podrá ser cuestionada en un futuro proceso constituyente.

IX.

Chile ha experimentado profundas transformaciones en materia económica los últimos cincuenta años. Estos cambios han sido replicados en el ámbito jurídico, tanto a nivel doméstico, como internacional. A partir de la década de 1990, el ordenamiento jurídico se ha visto nutrido por un importante número de tratados internacionales en materia económica. Estos incorporan el arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias en una especial materia: la inversión extranjera.

En un nuevo proceso constituyente, cabe preguntarse cuál es el destino del derecho internacional de las inversiones extranjeras. La respuesta viene dada por el mismo origen de este, así como del sistema de tribunales arbitrales de inversión: los tratados internacionales. A partir de las disposiciones constitucionales, se establece que una nueva Carta Fundamental deberá respetar los tratados internacionales vigentes, sin distinguir la materia respecto de la cual estos versen.

En conclusión, una nueva Constitución para Chile no podrá alterar, por sí misma, la participación del Estado en el sistema de tribunales arbitrales de inversión. A fin de no incurrir en una hipótesis de incumplimiento de una obligación internacional, si Chile decidiese retirarse de dicho sistema, el camino es la denuncia y el retiro de los tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

a) Doctrina

- ALDUNATE, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, 2010, Nº 16.
- ALDUNATE, Eduardo, “Reformulación de las reglas o elementos de interpretación para una práctica de la interpretación constitucional”, *Revista de Derecho Universidad de Piura*, 2002, Nº 3.
- ANSALDI, Octavio; PARDO, María, “What Constitution? On Chile’s constitutional awakening”, *Law and Critique*, 2020, Nº 31.
- BIGGS, Gonzalo, “La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional”, en: PICAND, E. (Coord.), *Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- BIGGS, Gonzalo, “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales”, *Revista de la CEPAL*, 2003, Nº 80.
- CAMPUSANO, Raúl; BOLADO, Álvaro, “Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI”, *Revista Actualidad Jurídica*, 2015, Nº 32.
- CARRILLO, Juan, “El neoliberalismo en Chile: entre la legalidad y la legitimidad. Entrevista a Tomás Moulián”, *Perfiles Latinoamericanos*, 2010, Vol. 18 Nº 35.
- CINGOTTI, Natacha; EBERHARDT, Pia; GROTEFENDT, Nelly; OLIVET, Cecilia; SINCLAIR, Scott, *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba. La nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*, Centro Canadiense de Políticas Alternativas, Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y el Transnational Institute, Ámsterdam/Bruselas/Berlín/Ottawa, 2016.
- EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia, *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, Bruselas/Ámsterdam, 2012.
- FERNÁNDEZ, José, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿Matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2009, Vol. 24.

- GARCÍA-BOLIVAR, Omar, “La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, Nº 5.
- HARVEY, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
- HUNEEUS, Carlos, *The Pinochet Regime*, Lynne Rienner Publishers, Londres, trad. ing., 2007.
- KLEIN, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Metropolitan Books Henry Holt and Company, Nueva York, 2007.
- LARRAÍN Felipe; VERGARA, Rodrigo (Eds.), *La transformación económica de Chile*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2001.
- LOPEANDÍA, Felipe, *Informe Marco Jurídico Nacional e Internacional sobre Inversión Extranjera Directa en Chile*, CEPAL, Santiago, 2001.
- MAYORGA, Roberto, “CIADI. Un instrumento para Inversionistas Internacionales”, *Revista del Abogado*, 2004, Nº 31.
- MEREMINSKAYA, Elina, “La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos”, *Revista Internacional de Arbitraje*, 2009, Nº 11.
- MONTT, Santiago, “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, *Revista Chilena de Derecho*, 2005, Vol. 32 Nº 1.
- MORALES, Joaquín, “APPIs y TLCs. Garantías para la Inversión Extranjera”, *Revista del Abogado*, 2004, Nº 32.
- MUJICA, Ignacio; RIVERA, Eugenio (Consults.), *Estudio sobre acuerdos comerciales internacionales y derechos humanos en Chile*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2018.
- MÜLLER, Karl, “Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2015, Nº 44.
- NOGUEIRA, Humberto, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Ius et Praxis*, 2009, Nº 15.
- PÉREZ, Yaritza, “Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana”, en: ODRIOZOLA, Carlos (Coord.), *Retos Actuales del Derecho Internacional Privado*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F., 2015.

PERRONE, Nicolás, “Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?”, *Revista de Derecho Foro*, 2012, Nº 17.

PERRONE, Nicolás, “¿Un espacio para pensar alternativas? La academia latinoamericana de derecho internacional económico frente al orden económico global”, *Revista de Derecho del Estado*, 2016, Nº 36.

POLANCO, Rodrigo, “Chilean Trade and Investment Agreements with Southern Countries: From Bilateral Treaties to the Pacific Alliance”, *SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series 2015/01*, 2015.

TAMBURINI, Francesco, “Historia y destino de la ‘Doctrina Calvo’: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2002, Nº 24.

VÁSQUEZ, María, “Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad”, *Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez*, 2006, Nº 8.

b) Legislación nacional

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Decreto Ley Nº 600, que establece el estatuto de la inversión extranjera, 1974.

Decreto Ley Nº 2.349, que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público, 1978.

Ley Nº 20.780, que establece reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, 2014.

Ley Nº 20.848, que establece marco para la inversión extranjera directa en Chile y crea la institucionalidad respectiva, 2015.

c) Tratados internacionales

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 1965.

Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones, 1991.

Convenio entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno del Reino de Suecia para la promoción y protección recíproca de las inversiones, 1993.

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos, 1998.

Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Islandia para la Promoción y Protección Recíproca de la Inversiones, 2003.

d) Otros

DEUTSCHE WELLE, *Alemania: ¿Quién pagará el “apagón nuclear” ?*, 2016. Disponible en: <https://www.dw.com/es/alemania-qui%C3%A9n-pagar%C3%A1-el-apag%C3%B3n-nuclear/a-19375576>

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO, 2016, *Gobierno presentó la nueva Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera InvestChile*. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/2016/05/24/gobierno-presento-la-nueva-agencia-de-promocion-de-la-inversion-extranjera-investchile.htm>

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES, 2020, *Acuerdos Comerciales Vigentes*. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales>

PONENCIA

ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y ASUNTOS ECONÓMICOS

Judith Schönsteiner *

RESUMEN

Esta contribución busca reflexionar sobre las cláusulas adecuadas para que, bajo la nueva Constitución que Chile elaborará, el Estado pueda cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de mejor forma. Para ello, analizo la incorporación e interpretación del derecho internacional sobre los derechos humanos, y reviso algunos aspectos de una Constitución con enfoque de derechos humanos, particularmente, en relación con la constitución económica.

PALABRAS CLAVE

Incorporación de tratados de derechos humanos; Constitución económica; Constitución con enfoque de derechos humanos; interpretación conforme a la Constitución.

* Profesora Asociada e investigadora del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Dirección: República 112. Correo electrónico: judith.schonsteiner@udp.cl.

Agradezco muy valiosos comentarios de Lidia Casas, Jaime Gajardo y Marcela Zúñiga y comentarios en los X Coloquios de Derecho Internacional. Una versión anterior de parte de este texto fue publicada en www.plataformacontexto.cl.

I.- INTRODUCCIÓN

La protección y garantía de los derechos sociales es una de las demandas más reiteradas en la antesala al proceso constituyente que Chile ha iniciado desde noviembre de 2019. Estas demandas ponen a la Convención Constituyente (CC) delante de algunos aspectos de índole técnico que – así quisiera proponer en esta ponencia – debieran ser resueltos desde un enfoque de derechos humanos. Quiero abordar dos aspectos: la incorporación e interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, y su relación con algunos aspectos de la constitución económica.

Ciertamente, la futura Constitución chilena podría – teóricamente hablando – optar por no reconocer o incluso violar a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales o en la costumbre internacional.¹ Sin embargo, como órgano del Estado, expondría a Chile al incumplimiento de obligaciones internacionales que conllevaría su responsabilidad internacional, cuestionando además gravemente su reputación en las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, con varios de sus mayores aliados políticos y económicos.² Aunque se realice el ajuste a través de la denuncia de ciertos tratados de derechos humanos y su posterior re-ratificación con reservas nuevas, una decisión de la Constituyente de hacer caso omiso a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos desconocería, – y eso tal vez es lo más importante en lo inmediato – el encargo que recibió de parte la mayoría de quienes demandaron una nueva Constitución. En breve, la CC contradiría su razón de ser.

Sin profundizar más en este aspecto, me abocaré, entonces, a analizar algunos aspectos técnicos de la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos, el alcance de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), y las variables del orden constitucional económico que podrían facilitar o interferir con la garantía de los derechos humanos siempre respondiendo la pregunta cómo se debieran diseñar estos elementos para lograr una efectiva garantía de los derechos humanos consagrados a nivel internacional y reconocidos por nuestro Estado.

¹ SALGADO, Constanza; LOVERA, Domingo; CONTRERAS, Pablo (2021), ¿Límites internacionales del poder constituyente? Análisis del caso chileno, borrador proporcionado a la autora.

² No me referiré aquí a la pregunta si una tal interpretación contravendría o no el Art. 135 transitorio de la actual Constitución. Me parecería que la lectura que le confiere contenido sustantivo al último inciso del Art. 135 transitorio es más convincente, aunque genere considerables problemas de implementación y lógica democrática.

II.- Obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos.

Los derechos humanos y ambientales están reconocidos en tratados internacionales que Chile ha ratificado y se encuentran vigentes, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Estos derechos necesitan tener un reflejo apropiado en la nueva Constitución; además, la nueva Constitución debe estar abierta a los derechos humanos y ambientales que el Estado de Chile quiera reconocer en el futuro. El artículo 2 CADH obliga al Estado de Chile a adecuar su normativa interna a las obligaciones internacionales: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que este artículo también abarca cambios constitucionales, si fuera necesario para respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención. Chile ha reconocido esta obligación al cumplir cabalmente con las decisiones de la Corte en los casos *Última Tentación de Cristo* y *Claude Reyes*, que requerían ambos cambios constitucionales para su cumplimiento. El proceso constituyente es una oportunidad sin precedentes para ello.

Si la CC quisiera optar por una Constitución que permita el cabal cumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile en materia de derechos humanos, buscaría un mecanismo de incorporación que reduzca en lo posible la discordancia entre el alcance y contenido del derecho internacional de los derechos humanos aplicable, y el alcance y contenido de los derechos definidos por la Constitución. Entonces, una serie de decisiones deben tomarse para efectos reducir las probabilidades de incumplimiento de estas obligaciones internacionales. Las explicitaremos en seguida.

La primera decisión corresponde a si la relación entre derecho internacional y derecho interno (constitucional) se regirá por un sistema monista o dualista, o sea, por una incorporación automática (monista) o una incorporación basada en un acto legislativo (dualista). Nuestra tradición nacional ha sido dualista en relación al derecho internacional convencional –y monista solamente en relación con las normas consuetudinarias internacionales–, no existiendo mayores cuestionamientos en la doctrina de ambos

supuestos.³ Seguiremos desarrollando el argumento sobre los tratados internacionales solo en base a la opción por un sistema dualista, y la incorporación de normas consuetudinarias incluyendo las normas de *ius cogens* en base a la tradición monista.

La Constitución actual (de 1980) ha contado con una cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a partir la reforma constitucional de 1989, del artículo 5º inciso 2º. Esta cláusula ha acercado la Constitución de manera considerable al derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, se mantienen varios los problemas no resueltos en relación con (i) la incorporación y (ii) la interpretación del derecho internacional de derechos humanos en el orden interno.⁴ Así, es controvertido o problemático aún:

- (i) la posición que ocupan los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno los tratados;
- (ii) su auto-ejecutabilidad, es decir la posibilidad de invocarlos directamente ante un tribunal chileno
- (iii) la posición que ocupan las normas de *ius cogens* en el derecho constitucional interno;
- (iv) la facultad y obligación de todos los órganos del Estado de aplicar, en el marco de sus competencias, el control de convencionalidad definido como obligación estatal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- (v) la incorporación de la jurisprudencia internacional y de las decisiones de los órganos de supervisión de tratados en la definición del alcance y contenido de los derechos humanos no están claramente definidos de parte del derecho constitucional (si bien lo están en el derecho internacional).

Todos esos problemas tienen un correlato directo en el respeto y la garantía de los derechos humanos.

³ VARGAS, Edmundo, *Derecho internacional público*, Legal Publishing, Santiago, 2007.

⁴ Véase, por ejemplo, NÚÑEZ, Constanza, “Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución”, *Ius et Praxis* 2018, N°24, p. 379.

2.1.- La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos

Revisaré someramente los problemas pendientes en materia de incorporación que la CC debiera resolver.

2.1.1.- Posición de los tratados en el sistema de derecho interno

La indeterminación del rango de los tratados produce efectos directos en la protección de los derechos fundamentales tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales de justicia, quienes, en su interpretación y aplicación, les reconocen distinto valor. Los principales problemas radican en dilucidar cómo se complementan los derechos contenidos en los tratados con los derechos constitucionales; cómo se integran los primeros en caso de que no exista un derecho constitucional explícito; y cómo se resuelve la potencial incompatibilidad entre un derecho fundamental y un derecho reconocido en un tratado internacional.

Por la importancia que tienen los derechos humanos, y por el rango constitucional que tienen los derechos fundamentales, solo parece lógico incorporarlos con rango constitucional, corrigiendo así una definición ampliamente debatida que había tomado el Tribunal Constitucional en 2009, al asignarle, a los tratados de derechos humanos, rango infra-constitucional y supra-legal.⁵ Cabe observar, en este contexto, que los tratados de derechos humanos también abarcan, en este contexto, los tratados de derechos laborales de la OIT y los tratados que reconocen derechos ambientales. Derechos de las personas jurídicas no se consideran derechos humanos en los tratados ratificados por Chile.

En Chile, la incorporación de los tratados depende de la aprobación del Congreso Nacional (art. 54 Constitución) y no se vislumbran propuestas de cambiar este mecanismo de manera fundamental en la nueva Constitución. Sin embargo, en muchas ocasiones, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos no se han considerado lo suficientemente detalladas para que los tribunales chilenos, en su idiosincrasia formalista e indiferente ante la jurisprudencia internacional que proveería estos detalles, las apliquen directamente. De allí, el Tribunal Constitucional creó una teoría de auto-ejecutabilidad que buscó legitimar la desconsideración de ciertas normas

⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 1288 de 2008. Crítico, entre otros, Nogueira, Nash, Núñez.

internacionales de derechos humanos.⁶ Este problema debe ser resuelto por la nueva Constitución.

Desde la práctica jurisprudencial constitucional, en tanto, la teoría del Tribunal Constitucional sobre la jerarquía infra-constitucional de los tratados de derechos humanos, hace que puedan subsistir normas constitucionales, aunque resulten contrarias a un compromiso del Estado en un tratado internacional de los derechos humanos. Mientras, en materias como las económicas (tratados de libre comercio, por ejemplo), la subordinación de las normas bajo las constitucionales se justifica porque son materias que, efectivamente, se regulan por leyes en el ordenamiento interno. Este no es el caso de las materias que se consideran de importancia constitucional; en este caso, los derechos de las personas naturales. Entonces, en un sistema coherente, los derechos consagrados en los tratados internacionales de los derechos humanos debieran estar incorporados con jerarquía constitucional.

2.1.2- La (no) auto-ejecutabilidad

La teoría de la (no) auto-ejecutabilidad de las normas proviene de un sistema monista donde el reconocimiento de las normas internacionales se da sin la necesidad de la incorporación de la norma internacional por el Congreso.⁷ Chile, sin embargo, es un sistema dualista puesto que la aprobación depende del Congreso, y la ratificación depende del Ejecutivo, ambas etapas necesarias para la incorporación de la normativa internacional a nivel interno. En este sentido, si una norma no fuera lo suficientemente detallada para ser recogida y aplicada por los tribunales del país, debieran crearse, en este momento de incorporación, las normas (usualmente reglamentos) correspondientes para permitir la plena aplicabilidad de la norma, tal como sería necesario para cualquier ley.

La otra opción, utilizada por varios países de la región, es recurrir a herramientas interpretativas en conformidad con la jurisprudencia internacional para definir los detalles de la aplicación en casos concretos. Mientras la cultura jurídica de un país debe

⁶ Críticamente, GALDÁMEZ, Liliana, “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca, roles Nos. 2387-12 y 2388-12CPT, acumulados”, *Estudios Constitucionales* Año 11 N° 1, 2013, pp. 621-632.

⁷ YÁÑEZ, Manuel, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables”, *Revista Derecho del Estado*, 2016, N° 37, pp. 229-254. Pero véase FUENTES, Ximena; PÉREZ, Diego, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 2018, N° 25 (2), pp. 119-156.

tomarse en cuenta en el momento de diseñar normas, la negativa de usar alguna de las rutas indicadas no puede ser justificación de incumplimiento para la protección de un derecho. Esto principalmente porque una norma interna – o su ausencia – no puede ser invocada posteriormente para justificar ante el derecho internacional el incumplimiento con una norma internacional, según la costumbre internacional codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

La nueva Constitución debiera entonces proveer mecanismos que sean consistentes con el sistema dualista y prescindir de la importación de teorías que no son coherentes con éste. Una cláusula de incorporación y de interpretación conforme resolverían el problema y podrían ser apoyadas por la adopción de reglamentos que, en conformidad con la jurisprudencia internacional, ayudarán a los órganos administrativos a implementar los estándares respectivos, y al poder ejecutivo, a formular políticas públicas con enfoque de derechos humanos.

Si un derecho humano está incorporado de la forma que propongo en el derecho constitucional doméstico, la auto-ejecutabilidad del tratado ya no constituye una pregunta relevante. Sin embargo, es importante que la nueva Constitución consagre, de manera eficaz, la justiciabilidad por lo menos de los aspectos más relevantes de los derechos humanos.

2.1.3.- Las normas de ius cogens y las normas consuetudinarias de derecho internacional de los derechos humanos

El silencio de la actual Constitución sobre normas tan cruciales como las normas de *ius cogens* – de máxima jerarquía en el derecho internacional, de tal forma que no puede persistir acuerdo alguno en contra de ellas – no refleja el compromiso diplomático que Chile ha tenido con estas normas desde el retorno a la democracia. Por lo tanto, sería útil reconocer estas normas en la nueva Constitución y definir cómo se relacionan con el derecho constitucional. Por su importancia – al prohibir crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada, pero también el genocidio y los crímenes de guerra y la agresión entre Estados – debieran reconocerse a nivel supraconstitucional, para asegurar que ninguna norma pueda contrariar estas prohibiciones. Ciertamente, este reconocimiento no suprimiría la necesidad de adoptar, a nivel legal y especialmente, en el derecho penal y procesal penal, las disposiciones respectivas que faciliten la aplicación de las normas de *ius cogens* en los tribunales penales internos.

2.2.- Interpretación del derecho internacional de los derechos humanos

2.2.1.- El control de convencionalidad

En el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad de las leyes y su aplicación, particularmente en el caso que el Congreso no derogue leyes contrarias a la CADH. La jurisprudencia sobre el control de convencionalidad no ha estado exenta de controversias;⁸ Chile, por su parte, aún no ha incorporado de manera consistente sus elementos no-controvertidos,⁹ y la nueva Constitución es una oportunidad para aquello.

Para ello, se requiere la definición de la facultad de los órganos del Estado de realizar este control, la determinación de la obligación de hacerlo, y la especificación de su alcance, especialmente, en relación con normas internas vigentes que estén contrarias a la CADH y en virtud de su artículo 2, debieran ser enmendadas. En este contexto, debe primar la protección de los derechos humanos, y al contradecirse la protección de los derechos de las personas naturales a nivel constitucional y a nivel internacional, debe aplicarse el principio *pro persona*, para así aplicar, siempre, el derecho en su forma más ampliamente definida. Esta misma lógica se encuentra en el artículo 29 CADH.¹⁰ Solo si la nueva Constitución reconociera derechos más amplios a personas naturales o grupos de personas naturales, primaría la Constitución.¹¹

⁸ HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES (eds), *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, DER Ediciones 2017.

⁹ HENRÍQUEZ, Miriam; NÚÑEZ José Ignacio, ‘Control de Convencionalidad en Chile. Un Soliloquio en “el laberinto de la Soledad”’, en: HENRÍQUEZ; MORALES, cit. (n. 8), p. 375. SCHÖNSTEINER, Judith; ZÚÑIGA, Marcela, ‘Compliance after ‘kind’ reminders’, en: GROTE, Rainer et al., *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing 2021, a publicarse.

¹⁰ El artículo estipula: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; 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; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

¹¹ Las personas jurídicas no son derechohabientes en el derecho internacional de los derechos humanos vigente para Chile.

2.2.2.- *La interpretación conforme*

Para la protección y garantía de los derechos humanos tal como son reconocidos por Chile a nivel internacional, es clave cómo éstos se interpreten. Para evitar incumplimiento del derecho internacional, varios Estados han optado por determinar el alcance y contenido de los derechos humanos en conformidad con la interpretación que se les da a nivel internacional. Así, está el famoso ejemplo de la Ley Básica Alemana, que ha sido aplicada en distintas oportunidades por la Corte Federal Constitucional, reconociendo en jurisprudencia reciente que, en ciertas situaciones, los tratados internacionales pueden ser “superados” por una ley interna si no hubiera posible armonización (*treaty override*), determinado en lo particular en una disputa tributaria. La misma Corte indica que esta excepción a la interpretación conforme podría no regir, sin embargo, para las obligaciones en materia de derechos humanos.¹² En Latinoamérica, Bolivia, Colombia, México y Perú tienen tales cláusulas de interpretación conforme, en Costa Rica, la Sala Constitucional la utiliza.

La actual Constitución no hace referencia a la interpretación del derecho internacional – tampoco la interpretación constitucional – y la tradición se focaliza en una interpretación formalista y originalista del derecho.¹³ Ello es claro contraste con las reglas de interpretación del derecho internacional público consagrados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en particular, las reglas y principios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos reconocidos, por ejemplo, en el artículo 29 CADH. Así, se ha creado, en la jurisprudencia, una brecha entre la garantía internacional que Chile ha asumido y la implementación a nivel interno.

La interpretación del derecho internacional de los derechos humanos utiliza como “medio auxiliar” la jurisprudencia de los órganos internacionales relevantes, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la interpretación autoritativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto es contrario a lo que la mayoría del Tribunal Constitucional actual considera la forma correcta de interpretar los tratados de derechos humanos; el TC los aplica según el art. 5º inciso 2º, pero sin las reglas

¹² Bundesverfassungsgericht (Alemania), decisión del 15 de diciembre de 2015 (2BvL 1/12), y el análisis por PETERS, Anne, New German Constitutional Court Decision on “Treaty Override”: Triepelianism Continued, disponible <https://www.ejiltalk.org/new-german-constitutional-court-decision-on-treaty-override-triopianism-continued-2/> revisado 21 de mayo de 2021.

¹³ SILVA, Luis, “La Dimensión Legal de la Interpretación Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, N° 41, p. 437.

de interpretación del derecho internacional, y por lo tanto, sin determinar el alcance y límite de un derecho según los estándares fijados a nivel internacional.¹⁴

Para paliar este problema, varios países han entonces reconocido la interpretación conforme con el derecho internacional o el derecho internacional de los derechos humanos en sus constituciones, reduciendo así las disonancias entre las lecturas internacionales y domésticas del derecho internacional de los derechos humanos. Esto permitiría también resolver eventuales conflictos de interpretación entre distintas normas internacionales. Poco serviría, en términos prácticos, si la interpretación por órganos internos resultara en una lectura inconsistente con la jurisprudencia constante de los órganos de tratados internacionales. Al mismo tiempo, la jurisdicción nacional podría ser el espacio donde las consecuencias de la fragmentación del derecho internacional, para las que el mismo derecho internacional aún no tuviera solución, podrían ser armonizadas.

III.- Una Constitución con enfoque de Derechos Humanos. Los DESCA y el Orden Económico.

Si bien la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos con su sistema de fuentes e interpretación, a través de una cláusula general, pareciera ser la más armónica de las distintas vías de cumplir los derechos humanos, la idiosincrasia jurídica nacional afín al formalismo excesivo pareciera indicar que los órganos estatales – incluyendo el poder judicial – tendrán menor dificultad en aplicar las normas sobre derechos humanos si éstas estuvieran reconocidas directa e explícitamente en la Constitución: una Constitución con enfoque de derechos humanos explícitamente diseñada que posteriormente, puede encontrar sus distintas “concreciones” en leyes, otra normativa y políticas públicas.

Esbozaré brevemente los pilares fundamentales que tendría una tal perspectiva.

3.1.- Incorporar la “lógica” de protección y garantía de los derechos humanos

El marco de los derechos humanos se constituye a partir de obligaciones del Estado y de derechos. Las obligaciones consisten en respetar, proteger y garantizar los derechos humanos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

¹⁴ SCHÖNSTEINER; ZÚÑIGA, cit. (n. 9).

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Art. 1 CADH). Este concepto de igualdad debe abarcar la discriminación indirecta, y, particularmente, las acciones afirmativas, para superar interpretaciones limitadas que han prevalecido en nuestro derecho interno hasta la fecha y que no están en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

Además, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que los derechos de algunos grupos particulares no serán protegidos cabalmente sin un reconocimiento específico de estos grupos. Así, es fundamental el reconocimiento de los pueblos indígenas, comprometido internacionalmente por el Estado de Chile tan luego como 2004, pero aún pendiente de implementación.

Las obligaciones mencionadas conllevan obligaciones de prevención, regulación, fiscalización y acceso a la justicia,¹⁵ facilitadas por la participación ciudadana y el acceso a la información pública. Los tres elementos recién nombrados también son derechos.

Los derechos son los consagrados explícita e implícitamente en los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado, y, además, el derecho a vivir en un medioambiente sano que nuestra Constitución actual reconoce. Los derechos humanos consagrados en tratados internacionales que Chile ha ratificado y que nuestro actual listado de derechos fundamentales no reconoce, son el derecho a la vivienda digna, el derecho al agua potable y saneamiento. De manera parcial solamente, reconoce el derecho a la educación, así como los derechos laborales colectivos. Adicionalmente, los órganos de tratados hacen hincapié en la relevancia del derecho de acceso a la justicia en relación con todos los derechos humanos, en particular, con su núcleo – el goce del derecho sin discriminación alguna y la garantía de algunos elementos básicos en relación con los DESCAs. No son justiciables hasta ahora, por ejemplo, el núcleo del derecho a la salud, a la educación ni a la seguridad social.

Por lo tanto, pareciera conveniente reconocer estos elementos en cláusulas generales, tal como lo hacen los mismos tratados de derechos humanos, transversalmente aplicables a todos los derechos humanos reconocidos en la nueva Constitución. Esto podría ocurrir a través de una cláusula de no-discriminación e igualdad sustantiva, una cláusula de obligaciones de los órganos del Estado, y una cláusula general de justiciabilidad. Los

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva “Derechos Humanos y Medioambiente”, OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, como reflejo de la jurisprudencia constante en la materia.

derechos, en cambio, serán reconocidos en cláusulas específicas que recogen la redacción de los tratados principales que Chile ha ratificado.

En términos de garantías de derechos humanos, podemos entonces especificar, junto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que lo hizo con ocasión de su informe sobre políticas públicas con enfoque de derechos humanos, seis principios para un enfoque de derechos humanos para las políticas públicas: el principio de igualdad y no-discriminación, la participación social, el acceso a la justicia, el “acceso a la información como garantía de transparencia y rendición de cuentas”, la “protección prioritaria de grupos en situación de discriminación histórica”, y la “inclusión de la perspectiva de género y diversidad”.¹⁶

Para lograr un cabal cumplimiento de los derechos humanos en el proceso legislativo y de políticas públicas, pareciera así conveniente reconocer estos principios en la misma Constitución, para ordenar las políticas públicas de toda índole hacia el marco de derechos humanos y así reducir las brechas o riesgos de implementación. En caso del proceso legislativo, podríamos también hablar de un control de convencionalidad de los proyectos de ley que podría realizar el mismo legislador o un órgano específico, dependiendo del modelo que adopte en este asunto la CC.

3.2.- Elementos de la constitución económica desde un enfoque de derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos, en particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es neutral en cuanto al modelo económico que se adopte en un país. Sin embargo, siempre exigirá que, sea cual sea el modelo económico, se garanticen los derechos respectivos sin discriminación y de manera progresiva hasta el máximo de los recursos disponibles.

De la misma manera, los tratados internacionales económicos tampoco exigen un solo modelo (económico o político) para cumplirlos: modelos tan distintos como el Estado social de bienestar alemán y el Estado neoliberal estadounidense se han asociado a través de los mismos tratados económicos. Por lo tanto, parece perfectamente posible buscar un orden constitucional económico, que permita el cabal cumplimiento con los DESCA para Chile, aunque debe ser revisado si ciertas disposiciones legales sobre tributación adoptados posteriormente podrían afectar proyectos de inversión ya en curso.

¹⁶ CIDH, *Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*, 2018.

Para lograr la garantía de los derechos humanos, es imprescindible definir el rol del Estado en materia económica como garante de derechos, regulador y fiscalizador, y no como proveedor de un bien de consumo con posición de competidor desventajado, como ocurre hoy. El Estado también será responsable de la re-distribución de la riqueza mediante un sistema de impuestos y gastos públicos con enfoque de derechos humanos.¹⁷ El marco de los derechos humanos no proporciona, en este contexto, una fórmula abstracta o formal de igualdad (por ejemplo, un cierto coeficiente Gini o Palma) sino, busca que los derechos humanos, en particular, los sociales, se garanticen en su alcance definido por el derecho internacional, sin discriminación. El factor de progresividad en el cumplimiento que define el artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales permite los necesarios ajustes en el caso que el país no tenga los suficientes recursos para garantizar estos derechos – en este sentido, es una cláusula que considera diseñar un sistema de impuestos que permita cumplir con esta obligación. Si un Estado no es capaz de solventar los gastos necesarios por sí mismo, con los recursos disponibles en el país, recurrirá a la cooperación internacional para estos efectos.

Es importante en este contexto señalar que la administración estatal de un servicio no necesariamente lo hace funcional para este fin. Esto solo ocurre, en general, si están funcionando los mecanismos apropiados de rendición de cuentas, transparencia, probidad, no-discriminación y acceso a la justicia en el sector público, así como la prevención de la captura corporativa del Estado y su extremo, la corrupción. Sin perjuicio de ello, es fundamental también establecer que estos servicios se rigen por el interés público de garantizar un derecho y no por el interés – privado o público – en las ganancias.¹⁸ En este sentido, traducido a los conceptos de interpretación constitucional utilizados para aplicar la Constitución del 1980, el principio de subsidiariedad no se condice con las obligaciones del Estado de Chile en materia de derechos humanos, cuando es aplicado en relación con la entrega de servicios básicos que constituyen la garantía de DESCAs. La razón principal es que la teoría de subsidiariedad obliga al Estado – quien debiera ser el principal garante del derecho – a competir en una situación desventajosa con los privados. Además, la teoría conlleva una limitación a la regulación

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19, 2016.

¹⁸ Véase, para detalles sobre las obligaciones que el Estado mantiene en caso de privatizar un servicio público, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes López v. Brasil*, 2016.

de estos servicios, lo que limita la capacidad estatal de asegurar una garantía conforme con el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁹

En relación con las actividades económicas que no se vinculan directamente con servicios básicos que constituyen garantías de derechos sociales, el rol del Estado es fundamentalmente de regulador y fiscalizador. Allí parece más conducente a una cabal garantía de los derechos un involucramiento fuerte y decisivo del Estado, sin embargo, con las debidas garantías de participación, transparencia, imparcialidad e independencia en la elaboración de las normas y su adjudicación, respectivamente.

Sobre otras actividades económicas del Estado que no tienen relación directa con la garantía de los derechos humanos, es debatible si el principio se debe rechazar rotundamente – allí dependerá principalmente de la estructura de impuestos que el Estado diseñe para tener los recursos que le permitan garantizar los derechos humanos. Si los recursos no entraran por la vía de impuestos, tendrán que recaudarse por la vía de la actividad económica del Estado – siempre, claro está, evitando el impacto negativo de esas actividades en los derechos humanos.²⁰

El debate sobre la *sustentabilidad* de un modelo –extractivista, en el caso de Chile– debe hacerse, también, con un enfoque de derechos humanos: por un lado, por el daño que la actividad extractiva, en general, puede producir al medioambiente y de allí, a los derechos humanos, independiente de si el negocio fuera desarrollado por empresas públicas o privadas, y por otro, por la sustentabilidad del financiamiento de las garantías de derechos a largo plazo. Para ambos objetivos, pareciera razonable reconsiderar la proporción que las industrias extractivas tienen en la matriz económica. En definitiva, es el modelo económico completo, así como el modelo de financiamiento fiscal, que deben diseñarse con un enfoque de derechos humanos, considerando también, debidamente, la estabilidad económica necesaria para mantener la garantía de los derechos en el tiempo. Otro elemento clave será el alcance y los límites del derecho a la propiedad privada. Mientras el derecho internacional e interamericano de los derechos humanos protege la propiedad privada de las personas naturales, esta protección no se extiende a las personas jurídicas. Además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana estableció una protección privilegiada de la propiedad comunitaria e individual de subsistencia, justificada con el

¹⁹ Para mayor detalle, véase SCHÖNSTEINER, Judith, “The Chilean Economic Constitution and Human Rights”, en: *Zeitschrift für Menschenrechte* 2021, N° 1, pp. 64-83.

²⁰ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (ONU), *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos*, 2011; CIDH, *Empresas y Derechos Humanos*, 2019.

carácter interrelacionado e interdependiente de los derechos, en particular, del derecho a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la salud y a la seguridad social. Los lineamientos constitucionales para la ponderación de los derechos humanos con el derecho a la propiedad privada de las personas jurídicas deberán tomar en cuenta estas características.

Finalmente, la CC debe decidir, en el contexto que estamos revisando en esta breve reflexión, cómo definir la relación de la Constitución con los tratados económicos que Chile ha ratificado. Cabe resaltar en este contexto que los tratados internacionales económicos (Tratados de Libre Comercio, principalmente) otorgan al Estado mayor libertad y discrecionalidad de regulación, incluso progresivamente restrictiva de derechos de inversionistas, que los tratados de derechos humanos que sólo permiten las restricciones “explícitamente autorizadas” en los tratados respectivos (Art. 29a de la CADH, Art. 5.1 de los dos Pactos). La capacidad regulatoria y fiscalizadora del Estado ante los acuerdos comerciales fue confirmada recientemente en la decisión del panel arbitral en el caso *Electricaribe contra Colombia*.²¹

En definitiva, al inscribir en la nueva Constitución un enfoque general y transversal de derechos humanos, que obliga a los órganos del Estado adoptar políticas públicas y proyectos de ley, reglamentos y decretos (etc.) con esta perspectiva, podría ayudar en gran medida al cumplimiento del Estado de Chile con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sea esto en el contexto de la definición del derecho a la propiedad y los recursos naturales, el ordenamiento territorial, el presupuesto, o la garantía misma de los derechos humanos consagrados en la Constitución a través de los tribunales de justicia y la administración del Estado (justiciabilidad de los derechos).

IV.- Reflexiones finales.

Del análisis realizado en esta breve contribución podemos concluir que una Constitución con enfoque de derechos humanos pondrá especial atención a los siguientes cinco ejes:

Que la Constitución sea una Constitución con enfoque de derechos humanos, reconociendo como principios transversales la igualdad y no-discriminación, la participación social, el acceso a la justicia, el acceso a la información y la transparencia, la protección prioritaria de

²¹ PRIETO-RÍOS, Enrique; PONTÓN, Juan Pablo; URUEÑA, René, “¿Qué implica la victoria internacional de Colombia en el caso *Electricaribe*?”, *Razón Pública*, 22 de marzo de 2021.

grupos en situación de discriminación histórica, en particular, el reconocimiento de los pueblos indígenas, y la inclusión de la perspectiva de género y diversidad.

Que las obligaciones y los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, las normas consuetudinarias sobre derechos humanos, se incorporen al Derecho interno con jerarquía constitucional, y las normas de *ius cogens* con jerarquía supra-constitucional.

Que la redacción de las obligaciones y los derechos fundamentales se haga en conformidad con su reconocimiento y contenido en los tratados internacionales de los derechos humanos, incluyendo la justiciabilidad para, por lo menos, el núcleo de cada derecho, incluyendo los DESCAs.

Que la interpretación de los derechos constitucionales se realice conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las reglas propias de interpretación de este último, incluyendo una cláusula de “interpretación conforme” con el derecho internacional de los derechos humanos.

Que la Constitución económica incorpore limitaciones a la actividad económica permitiendo y exigiendo su regulación, fiscalización y su planificación sustentable en relación con el ordenamiento territorial, en la medida que esta regulación sea necesaria para implementar los principios y obligaciones transversales y de derechos humanos. Es clave en este contexto que el derecho internacional de los derechos humanos requiere una fórmula de solidaridad o de re-distribución para lograr la cabal implementación del derecho a la no-discriminación.

Esta Constitución con enfoque de derechos humanos, a modo de conclusión, pareciera armónica también con lo que se ha discutido en relación con una ‘Constitución ecológica’ que incorpore los principios de sustentabilidad, biodiversidad, principio precautorio y otros principios del derecho ambiental, así como derechos ambientales individuales y colectivos. Por razones de espacio, no he desarrollado estos elementos en la presente contribución.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

a) Doctrina

CIDH, *Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*, OEA, Washington D.C., 2018.

CIDH, *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, OEA, Washington D.C., 2019.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (ONU), *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos*, Naciones Unidas, Nueva York – Ginebra, 2011.

GALDÁMEZ, Liliana, “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca, roles Nos. 2387-12 y 2388-12 CPT, acumulados”, *Estudios Constitucionales*, 2013, Año 11, N° 1, pp. 621-632.

FUENTES, Ximena; PÉREZ, Diego, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 2018, N° 25 (2), pp. 119-156.

HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES (eds), *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, DER Ediciones, Santiago, 2017.

HENRÍQUEZ, Miriam; NÚÑEZ José Ignacio, “Control de Convencionalidad en Chile. Un Soliloquio en ‘el laberinto de la Soledad’”, en: HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES (eds), *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*, DER Ediciones, Santiago, 2017.

NÚÑEZ, Constanza, “Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución”, *Ius et Praxis* 2018, N°24.

PETERS, Anne, “New German Constitutional Court Decision on “Treaty Override”: Triepelianism Continued”, *ejiltalk.com*, 2016, disponible en línea: <https://www.ejiltalk.org/new-german-constitutional-court-decision-on-treaty-override-triepelianism-continued-2/>, revisado el 21 de mayo de 2021.

PRIETO-RÍOS, Enrique; PONTÓN, Juan Pablo; URUEÑA, René, “¿Qué implica la victoria internacional de Colombia en el caso Electricaribe?”, *Razón Pública*, 22 de marzo de 2021, en línea: <https://razonpublica.com/implica-la-victoria-internacional-colombia-caso-electricaribe/>.

SALGADO, Constanza; LOVERA, Domingo; CONTRERAS, Pablo (2021), ¿Límites internacionales del poder constituyente? Análisis del caso chileno, borrador proporcionado a la autora.

SCHÖNSTEINER, Judith, “The Chilean Economic Constitution and Human Rights”, en: *Zeitschrift für Menschenrechte* 2021, N° 1, pp. 64-83.

SCHÖNSTEINER, Judith; ZÚÑIGA, Marcela, “Compliance after ‘kind’ reminders”, en: GROTE, Rainer *et al.*, *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, 2021 (en prensa).

SILVA, Luis, “La Dimensión Legal de la Interpretación Constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, N° 41, p. 437.

VARGAS, Edmundo, *Derecho internacional público*, Legal Publishing, Santiago, 2007.

YÁÑEZ, Manuel, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables”, *Revista Derecho del Estado*, 2016, N° 37, pp. 229-254.

b) otras fuentes

Bundesverfassungsgericht (Alemania), decisión de 15 de diciembre de 2015 (2BvL 1/12).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva “Derechos Humanos y Medioambiente”, OC-23/17, 15 de noviembre de 2017.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 19, 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes López v. Brasil*, 2016.

Tribunal Constitucional (Chile), Rol N° 1288 de 2008.

PONENCIA

PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO: UNA (NUEVA) OPORTUNIDAD PARA CONTAR CON UN SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Jorge Sepúlveda Varela *

RESUMEN

El proceso constituyente, que se encuentra en pleno desarrollo en nuestro país, significa una inmejorable oportunidad para consolidar un nuevo trato hacia la niñez. En la actualidad, pueda afirmarse que Chile no cuenta con un Sistema de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se requiere para ello contar con garantías normativas y jurisdiccionales que permitan la exigibilidad de los derechos. No basta con el mero reconocimiento, es necesario que el Estado establezca garantías específicas "destinadas a asegurar un ejercicio igualitario de los mismos". Se analizará en esta presentación la situación actual en esta materia, con la finalidad de proyectar, desde allí, las posibilidades que plantea el proceso constituyente chileno.

PALABRAS CLAVE

Proceso Constituyente; Convención Sobre los Derechos del Niño; Sistema de Protección Integral; Garantía Normativa; Derechos Constitucionales, Derecho de la Niñez; Niñas, Niños y Adolescentes (NNA).

* Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Magister en Derecho de Familia(s) y Derecho de la Infancia y de la Adolescencia de la Universidad de Chile. Profesor de las asignaturas de Derecho de Familia y Clínica Jurídica, Universidad Mayor, y de Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: jorgesepulvedavarela@gmail.com.

I.- ANTECEDENTES GENERALES.

El proceso constituyente, que se encuentra en pleno desarrollo en nuestro país, significa una inmejorable oportunidad para consolidar un nuevo trato hacia la niñez. Los 30 años desde la aprobación de la Convención Sobre los Derechos del Niño y la creación del “Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia” que viene a reemplazar el antiguo SENAME, sirven de antesala para este debate.¹

Como es sabido, el art. 4° de la Convención obliga a los Estados Partes a adoptar: “...todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos...”² No obstante lo anterior, Chile sigue estando al debe en cuanto a contar con un “...marco jurídico adecuado que reconozca y garantice los derechos de todos los niños”, en palabras del Comité de los Derechos del Niño.³

En el mismo sentido, el último informe anual de la Defensoría de la Niñez da cuenta de “la *inexistencia de un marco normativo e institucional* que permita efectivizar los derechos de la niñez y la adolescencia, a través de la *articulación y planificación oportuna y eficiente* a diferente nivel, estableciendo *garantías de diferente orden programático y administrativo*, así como *mecanismos institucionales* que permitan su exigibilidad”.⁴

Todos estos elementos implican que, en la actualidad, pueda afirmarse que Chile no cuenta con un Sistema de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Pero, antes que todo: ¿*Qué entendemos por Sistema de Protección Integral?*

Los artículos 4°, 42 y 44 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, establecen lo que se ha denominado ‘Medidas Generales de Aplicación de la Convención’, las cuales suponen, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño: “...*promulgación de disposiciones legislativas*, el establecimiento de *órganos de coordinación y supervisión*, tanto gubernamentales como independientes, *la reunión de datos* de gran alcance, *la concienciación*, *la formación y la formulación y aplicación de las políticas*, los *servicios y los programas apropiados*”.⁵

¹ Ley N° 21.302, 2021.

² Convención Sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde el 27 de septiembre de 1990. Decreto N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2015, párr. 8.

⁴ DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ. *Informe Anual 2020. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile*, 2020, p. 647.

⁵ El subrayado es propio. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/5, 2003, párr. 9.

Por otra parte, dentro de las distintas instituciones que componen un sistema, es fundamental que exista un 'ente rector', que permita una "articulación política y técnica para enfrentar el diseño, la implementación y el monitoreo del cumplimiento de los objetivos".⁶

Pero además, se requiere contar con garantías normativas y jurisdiccionales que permitan la exigibilidad de los derechos. No basta con el mero reconocimiento, es necesario que el Estado establezca garantías específicas "destinadas a asegurar un ejercicio igualitario de los mismos".⁷

En el camino de la adecuación legislativa han avanzado casi todos los países de Latinoamérica, siendo el primero Brasil, en el año 1990, seguido por Ecuador, Argentina, Bolivia, entre otros. Algunos de estos países, inclusive, han reconocido y garantizado a nivel constitucional los derechos de niños, niñas y adolescentes, partiendo desde su consideración como sujetos de derecho.

Todos estos elementos (marco normativo, órganos de coordinación y supervisión, reunión de datos, políticas y planes, servicios y programas) junto con la existencia de un presupuesto estatal "*hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional*"⁸ son esenciales para que se pueda hablar de un Sistema de Protección Integral.

II.- Situación en Chile.

Habiéndose enunciado los elementos esenciales de un Sistema de Protección Integral, corresponde ahora analizar la situación actual en esta materia, con la finalidad de proyectar, desde allí, las posibilidades que plantea el proceso constituyente chileno.

⁶ UNICEF, *Definiciones conceptuales para un sistema integral de protección a la infancia. Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite*, N° 4, Santiago, Chile, 2015, p. 38.

⁷ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, *Estudio: La participación incidente de niñas, niños y adolescentes en políticas públicas y el reconocimiento constitucional de sus derechos* realizado por Jaime Bassa y Domingo Lovera, Santiago, Chile, 2016, p.35. En el mismo sentido: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, 2017, p.33.

⁸ Convención Sobre los Derechos del Niño, art. 4°.

A.- Componente Institucional.

En cuanto al componente institucional, el llamado ‘ente rector’ del sistema es la Subsecretaría de la Niñez, institución creada en el año 2018,⁹ dependiente del Ministerio de Desarrollo Social.

Respecto de la implementación de la política de protección especial, que es aquella que tiene como destinatarios a niños, niñas y adolescentes víctimas de vulneraciones de derechos, el organismo encargado es el recientemente creado ‘Servicio Nacional de Protección Especializada de la niñez’, que viene a reemplazar el antiguo ‘SENAME’. Este Servicio fue creado en el mes de enero de 2021, por medio de la ley N°21.302.

En relación con la institucionalidad referida a adolescentes infractores de ley, se encuentra en sus últimos trámites en el Congreso la normativa que crea el ‘Servicio Nacional de Reinserción Social’.¹⁰ Este Servicio dependerá del Ministerio de Justicia.

De esta manera, por medio de los dos servicios antes mencionados, se busca separar tanto en lo administrativo como en lo programático las líneas de acción referidas a niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, respecto de aquellos en conflicto con la ley penal, cumpliendo así con las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, formuladas a través de las observaciones finales enviadas a Chile en los años 2007 y 2015.

Otra de las instituciones relevantes en esta materia es la Defensoría de la Niñez, creada en el año 2018 y concebida como “corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”.¹¹ Este organismo cumple, entre otras cosas, el importante rol de observación y seguimiento del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos de la niñez.¹²

Finalmente, en el rol de supervisión y vigilancia independiente, se encuentran los distintos Observatorios de la Sociedad Civil (Observatorio de Niñez y Adolescencia, Observa, Observatorio Para la Confianza, Bloque por la Infancia, etc.). Estos organismos no gubernamentales han cumplido una importante labor en visibilizar las vulneraciones de derechos a niños, niñas y adolescentes, elaborando informes anuales, y manteniendo cifras actualizadas respecto de la niñez, además de insistir por más de 20 años en la necesidad de contar con una ley de Protección Integral, deuda que se mantiene hasta hoy.

⁹ Por medio de la ley N° 21.090, 2018.

¹⁰ Boletín N°11.174-07.

¹¹ Ley N° 21.067, 2018, artículo 1°.

¹² *Ídem*. Artículo 4°, letra i)

B.- Políticas y planes.

Como segundo componente del Sistema, Chile cuenta en la actualidad con una Política Nacional de Niñez y Adolescencia (2015-2025).

Un aspecto que vale la pena mencionar, es el carácter participativo que tuvo esta política en su formulación: en ese sentido, más de 800.000 niños, niñas y adolescentes participaron de la encuesta “Mi opinión cuenta” en la cual dieron su opinión respecto de aquellos derechos que, a su parecer, consideraban como más y menos respetados.¹³ Junto con esta consulta, se llevaron a cabo los llamados “Diálogos Regionales”, en los cuales, más del 10% de los y las participantes fueron niños, niñas y adolescentes. Se utilizaron metodologías participativas y adecuadas a cada rango etario. Por otra parte, la consideración de las opiniones fue hecha de manera cualitativa.¹⁴

Estos dos elementos, fueron insumos fundamentales en la elaboración de la Política Nacional, tal como aparece en su propio texto. Todo lo anterior muestra que es posible adoptar decisiones políticas que incluyan las opiniones de niños, niñas y adolescentes de manera incidente.

Para la implementación de esta Política, a inicios del año 2018 se crea el ‘Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025’. Durante este mismo año, y luego del producido el cambio de Gobierno, se elabora el llamado ‘Acuerdo Nacional por la Infancia’, el cual consta de 94 medidas en favor de la niñez.

Si bien estos 2 instrumentos son positivamente valorados, lo cierto es que también se han valido de importantes críticas por parte de organismos tales como la Defensoría de la Niñez, por cuanto establecen distintos principios, metas y plazos, lo cual genera una descoordinación entre los distintos actores que se relacionan con la niñez, al fijar distintas ‘hojas de ruta’ en la implementación de la Política.¹⁵

C.- Componente normativo.

En este punto, y más allá de aquellas leyes que especialmente se refieren a la niñez (tales como la ley que crea los Tribunales de Familia, la que regula el régimen de subvenciones

¹³ Se puede acceder a los resultados de esta encuesta en el link: <http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/YO-OPINO-2015.-Versio%CC%81n-Final.pdf>.

¹⁴ Ver: CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, Informe de Sistematización “Diálogos Regionales por la Infancia y la Adolescencia. Un nuevo Estado para niños, niñas y adolescentes”, Santiago, 2016.

¹⁵ DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, cit. (n. 4), p. 660.

de programas colaboradores de SENAME, la ley de menores y la ley de Responsabilidad Penal Adolescente, entre otras) Chile sigue sin contar con una ley de Garantías y de Protección Integral de los derechos de la niñez. El proyecto de ley que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso, bajo el nombre de ‘Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez’¹⁶ se mantiene en discusión tras 6 largos años y luego de 4 proyectos presentados de manera previa y rechazados por el órgano legislativo.

D.- Presupuesto.

En la ley que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada se hace mención al presupuesto en una serie de artículos, a propósito de temas como el acceso a la justicia, la oferta programática. entre otros.

Tras el veto presentado por el Presidente de la República, en el mes de Octubre del año 2020, en la redacción de algunas normas se agrega a continuación del concepto “*garantía*”, la frase “*dentro del ámbito de su competencia y conforme a sus atribuciones y medios*”. En otros artículos se pasa del concepto de “*garantía*” al de “*prioridad en el acceso*”. Lo anterior es muestra de lo insuficiente de esta normativa, y revela una posición que no se condice con lo indicado en la Convención. En ese sentido, y en cuanto a las normas referidas a la protección especial de los derechos, el Comité ha sido enfático en indicar que Chile viola el ya mencionado artículo 4º, al mantener “un modelo de financiación del sistema de protección basado en el principio de subsidiariedad, transfiriendo la responsabilidad de proveer los recursos necesarios para el cuidado de cada NNA a los organismos colaboradores que operan según una perspectiva filantrópica y no de derechos”.¹⁷

III.- Las oportunidades que brinda el proceso constituyente chileno.

Como se ha indicado reiteradamente, uno de los aspectos más débiles en nuestro país en materia de derechos de la niñez, es el componente normativo. A continuación, se abordará en detalle este aspecto. Para dicho fin, se tomará como base la clasificación hecha por el profesor Espejo, quien distingue entre garantías primarias (políticas, legales, presupuestarias, administrativas) y garantías secundarias (o jurisdiccionales).

¹⁶ Boletín 10.315-18.

¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, CRC/C/CHL/INQ/1, 2018, párr. 51.

A.- Garantías primarias.

Son aquellas que “Buscan tanto reconocer los derechos, como dotar de aquellos mecanismos específicos que permiten su efectividad universal para todos los NNA”.¹⁸

Si bien en razón de su dignidad humana, niños, niñas y adolescentes gozan de los mismos derechos reconocidos a nivel constitucional para el mundo adulto, se hacen precisas garantías específicas para la niñez. Lo anterior, al decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se fundamenta “en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio, la plena vigencia y la defensa de sus derechos”.¹⁹

Además de las características propias de los derechos humanos, tales como: universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, entre otras, la conveniencia de incorporar garantías primarias a nivel constitucional, se expresa en, a lo menos, dos aspectos fundamentales:

1.- Jerarquía Normativa.

Esto supone que frente a un conflicto entre la normativa de carácter común y la de rango constitucional, prevalecerá el contenido de la Carta Fundamental.

Por otra parte, al garantizar los derechos de la niñez a nivel Constitucional, se evita que el llamado ‘contenido esencial de los derechos’ quede sujeto a mayorías circunstanciales o bien a la discreción de un Gobierno de turno.²⁰

Finalmente, la consagración de los principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño en la Carta Fundamental, sirve para orientar la acción del Estado, a través de sus distintos órganos, e inspira las ulteriores modificaciones y adecuaciones a nivel normativo.

2.- Deber de acción en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como se ha indicado previamente, cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 4° de la Convención, implica para el Estado un deber de acción, asumiendo este el rol de garante principal de los derechos de la niñez, lo cual va de la mano

¹⁸ ESPEJO, Nicolás, “Derechos de los niños, niñas y adolescentes”, en Contreras, P.; Salgado, C. (Eds.) *Curso de derechos fundamentales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 584.

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (n. 7), p.32.

²⁰ ESPEJO, Nicolás, “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, *Constitución Política e Infancia*. Unicef, Santiago, 2017, p.29.

con un consecuente grado de responsabilidad respecto de estos.²¹ En consecuencia, los derechos humanos de la niñez dejan de ser concebidos solo como un límite para los órganos del Estado, siendo además una orientación para su actuar.

Este rol activo que el Estado asume, comprende tanto la remoción de todos aquellos obstáculos que impiden el adecuado ejercicio de los derechos, como también el establecimiento de discriminaciones positivas en favor de grupos históricamente desventajados, dentro de los cuales se encuentran niños, niñas y adolescentes.

B.- Garantías secundarias (jurisdiccionales).

Las garantías secundarias, dicen relación con la “capacidad de someter denuncias de incumplimiento de las obligaciones emanadas de los mismos ante un poder independiente de los sujetos obligados primariamente (públicos o privados) y, dado el caso, confieren competencia a ese poder independiente para forzar el cumplimiento y establecer reparaciones o sanciones”.²²

En este punto, es necesario insistir en la necesidad de brindar condiciones materiales para el efectivo acceso a la justicia. No basta con que exista un reconocimiento formal de los derechos, ni tampoco son suficientes las garantías específicas para la niñez, si no se cuenta con mecanismos que permitan que estas puedan ser exigidas en caso de incumplimiento.

Para lo anterior, es fundamental revisar la amplitud de los derechos protegidos por los recursos de protección y de amparo y garantizar el derecho a la representación jurídica especializada en toda clase de procedimientos. Se profundizará en este punto en el último párrafo.²³

IV.- Consagración a nivel constitucional de los derechos de la niñez.

A.- El reconocimiento de niños, niñas y adolescentes en su carácter de sujetos de derecho.

En la discusión constituyente actual, parece haber consenso en que reconocer a niños, niñas y adolescentes el carácter de sujetos de derechos, se trata de un piso mínimo, Este

²¹ VALVERDE, Francis, “Intervención social con la niñez: Operacionalizando el enfoque de derechos”. Revista MAD, 2008, núm. 3.

²² ESPEJO, cit. (n. 18), p. 54.

²³ *Ídem*.

aspecto ha sido recogido por distintas Constituciones, particularmente en aquellos Estados que han transitado procesos de cambio constitucional post-Convención.²⁴

1.- El reconocimiento de su carácter de actores sociales y políticos relevantes.

Uno de los debates más extendidos en este tema, dice relación con la posibilidad de rebajar la edad para votar a 16 años e incluso a 14 años. Si bien en el Plebiscito del 15 de Octubre se rechazó esta opción, nuevamente surge a propósito del llamado “Plebiscito Ratificatorio”, el cual tendría lugar en el año 2022.

Pero más allá del sufragio activo y pasivo, se hace del todo necesario revisar el concepto de ciudadanía, reservado actualmente para el mundo adulto, en una configuración que deja a niños, niñas y adolescentes como personas de ‘segunda categoría’ en lo que a derechos políticos se refiere.

En este punto, se debe tener en cuenta que, en gran medida, han sido los y las adolescentes quienes han impulsado los procesos sociales más relevantes de los últimos 20 años (2006, 2011, 2013, 2019), incluido el actual proceso constituyente, levantando banderas que han concitado un apoyo transversal para la sociedad.

En resumen, coincido en esta parte con la afirmación hecha por el profesor Lovera, quien señala que: “El sufragio es importante, qué duda cabe, pero la participación de niños, niñas y adolescentes en la vida política del país no puede reducirse a una intervención intermitente por medio del voto”.²⁵

2.- Autonomía progresiva.

Relacionado con los puntos anteriores, en la medida que la Constitución reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y el carácter de actores sociales y políticos relevantes, se hace necesario que este reconocimiento vaya de la mano de la autonomía necesaria para ejercer los derechos por sí mismos, de manera progresiva. En ese sentido, a medida que niños, niñas avanzan en edad y madurez, el deber de guía y orientación de los

²⁴ Los profesores Bassa y Lovera mencionan, por ejemplo, las constituciones de Bolivia, Ecuador, Colombia, entre otras. Ver: CONSEJO NACIONAL DE INFANCIA, cit. (n. 7), p.39.

²⁵ LOVERA, Domingo, “Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes”, *Constitución Política e Infancia*. Unicef, Santiago, Chile, 2017, pp. 151-186.

progenitores tiende a retroceder, generando, de esta manera, crecientes espacios de autonomía y de toma de decisiones.²⁶

De lo contrario, por mucho que se reconozca su carácter de sujetos de derecho, seguimos viendo a este grupo de personas como ‘adultos incompletos, o como ‘propiedad de sus padres’.²⁷

B.- Reconocimiento formal y garantía de los derechos.

En este último párrafo, mencionaré de manera específica aquellos derechos que, a mi parecer, son un mínimo a tener en consideración al momento de la redacción de la Nueva Constitución. Se tienen en cuenta las conclusiones de un importante estudio realizado por los profesores Bassa y Lovera en el año 2015,²⁸ en donde se aborda este tema en específico.

B.1.- Principios estructurantes de la CDN.

a) Interés Superior del Niño: El Interés Superior del Niño tiene por objeto “...garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”.²⁹ Por otra parte, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, este concepto tiene una triple dimensión, siendo a la vez un derecho sustantivo de consideración primordial, un principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento.³⁰

La existencia de un Sistema de Protección Integral encuentra su fundamento justamente en el carácter holístico con que se concibe el desarrollo de la niñez (físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social), en términos que “todos los derechos reconocidos en la CDN se interrelacionan y contribuyen al desarrollo integral del niño”.³¹

Un ejemplo de lo anterior, es la Constitución de Brasil, la cual, en su artículo 227, establece: “*Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con*

²⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°12 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 2009.

²⁷ En ese sentido, ESPEJO, cit. (n. 18).

²⁸ CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, cit. (n. 7).

²⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013, p. 3.

³⁰ *Ídem*, p. 4.

³¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (n. 7), p. 31.

absoluta prioridad, el derecho a la vida a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión".³²

Finalmente, cabe indicar que, en el ámbito constitucional, existen países que han optado por su mención expresa como principio, mientras que en otras se ha establecido que el Interés Superior del niño, en caso de conflicto, prevalece por sobre otros intereses particulares, esto en su carácter de derecho sustantivo.³³

b) Igualdad y no discriminación: Este principio encuentra una triple expresión. Por una parte, la igualdad entre niños, niñas y adolescentes niños nacidos dentro o fuera del grupo familiar. Desde otro punto de vista, se establece la igualdad de niños, niñas y adolescentes en relación con los demás miembros de la sociedad. Finalmente, existen constituciones que establecen, de manera expresa, la prohibición de toda forma de discriminación arbitraria hacia la niñez.³⁴

c) Vida, supervivencia y desarrollo: Una gran cantidad de constituciones han optado por garantizar expresamente el derecho a la identidad y al desarrollo armónico e integral. La constitución de Ecuador, por ejemplo, en su artículo 44, define el desarrollo integral como un "*... proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad*". Continúa el artículo, indicando: "*Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales*".³⁵

Junto con lo anterior, algunas constituciones garantizan el derecho a la protección especial frente a situaciones de vulneración de derechos (maltrato, abuso, abandono, negligencia, explotación sexual, explotación laboral y prohibición expresa de las peores formas de

³² Constitución de la República Federativa de Brasil, 1988, texto disponible en línea: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf.

³³ Nuevamente destacan las constituciones de Bolivia, Ecuador, Colombia, además de Brasil, Paraguay, entre otras. Ver: CONSEJO NACIONAL DE INFANCIA, cit. (n. 7), p. 43.

³⁴ Se destaca la constitución de Moldavia, la cual consagra un estatuto de protección social y asistencia especializada para NNA, sin importar el origen de su filiación. *Ídem*, p.42.

³⁵ Constitución de la República de Ecuador, 2008, texto disponible en línea: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

trabajo infantil). Cabe señalar que, en un Sistema de Protección Integral, y conforme al artículo 19 de la Convención, las medidas de protección a aplicar en estos casos, varían de acuerdo a cada caso concreto, tanto en niveles de complejidad, como también en su naturaleza administrativa o judicial, siendo la intervención de Tribunales la excepción.

d) Derecho a ser oído y a la Participación: Finalmente, se encuentra el derecho a ser oído y a la participación, al cual ya se ha hecho mención en el ámbito social y político. Vale la pena agregar, en este punto que, desde un enfoque sistémico, la capacidad de agencia de la niñez no se agota en el ámbito familiar, por el contrario, se extiende a todos aquellos ámbitos en los cuales niños, niñas y adolescentes se desenvuelven, caracterizándose su actuar por constantes vinculaciones con los distintos actores que componen el sistema y en sus diferentes niveles.

Un ejemplo de lo anterior es el ámbito judicial. Si bien la ley de Tribunales de Familia ya establece como principio rector el derecho a ser oído, resulta necesario establecer, como parte de la garantía del debido proceso, el derecho a ser oído y a que la opinión de niños, niñas o adolescentes sea tomada en cuenta (lo que también se conoce como Defensa Material).³⁶ En un sentido amplio, esta garantía también se extiende al ámbito administrativo, sanitario, educativo, y, en general, a todos aquellos ámbitos en donde se adopten decisiones que les afecten.³⁷

B.2.- Derecho a vivir en familia.

A propósito de la consigna “No + SENAME”, resulta fundamental garantizar el derecho a vivir en familia, en su más diversa conformación, sea esta natural o adoptiva, además del derecho a preservar sus relaciones familiares y a la vida familiar. Lo anterior, para compatibilizar este derecho con la garantía de igualdad ante la ley, y de prohibición de toda discriminación arbitraria, la cual constituye uno de los principios fundamentales del corpus jurídico internacional sobre derechos humanos.

³⁶ En ese sentido: ESTRADA, Francisco, “¿Puede un adolescente designar abogado en el procedimiento proteccional?” Documento de Trabajo Infajus N° 1, Infajus, Santiago, 2020.

³⁷ Lo anterior, en consonancia con el artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

En ese sentido, a mi parecer no resulta recomendable definir el concepto de familia, por cuanto se trata de un concepto anterior al derecho y sujeto a grandes variaciones culturales.³⁸

Por otra parte, se encuentra la garantía de que la separación del grupo familiar, siempre sea una medida de *última ratio*. Al otorgar rango constitucional esta garantía que ya se encuentra en la legislación familiar, se refuerza el rol activo por parte del Estado, tanto en materia de prevención y alerta temprana de vulneraciones, potenciando el rol de la familia en el ejercicio de la responsabilidad parental, y brindando las condiciones materiales que permitan que crezca en el seno de una familia, entendida por la Convención como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños...”³⁹

B.3.- En el ámbito presupuestario.

En este aspecto, muchos países han optado por hacer mención a la priorización para las políticas, planes y programas que involucren a niños, niñas, adolescentes. En este punto creo que es posible establecer garantías presupuestarias, ya sea asegurando un porcentaje del gasto público, o bien estableciendo que en todas las partidas de gastos se señale de manera explícita la inversión referida a la niñez, o bien estableciendo expresamente la garantía de progresividad y no regresividad en los presupuestos anuales.⁴⁰

B.4.- Representación jurídica.

Finalmente, urge incorporar la asesoría y representación jurídica especializada, gratuita y universal en el ámbito jurídico. En ese sentido, se hace urgente conciliar la situación de aquellos adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal, quienes ya cuentan

³⁸ En esto coincido con una ilustrativa afirmación del profesor Gonzalo Ruz, quién señala: “...la familia es un fenómeno que el derecho debe aprehender, pero no por ello esculpir en el mármol fijándolo definitivamente de forma inamovible”.

³⁹ Convención de los Derechos del Niño, Preámbulo.

⁴⁰ A modo de ejemplo, en la ley de presupuestos 2021, se redujo el gasto público para el ‘Chile Crece Contigo’ en un 8,3%. Este programa, concebido como un Subsistema inserto en el Sistema de Promoción y Protección Social, se ha caracterizado por un abordaje integral en la primera infancia, por medio de dispositivos de alerta temprana de vulneraciones, apoyo socioeconómico por medio de entrega de dinero o bienes, programas de salud mental infantil, de fortalecimiento de la parentalidad, entre otros aspectos, siendo valorado como una base para la elaboración de un Sistema de Protección Integral de los Derechos. Con una garantía presupuestaria basada en la no regresividad de los presupuestos, esto no podría ocurrir.

con la garantía constitucional de representación por parte de un defensor penal juvenil, de manera universal y gratuita, con la situación de niños, niñas ya adolescentes vulnerados en sus derechos, avanzando hacia la garantía de asesoría y representación especializada en materia administrativa inclusive, cumpliendo así con el mandato del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, CRC/GC/2003/5, 2003.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°12 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 2009.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 14, “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (artículo 3, párrafo 1), 2013.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile”, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2015, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CC/C/CHL/CO/4-5&Lang=Sp, consultada: 31 de marzo 2021.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, CRC/C/CHL/INQ/1, 2018, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/CRC_C_CHL_INQ_1.pdf, consultada: 31 de marzo 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, 2017, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>, consultada: 31 de marzo 2021.

CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, Estudio: *La participación incidente de niñas, niños y adolescentes en políticas públicas y el reconocimiento constitucional de sus derechos* realizado por Jaime Bassa y Domingo Lovera, Santiago, 2016.

CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, “Diálogos Regionales por la Infancia y la Adolescencia. Un nuevo Estado

para niños, niñas y adolescentes”, Informe de Sistematización, Naciones Unidas, Santiago, 2016.

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ. *Informe Anual 2020. Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en Chile*, 2020, disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual/wpcontent/uploads/2020/11/ia2020.pdf>, consultada: 31 de marzo de 2021.

ESPEJO, Nicolás, “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, *Constitución Política e Infancia*. Unicef, Santiago, 2017, pp. 11-46.

ESPEJO, Nicolás, “Derechos de los niños, niñas y adolescentes”, en Contreras, P.; Salgado, C. (Eds.) *Curso de derechos fundamentales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 571-602.

ESTRADA, Francisco, “¿Puede un adolescente designar abogado en el procedimiento proteccional?” Documento de Trabajo Infajus N° 1. Infajus, Santiago, 2020, https://www.academia.edu/44228286/Puede_un_adolescente_designar_abogado_en_el_procedimiento_proteccional, consultada: 31 de marzo 2021.

LOVERA, Domingo, “Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes”, *Constitución Política e Infancia*. Unicef, Santiago, 2017, pp. 151-186.

UNICEF, *Definiciones conceptuales para un sistema integral de protección a la infancia. Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite*, N° 4, Santiago, 2015.

VALVERDE Francis, “Intervención social con la niñez: Operacionalizando el enfoque de derechos”. *Revista MAD*, 2008, núm. 3, pp. 95-119.

PONENCIA

DERECHO INTERNACIONAL Y PROCESO CONSTITUYENTE: LAS NORMAS DE UNA RELACIÓN COMPLEJA

Antonia Urrutia Codner *

RESUMEN

Según la teoría constitucional clásica, el poder constituyente originario es de naturaleza prejurídica y se radica en el pueblo. Las movilizaciones que comenzaron la semana del 18 de octubre de 2019 en todo Chile, configuraron el poder que inauguró el proceso constituyente chileno de los años 2019-2022. Este poder soberano y prejurídico estaría libre de toda forma y control; es decir, no estaría vinculado a ninguna norma jurídica previa.¹ Con todo, esta teoría clásica contrasta con la realidad del proceso constituyente chileno. Entre otras cosas, el Estado chileno continúa obligado por el derecho internacional. El sistema de normas internacional determina qué rol debe jugar el derecho interno en el cumplimiento de obligaciones internacionales. Este trabajo pretende estudiar estas normas para evaluar qué tipos de respuestas pueden dan al intentar desenmarañar la compleja relación entre derecho internacional y proceso constituyente.

PALABRAS CLAVE

Poder constituyente originario; Límites del poder constituyente; Derecho Internacional; Obligación del Estado (Chile); Proceso constituyente, Nueva constitución.

* Egresada de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Dirección: Pío Nono 1, Santiago. Correo electrónico: antonia.urrutia@derecho.uchile.cl.

¹ Nogueira, H. "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", *Ius et Praxis*, 2009, año 15, n°1, pp. 230-231.

I.- Estudio e historia legislativa del artículo 135 inciso final de la Constitución introducida con la ley 21.200.

El artículo 135 de la Constitución de 1980 introducido con la ley 21.200, que modificó la Constitución de 1980 en orden a incluir normas que posibilitaran un proceso constituyente. Los primeros tres incisos, referidos a que la Convención no podrá intervenir ni ejercer funciones o atribuciones de otros órganos o autoridades y consecuencias de esto, se sustenta en el párrafo quinto del Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución (“el Acuerdo”) del 15 de noviembre de 2019. La Mesa Técnica convocada por los partidos que lo suscribieron, llamada a darle a éste formato de reforma constitucional, decidió incluir una disposición final que no encontraba sustento material en el Acuerdo. Éste señala:

“El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

La inclusión de esta cláusula fue particularmente promovida por el abogado representante del partido de la Unión Demócrata Independiente, Arturo FERNANDOIS. Propuso la idea inicialmente en una intervención en el pleno de la Mesa Técnica del día 27 de noviembre de 2019, bajo el marco de discusión sobre las transiciones entre regímenes constitucionales, señalando:

“Yo creo que si además nosotros agregáramos una ratificación de marco jurídico constitucional comparado, civilizado que tiene un Estado cuando camina hacia una nueva Constitución, daríamos también más tranquilidad y certezas y confianza en el proceso. Hablo por los sectores que nosotros representamos. [...] Creo que una mención a los tratados internacionales, que sabemos que se pueden denunciar en la forma que lo prevé el artículo 54 de la Constitución, un tema de derecho internacional, alguna referencia a los tratados internacionales, también es importante [...] Son ideas, que sin limitar a la Convención Constitucional, no es la idea, establezcan un cierto marco de civilización a lo que ahí se va a hacer que no me cabe duda que es lo que va a tener. Pero como hoy necesitamos tranquilidad,

*certeza, confianza y adhesión al proceso, me permito colocarlo también como invitación”.*²

Esta intervención ilustra tres cosas importantes sobre la historia de esta cláusula en la Mesa Técnica: primero, que fueron sectores del oficialismo que la introdujeron. Segundo, que su principal intención era comunicar estabilidad y algunas certezas mínimas con respecto al devenir del proceso constituyente. Finalmente, se señaló que la finalidad de esta disposición no sería limitar a la Convención.

A pesar de que esta cláusula fue introducida por el sector del oficialismo, y especialmente promovida por FERNANDOIS, en las plenarias se evidencia que la oposición estuvo abierta a la idea, pero con algunas prevenciones. Además, en la sesión del 28 de noviembre de 2019, parte 2, el comisionado Emilio OÑATE, representante del Partido Radical, señala que la oposición no tiene mayores reparos a la propuesta en lo referido al respeto a sentencias firmes y ejecutoriadas y tratados internacionales, pero que se debía poner énfasis en el tema de derechos fundamentales y derechos humanos. Más bien, los reparos estarían en otras partes de su propuesta.³ Lo anterior revela que hubo unanimidad en la Mesa Técnica con respecto a la necesidad de que se incluyera una disposición referido al respeto a tratados internacionales.

Luego, el objetivo de sus redactores, en palabras de FERNANDOIS, era sobre todo comunicar tranquilidad, mas no limitar la Convención. Reitera esta idea en sesión en pleno de 2 de diciembre de 2019, señalando que:

*“Lo que se aspira con este párrafo no es vetarle o impedirle un movimiento a la Convención Constitucional en el repensamiento de la estructura constitucional que se quiera promover, y tampoco impedirle, ni mucho menos, al legislador, que configure o reconfigure el aterrizaje legal de determinados derechos, eso es de la esencia de un nuevo régimen constitucional”.*⁴

² TV SENADO (Chile), “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 27 de noviembre (parte 1)”, 2019, https://www.youtube.com/watch?v=lwvjVowS1no&feature=emb_logo, consultada: 15 de diciembre de 2020. Minuto 41:17

³ TV SENADO (Chile), “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 28 de Noviembre 2019 (Parte 2)”, 2019, https://www.youtube.com/watch?v=uTZ614qod1o&feature=emb_logo, consultada: 15 de diciembre de 2020. Minuto 43:39.

⁴ TV SENADO (Chile), “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de Diciembre 2019”, 2019, consultada: 15 de diciembre de 2020. Minuto 2:24:59

Por lo mismo, esta cláusula se concebía tan solo en términos programáticos, pero no está formulada como una cláusula imperativa. La expresión más nítida de lo anterior es la que la reclamación que se puede entablar ante la Corte Suprema por defectos de procedimiento en el actuar de la Convención “no podrá interponerse [...] respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución.”⁵ Por lo demás, a las actuaciones de la Convención no se le pueden interponer otras acciones, reclamos o recursos que no sean dicha reclamación.⁶ En su intervención en la misma sesión, Sebastián AYLWIN señaló que la imposibilidad de reclamación “vuelve alguna manera una norma programática, un mensaje”.⁷

De todos modos, existe una tercera interpretación sobre el respeto a los tratados internacionales en particular. Ésta es que ésta sería una norma de competencias, que sí delimitaría las *competencias* de la Convención en cuanto ésta no podría por sí misma discutir tratados internacionales en particular. Como señaló en una entrevista posterior la comisionada por el partido de la Democracia Cristiana, María Cristina ESCUDERO, a la idea que “los compromisos que el Estado de Chile ha adquirido no pueden saltarse las normativas institucionales donde Chile está inserto. Esto está pensado principalmente para los tratados de derechos humanos y acuerdos limítrofes porque lo que tiene que hacer la Convención es una nueva constitución y no dar término a los acuerdos internacionales”.⁸ Según el comisionado representante del partido Comunes, Sebastián AYLWIN, la intención de la norma al ser redactada, fue desincentivar que la Convención debatiera sobre tratados en particular, ya que esta no sería una labor que le correspondiera a un órgano constituyente sino a los que éste otorgue tales potestades.⁹ Esto es armónico con el mismo Derecho Internacional Público (“DIP”), que, como veremos a continuación, establece que los tratados

⁵ AA.VV., “Propuesta de texto de reforma constitucional. Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución.”, BCN, 6 de diciembre de 2019, documento .pdf, disponible en línea: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/78180/1/Propuesta_reforma_constitucional_mesa_tecnica.pdf, consultada: 5 de diciembre 2020.

⁶ Artículo 136 inciso 7º, Constitución de 1980.

⁷ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de Diciembre 2019”, cit. (n. 4), minuto 2:17:54.

⁸ PAILLAPE, M; MUÑOZ, A. “¿Qué significa que la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales firmados por Chile?”, *La Tercera*, 26 de septiembre de 2020, <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/NT3Z3EEUG5FYVG3QRONTA5XBO4/>. ESCUDERO también señaló que, en virtud de la redacción de una nueva Carta Fundamental, se podrían revisar posteriormente nuestros acuerdos internacionales.

⁹ AYLWIN, Sebastián, “Sebastián Aylwin - Los Tratados Internacionales en la Convención Constitucional”, 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=3M6Avymloek&t=247s>, consultada: 28 de diciembre de 2020. Minuto 4.50

internacionales siguen siendo obligatorios y que el procedimiento para retirarse de ellos se rige por las normas de DIP.

En términos sustantivos, la norma establece criterios de importancia para el proceso constituyente; con todo, tanto la falta de coercibilidad como su redacción programática darían cuenta de que la intención de la Mesa Técnica no era limitar a la Convención, sino establecer en dicho momento ciertos criterios sustantivos de importancia para el proceso constituyente, que es el espacio institucional y temporal bajo el cual la regla tiene relevancia. Por lo mismo, no significaría que las reglas contenidas en el nuevo texto constitucional estén sometidas a las anteriores una vez aprobadas; tan solo son criterios de relevancia en el mismo proceso. En consecuencia, la Convención conserva plena autonomía para reformular la Constitución y establecer modificaciones que en la práctica afectan la manera en que un tratado se desenvuelve, de modo que dichos tratados pudieran ser reexaminados en el futuro por los órganos e instancias competentes.

Respecto a lo que se refiere a tratados internacionales en particular, la Mesa Técnica fue consciente de que se abarcaba los tratados de diversa índole. Por ejemplo, se tuvo a la vista tratados limítrofes con países vecinos, los tratados de libre comercio y los tratados de derechos humanos.¹⁰

Habiendo ya estudiado el artículo 135 de la Constitución de 1980, y su significado para el proceso constituyente y el ordenamiento jurídico chileno, debemos ahora volcarnos a estudiar cómo desde el DIP se puede concebir su propia influencia en un proceso constituyente. En lo que sigue es importante recalcar que la Convención Constitucional, en tanto órgano del Estado de Chile,¹¹ puede hacer que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

II.- El significado de las teorías frente a un proceso constituyente.

El fenómeno del cambio constitucional y su relación con el DIP es una manifestación particular de la relación más amplia y multiforme que existe entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales. Una de las cosas que sucede con respecto a esta relación es que no se puede estudiar sin tomar una posición frente al rol que debe tener el DIP en el ordenamiento interno. Esta toma de posición no es tan solo teórica, sino que también se manifiesta en las decisiones de diseño constitucional que adoptan los

¹⁰ AYLWIN, cit. (n° 9), Minuto 2.20

¹¹ Artículo 131, Constitución de 1980.

Estados.¹² Los países llegan a asimilarse más a una corriente u otra dadas las decisiones constitucionales que tomen, y son libres de asumir una u otra posición: el DIP, por regla general, no contiene mandatos sobre el rol de sus normas en el ordenamiento interno; por lo tanto, es tarea del mismo ordenamiento interno decidir sobre la posición y el efecto de una norma internacional en su territorio.¹³ Por lo mismo, de la posición teórica que se asuma depende primordialmente la concepción sobre el rol del DIP ante el cambio constitucional que se tenga.

Conforme a la teoría dualista, el DIP no influye directamente sobre el ordenamiento interno. Es decir, y aplicado al caso del proceso constituyente, y desde la perspectiva internacional, obliga al Estado en el plano internacional, pero no en el plano nacional, en el cual sería libre para determinar el contenido de las normas constitucionales con independencia de eventuales normas internacionales. Y si en ese proceso atiende a las reglas de DIP, será en virtud de su propia voluntad soberana y de acuerdo con las reglas de reconocimiento que la Convención Constitucional deba seguir según la ley 21.200 y su reglamento.¹⁴

Por otra parte, si se adopta una posición monista, se entiende que incluso dentro de la esfera constituyente el Estado se encuentra obligado por las normas internacionales; por lo tanto, al momento de redactar la Constitución, debe guiarse por dichas obligaciones, las que pueden limitar la discrecionalidad en el debate. Según una variante de este enfoque, la posición monista, reforzaría la idea de “poder constituyente limitado”.¹⁵

Luego, si se atiende a una visión pluralista, se comprende que el ordenamiento jurídico internacional es una realidad normativa que podrá interactuar de diversas maneras con el orden constitucional, y que en dicha interacción no hay respuestas *a priori* sino que deben ser tomadas según el caso concreto.¹⁶ El DIP, más bien, sería una realidad normativa que el proceso constituyente debe tomar en consideración, pero no está necesariamente sujeta a él.

¹² ACOSTA, Paola, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, 2016, 14, n° 1, p. 21.

¹³ VON BOGDANDY, Armin, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, 2008, Vol. 6, n° 3–4, p. 403.

¹⁴ Es decir, siguiendo las reglas de procedimiento que normen el trabajo de la Convención Constitucional. Por ejemplo, la ley de quórum de 2/3.

¹⁵ NOGUEIRA, cit. (n. 1), p. 245.

¹⁶ VON BOGDANDY, cit. (n. 13).

III.- Fuentes de DIP en su relación con reglas internas.

Lo planteado desde la teoría en la sección anterior también puede ser llevado a un plano concreto, observando cómo distintas fuentes de DIP se relacionan con el derecho interno: tanto los tratados internacionales como la costumbre, principios internacionales y eventualmente el *softlaw*.¹⁷

a) *Tratados*

Para entender la naturaleza y las características del derecho de los tratados, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) es el marco de referencia esencial.

Primero, el artículo 26 de la CVDT consagra el principio general de *pacta sunt servanda*. En los términos de la propia Convención, “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Este principio está en el corazón de la CVDT.¹⁸

Lo anterior representa el *quid* de la dificultad que plantea la relación entre el derecho internacional y el interno frente a un cambio constitucional. Las normas contraídas por el Estado chileno en virtud de los tratados que ha suscrito y ratificado, en caso de continuar vigentes, continúan siendo obligatorias a pesar que, a nivel interno, la Convención Constitucional, en principio no estaría sujeta a obligaciones sustantivas. Este deber de cumplimiento involucra el comportamiento activo de todos los órganos del Estado que deben dar cumplimiento a dichas obligaciones.¹⁹ Dado que la Convención Constitucional también es un órgano del Estado, este mandato también estaría dirigida a ella.

Segundo, el artículo 27 de la CVDT, respecto al derecho interno y la observancia de tratados, señala que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Este artículo es extremadamente relevante para el fenómeno en estudio porque es la especificación de la regla de *pacta sunt servanda* al caso del rol del derecho nacional en el cumplimiento de obligaciones internacionales. Es una disposición que vela por la eficacia del DIP,²⁰ y a pesar de que

¹⁷ Artículo 38.1 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945. Lo cual significa una diferencia con lo que plantea el artículo 135 inciso final de la Constitución de 1980 que solo se refiere a los tratados.

¹⁸ UNITED NATIONS (Eds.), “Yearbook of the International Law Commission, Volume II”, Naciones Unidas, Nueva York, 1966, p. 211.

¹⁹ VILLIGER, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008, pp. 366 y 370.; TRONCOSO, Claudio “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”, *Revista de Derecho Público*, 2012, n° 77, p. 456.

²⁰ SHAW, Malcolm, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 6ª edición, p. 137.

nadie niega su importancia, el significado y alcance de dicha disposición ha sido objeto de amplias y largas discusiones.

Una posición, inspirada por la visión monista, extrae de esta disposición la primacía del DIP sobre el derecho nacional en el foro interno.²¹ Generalmente esto tiene efectos para la aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales.²² Pero, la teoría ha sido analizada por autores como Humberto Nogueira en el sentido de que el poder constituyente originario encuentra en el DIP una “limitación heterónoma”.²³ Esta limitación implicaría que el constituyente originario sería extrajurídico, autónomo e ilimitado solo en la medida que no alterase normas internacionales. Según Nogueira, esta limitación deriva de que son normas que han sido integradas previamente al ordenamiento interno, lo cual limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores. Lo anterior genera un orden jurídico que el nuevo constituyente no podría afectar, a pesar de que tenga intenciones de modificaciones integrales y sustantivas. Por lo tanto, esto sería una expresión de una potestad constituyente limitada.²⁴

Las posiciones que se inspiran en el dualismo son críticas de estas ideas, especialmente en el caso de que la teoría monista conlleva una supraconstitucionalidad del derecho internacional. Postula que la regla del artículo 27 solo consagra el principio ya establecido de que el derecho interno no tiene fuerza normativa en el plano internacional;²⁵ solamente el DIP rige las relaciones jurídicas internacionales.²⁶ Por este motivo, lo que estaría señalando el artículo 27 es que para el sistema internacional es irrelevante que una norma interna señale que la conducta del Estado es lícita conforme al derecho doméstico. Esta última posición distingue entre compatibilidad, validez y consecuencias de las normas en el plano internacional. Así, ante el derecho internacional, las reglas internas que sean incompatibles con el derecho internacional no serían inválidas, sino que

²¹ TRONCOSO, cit. (n. 19), p. 460. NOGUEIRA, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, 1997, 2, n° 2, p. 9-43.

²² TRONCOSO, cit. (n. 19), p. 460.

²³ NOGUEIRA, cit. (n. 1), p. 251.

²⁴ NOGUEIRA, cit. (n. 1), p. 245.

²⁵ FUENTES, Ximena, “Una nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno”, en: CHIA, E.; QUEZADA, F. (Eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2015, p. 175-6.

²⁶ VILLIGER, cit. (n. 19), p. 375.

generarían responsabilidad internacional.²⁷ En otras palabras, según esta visión, no se estaría frente a un problema de invalidez de las normas, sino de ilicitud internacional del comportamiento. Esta postura sostiene que el derecho internacional no exige la anulación de la norma interna (constitucional u otra), y tampoco determina directamente su invalidez. Este enfoque es respaldado por los trabajos preparatorios de la CVDT, en cuanto a que el Artículo 27 recoge una regla de responsabilidad internacional.²⁸ Por lo tanto, si bien concierne a la aplicación del derecho doméstico de forma acorde al derecho internacional, no se manifiesta sobre la posición jerárquica del derecho internacional en el orden legal.²⁹

Esta posición entiende que no es posible la conclusión de que el DIP limita el poder constituyente originario en cuanto al valor de sus normas. Más bien, se aplicaría un enfoque según el cual la libertad del constituyente implica su eventual responsabilidad internacional (en cuanto a que su comportamiento también significará que el Estado chileno responde ante la comunidad internacional).

Por lo tanto, dependiendo de la posición que se adopte, se derivan distintas consecuencias para el actuar de la Convención Constitucional: a) el derecho internacional limita el poder constituyente originario y exige que se adecúe a dichas normas y la Convención deberá atender a las normas vigentes en su proceso de redacción; o, b) la consecuencia será que la Convención es libre y puede soberanamente adoptar el texto constitucional que desee, pero como órgano estatal chileno, el ejercicio de la libertad puede significar la eventual responsabilidad del Estado chileno en caso de un ilícito.

b) Costumbre

Una parte importante del derecho internacional está conformado por el derecho consuetudinario o la costumbre internacional. Ésta se constituye por aquellas prácticas generalmente aceptadas como derecho.³⁰ No es, como el tratado, un acto consciente y voluntario de creación de normas jurídicas.³¹ Por lo tanto, las discusiones en torno al rol

²⁷ VILLIGER, cit. (n. 19) 375.

²⁸ Cuando Pakistán introdujo la cláusula en la Conferencia de Viena, la Comisión de Derecho Internacional respondió que la había omitida por considerarla una regla de responsabilidad internacional más que del derecho de los tratados. VILLIGER, cit. (n. 19), p. 371.

²⁹ VILLIGER, cit. (n. 19), p. 374.

³⁰ Artículo 38.1 (b), *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

³¹ BENADAVA, Santiago *Derecho Internacional Público*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, 8ª edición, p. 25.

de la costumbre son similares, pero incluso se profundiza la divergencia, dado que esta fuente de derecho internacional tiene la particularidad que su evolución es de más difícil precisión que las normas convencionales, además que no consta si el Estado chileno ha consentido expresamente a ellas.

c) Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho conciernen aquellos principios fundamentales que son comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados. Entre ellos, se encuentran los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe, el principio de cosa juzgada, entre otros. Incluso, puede sostenerse que éstos forman parte de la costumbre internacional.³² Estos principios no deben ser confundidos con los principios de DIP, que son normas internacionales de carácter fundamental y general, de carácter consuetudinario.³³ Los principios generales del derecho forman parte de nuestro ordenamiento constituido y representan valores a ponderar en la discusión.

d) Soft law y cooperación constitucional internacional

Existe una categoría especial en el DIP denominada “*soft law*” cuya traducción estricta es “derecho blando.” Este término refiere a instrumentos o disposiciones que no son en sí mismos vinculantes, pero que tampoco son meras directivas morales o políticas³⁴ dado que son parte importante del desarrollo del derecho.³⁵ A pesar de esta diferencia con el derecho internacional estudiado en las secciones precedentes, de todas formas, merece hacerse la pregunta de si la elaboración de normas constitucionales puede estar condicionada por actos que, sin ser obligatorios, tienen *auctoritas*.

El universo de materiales de *soft law* que pueden invocarse al momento de redactar normas constitucionales es inconmensurable, pero éste también juega un rol importante en la formación del proceso constituyente en sí mismo. Esto ya ocurrió en el caso chileno con los informes de organismos y organizaciones de DDHH tras el “estallido social”: vale

³² BENADAVA, cit. (n. 31), p. 29–30.

³³ CRAWFORD, James, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, 8ª ed., p. 37.

³⁴ THÜRER, Daniel, “Soft Law”, en AA.VV., *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2009, párr. 2.

³⁵ SHAW, cit. (n. 20), p. 117.

la pena destacar particularmente el informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos sobre la Misión a Chile del 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019, que recomendó al Estado de Chile asegurar que el proceso de elaboración de una nueva Constitución fuera “inclusivo, participativo y transparente, garantizando paridad de género (50% mujeres, 50% hombres) durante el proceso y la participación de los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad”.³⁶ Sobre el aspecto sustantivo del proceso constituyente, la ACNUDH señaló que “los derechos humanos deben estar en el centro de este debate nacional”.³⁷

Una parte significativa de dichas recomendaciones se cumplieron con la promulgación de la ley n° 21.216, que permite la conformación de pactos electorales de independientes y garantiza la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme; y la ley n° 21.298, que reserva escaños a representantes de los pueblos indígenas en la Convención Constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes. Con todo, la recomendación más sustantiva, que dice relación con un proceso inclusivo, participativo y representativo, también depende del reglamento que se dé la propia Convención Constitucional para fijar sus procedimientos.

Luego, hay otro plano en que el *soft-law* también puede incidir con el fenómeno de la “cooperación constitucional internacional.” Ésta es una “actividad esencialmente promocional que asesora y auxilia técnicamente a la elaboración de textos constitucionales y la puesta en marcha de instituciones básicas para el funcionamiento de la democracia.” Esto es voluntario no solo porque debe ser aceptado por el mismo Estado beneficiario, sino que también porque no le es vinculante; lo cual es un correlato del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados.³⁸

Un caso ya en curso de dicha cooperación es el convenio firmado por el gobierno de Sebastián Piñera y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”). En el anexo de dicho acuerdo, se fijó que el objetivo general de dicho acuerdo sería la provisión de asesorías, informes y/o recomendaciones relativas a las áreas

³⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019”, 2019, Ginebra, p. 35.

³⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cit. (n. 36), p. 35.

³⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “Límites internacionales al poder constituyente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, n° 76, p. 29.

discutidas con Chile durante el período constituyente.³⁹ Este convenio ha sido blanco de críticas porque, entre otras razones, corresponde a las facultades del artículo 133 de la Constitución el apoyo del gobierno en materias sustantivas a la Convención. Además, porque establecer este tipo de convenios debería ser competencia de la propia Convención.

IV.- Conclusión.

El estudio que hemos realizado nos trae a la conclusión, primero, que el artículo 135 inciso final limita las competencias de la Convención Constitucional, pero en términos sustantivos tan solo establece programáticamente algunos criterios orientadores del mismo proceso constituyente. Las normas del texto constitucional no podrán invalidarse debido al artículo 135. Luego, desde el punto de vista del derecho internacional podemos analizar que tampoco hay respuestas unívocas al rol que éste debe tener. Más bien, el estudio de estas normas implica necesariamente tomar una postura normativa sobre el rol que debería tener. Esta es una posición que deberá tomar la Convención Constitucional al momento de redactar el futuro texto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ACOSTA, Paola, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, 2016, 14, n° 1.
- AYLWIN, Sebastián, *Sebastián Aylwin - Los Tratados Internacionales en la Convención Constitucional*, 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=3M6Avymloek&t=247s>, consultada: 28 de diciembre de 2020.
- BENADAVA, Santiago *Derecho Internacional Público*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, 8ª edición, Santiago.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (Eds.), “Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República” abril de 2020, www.bcn.cl/historiadelaley.

³⁹ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, “OECD Support on Constitutional Reform Process”, 26 de noviembre de 2020, sec. Annex-Terms of Reference, N° 1320, disponible en línea: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/convenio-ocde.pdf?sfvrsn=f52b7a26_2, consultada: 20 de febrero de 2021.

- CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, 8ª ed.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, "Límites internacionales al poder constituyente", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2006, n° 76.
- FUENTES, Ximena, "Una nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno", en: CHIA, E.; QUEZADA, F. (Eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2015.
- MUÑOZ, A; PAILLAPE, M, "¿Qué significa que la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales firmados por Chile?", *La Tercera*, 26 de septiembre de 2020, en línea: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/NT3Z3EEUG5FYVG3QRONTA5XBO4/>.
- NOGUEIRA, Humberto "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", *Ius et Praxis*, 2009, 15, n° 1.
- NOGUEIRA, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", *Ius et Praxis*, 1997, 2, n° 2.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Informe sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019", Naciones Unidas, Ginebra, 2019.
- AA.VV., "Propuesta de texto de reforma constitucional. Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución.", BCN, 6 de diciembre de 2019, documento .pdf, disponible en línea: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/78180/1/Propuesta_reforma_constitucional_mesa_tecnica.pdf, consultada: 5 de diciembre 2020.
- SHAW, Malcolm, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 6ª edición.
- Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, "OECD Support on Constitutional Reform Process", 26 de noviembre de 2020, sec. Annex-Terms of Reference, N°1320, https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/convenio-ocde.pdf?sfvrsn=f52b7a26_2, consultada: 20 de febrero de 2021.
- THÜRER, Daniel, "Soft Law", en AA.VV., *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law, Oxford University Press, 2009.
- TRONCOSO, Claudio "Derecho internacional, Constitución y derecho interno", *Revista de Derecho Público*, 2012, n° 77.

TV Senado Chile, “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de Diciembre 2019”, 2019, consultada: 15 de diciembre de 2020.

TV Senado Chile, “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 27 de noviembre (parte 1)”, 2019, https://www.youtube.com/watch?v=IwvjVowSIno&feature=emb_logo, consultada: 15 de diciembre de 2020.

TV Senado Chile, “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 28 de Noviembre 2019 (parte 2)”, 2019, https://www.youtube.com/watch?v=uTZ6l4qodio&feature=emb_logo, consultada: 15 de diciembre de 2020.

VILLIGER, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008.

VON BOGDANDY, Armin, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 6, n° 3-4,

UNITED NATIONS (Eds.), “Yearbook of the International Law Commission, Volume II”, Naciones Unidas, Nueva York, 1966.

b) otros

Constitución Política de la República (Chile), 1980.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945.

Ley N° 21.216, que permite la conformación de pactos electorales de independientes y garantiza la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme, 2020.

Ley N° 21.298, que reserva escaños a representantes de los pueblos indígenas en la Convención Constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes, 2020.

CÁMARA DE DIPUTADOS (Chile), “Proyecto de Reforma Constitucional: Modifica el Capítulo XV con el objeto de crear el quórum democrático; fortalecer la hoja en blanco; garantizar la participación ciudadana; posibilitar elección de delegados del exterior y creación de régimen de transición.”, 16 de noviembre de 2020, disponible en línea: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14223&prmTIPO=INICIATIVA>, consultada 15 de febrero de 2021.

PONENCIA

EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO: DE LOS SUPUESTOS LÍMITES AL PROCESO Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA UN NUEVO MARCO DE RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL

Manuel Yáñez Espinoza *

RESUMEN

La presente minuta pretende revisar los alcances del artículo 135 del texto constitucional vigente en relación con el proceso constituyente en curso en Chile. Al mismo tiempo el trabajo explorará los diversos modelos de relación entre derecho interno e internacional que puede recoger la Convención Constitucional en su propuesta de nueva Constitución.

PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional; Proceso constituyente; Constitución; Límites jurídicos; Relación con Derecho Interno.

* Abogado, Licenciado en Cs. Jurídicas por la Universidad de Talca, estudiante del programa de Magíster en Derecho (mención Derecho Público) de la Universidad de Chile, becario de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo. Correo electrónico: manuelyanez@outlook.es.

I.

Advertencia.

Este texto es solo una minuta explicativa de la presentación oral en los *X coloquios de derecho internacional* organizados por la Universidad de Concepción.

II.

Los alcances del artículo 135 de la Constitución en el proceso constituyente.

Constantemente se nos hace creer que el derecho internacional es la misma realidad que el derecho nacional, ya sean los operadores jurídicos que buscan densificar el marco del libre mercado mediante tratados internacionales de carácter comercial o quienes buscan densificar el contenido de los derechos fundamentales mediante los tratados o fuentes de derecho internacional referidas a los derechos humanos. Ya sea que se parta de premisas monistas o dualistas y sus variaciones o evoluciones, el hecho es que el derecho internacional es una realidad normativa que existe con plena prescindencia de los derechos nacionales como nos recuerda el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* y la reiterada jurisprudencia de los órganos judiciales internacionales que señala que los derechos nacionales (constituciones incluidas) no son más que un hecho ante su jurisdicción. La contracara de lo anterior, es lo que acertadamente en nuestro medio han sostenido las profesoras Ximena Fuentes y Miriam Henríquez, pues son las constituciones nacionales las que fijan la recepción, jerarquía y efectos de las fuentes de derecho internacional en los respectivos Estados.

La tradición constitucional chilena se ha caracterizado en una insularidad respecto del derecho internacional, así en la Constitución vigente de 1980 y sus sucesivas reformas da cuenta de una aproximación dualista racional a la materia siguiendo a José Pastor o un dualismo moderado siguiendo a Paola Acosta, lo que se suma a una regulación muy precaria del mecanismo de generar válidamente las obligaciones internacionales y una regulación muy escueta de una sola fuente del derecho internacional: los tratados. Lo que ha generado disímiles interpretaciones a nivel judicial sobre los efectos de las fuentes del derecho internacional en el derecho interno.

Así, la tarea del constituyente en el proceso que se nos avecina en materia de derecho internacional es de sumo interés.

III.

Conviene aclarar el rol que cumple el Derecho internacional público en el proceso constituyente a propósito de la innecesaria norma contenida en el artículo 135 del texto constitucional vigente que establece:

“El texto de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar (...) los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Esta norma constitucional que está dentro de los mal llamados “límites del proceso constituyente”, pero no es sino el reconocimiento de una regla del derecho internacional general que dispone que las obligaciones internacionales, y en particular los tratados internacionales, sólo pueden dejar de producir sus efectos en el derecho internacional en la forma que el mismo tratado dispone o conforme a otra regla de derecho internacional que lo permita (reglas generales que se condensan principalmente en los artículos 26, 27 y parte V de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*).

Es decir, la regla del inciso final del artículo 135 constitucional sólo señala una obviedad: las reglas de derecho internacional sólo dejan de producir sus efectos en la forma que el derecho internacional dispone, más allá de cualquier proceso constituyente en cualquier Estado nacional. Peor aún, es una reiteración de la regla contenida en el artículo 54 de la Constitución referida al proceso legislativo.

De ahí que utilice la idea de una realidad preexistente y paralela al proceso constituyente que definirá las bases del derecho interno en tanto realidad normativa. No pudiéndose por tanto interpretar que dicha norma le otorga una limitación creativa o soberana a la Convención, todo lo contrario.

Para concluir este punto y demostrar lo innecesaria de la norma del inciso final del artículo 135 es del todo ilustrativa la norma del inciso final del artículo 136 que excluye de la acción de reclamación de procedimiento específicamente a dicha materia:

“No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución”.

En este sentido, la norma no sería sino parte del conjunto de normas que son parte del derecho de la transición constitucional. Así el principio de unidad constitucional se rompe producto de las reformas constitucionales posteriores al acuerdo político del 15 de noviembre de 2019. Durante el proceso constituyente habrá dos constituciones vigentes: La Constitución de 1980 en extinción y el conjunto de normas especialmente dictadas para dar curso a la transición a una nueva Carta fundamental.

IV.

Un nuevo marco de relación entre el derecho interno e internacional: la oportunidad que abre el proceso constituyente.

Ya apuntábamos el precario marco de regulación constitucional vigente del derecho internacional y su recepción como realidad normativa en el derecho interno y ahí se jugará un rol por parte de la Convención al redactar su propuesta de nueva Constitución, sobre el particular, ACOSTA sostiene:

“pese a lo que digan las normas internacionales, hasta el momento se ha defendido la idea de que el uso de un modelo u otro recae en última instancia en el derecho nacional, toda vez que son las normas constitucionales las que determinan el uso del derecho internacional en el derecho interno y, con él, su validez y sus alcances a nivel nacional, independientemente de los efectos que ello tenga en el escenario internacional”.

Es decir, tenemos una oportunidad única para generar un estatuto constitucional que regule adecuadamente la relación entre derecho interno - internacional, regulando, por ejemplo: la forma de producir válidamente las obligaciones por parte de nuestro Estado en el derecho internacional de forma sistemática y la forma de recepción y los efectos de las fuentes del derecho internacional en el sistema de fuentes del derecho interno. Esto último facilitando y armonizando la interacción de los operadores jurídicos en el plano interno y generando mayor certeza jurídica en el ordenamiento jurídico nacional.

En este aspecto y, siguiendo nuevamente a Acosta, la definición de las cláusulas de articulación entre el derecho internacional y el derecho interno será clave. Dichas cláusulas tienen como objetivo, por una parte, resolver la incorporación/transposición/uso del derecho internacional en derecho nacional y, por la otra, una vez resuelto lo anterior,

determinar la jerarquía (si alguna) de dichas normas -transformadas o no- en relación con el derecho interno. Además, estas disposiciones dan luces sobre la forma de resolver conflictos normativos. Así, tenemos cinco tipos de cláusulas de articulación: 1. Las de admisión, 2. Las declarativas, 3. Las de remisión, 4. Las de interpretación y 5. Las de "jerarquía" o de solución de conflictos normativos.

V.

Quizás el rol más relevante que va ocupar el derecho internacional sea en la definición del estatuto de los derechos fundamentales en la nueva Constitución. Los delegados convencionales tendrán todo el marco que otorga el derecho internacional de los derechos humanos para crear un nutrido marco de derechos y garantías para la población, y por medio de los principios constitucionales orientar los debates de la sociedad chilena en el futuro de cara a la promoción de los derechos humanos.

Al respecto, en el ámbito de la apertura del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos encontramos dos categorías (siguiendo el trabajo de la Dra. Lilian Galdámez en la materia):

a) *El Derecho Internacional como canon hermenéutico.*

Varias constituciones iberoamericanas incluyen en su texto referencias al Derecho Internacional como criterio para interpretar los derechos constitucionales. En Latinoamérica incorporan esta cláusula las constituciones de Colombia, Perú y Bolivia. En Europa, las Constituciones de Portugal y España. La primera precede al texto español, el modelo portugués es incorporado en la Constitución española de 1978 donde el Tribunal Constitucional y la doctrina han desarrollado extensamente el alcance de la norma. Así el art. 10.2 de la Constitución española:

“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”.

A su vez, La Constitución de Bolivia vigente en su artículo 13 IV, señala:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que

prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

b) Cláusulas de reconocimiento

Por cláusulas de reconocimiento se entienden todas aquellas estipulaciones que se refieren a los tratados sobre derechos humanos, sea que señalen de forma expresa la posición que ocupan en el ordenamiento interno o no lo desarrollen.

El Reconocimiento de jerarquía de los derechos fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos puede manifestarse en un ordenamiento de diversos modos:

- Constitucional: Como en el caso de las recientes reformas constitucionales de Argentina y México.
- Prevalencia en el derecho interno: El mejor ejemplo es el caso de la Constitución francesa.
- No explicitando jerarquía: ha sido la situación de la Constitución Chilena.

VI.

En conclusión, en materia de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, soy de la idea que el mejor mecanismo para la futura Constitución es conjugar normas que establezcan una robusta interpretación conforme (siguiendo el modelo español) y una expresa prevalencia de las normas de los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos por sobre la normativa infra constitucional (siguiendo el modelo francés).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ACOSTA, Paola, “Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios constitucionales*, 2016, Vol. 14, n° 1.

FUENTES, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, *Revista de Economía y Derecho*, 2007, Vol. 15, n.º 4.

YÁÑEZ, Manuel, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables”, *Revista Derecho del Estado*, 2016, n.º 37.

Constitución Política de Chile, 1980

Constitución Política de España, 1978

Constitución de Portugal, 1976

Constitución de Colombia, 1991

Constitución de Perú, 1993

Constitución de Bolivia, 2009

Constitución de Argentina, 1994

Constitución de México, 1917

Ley N° 21.200 de 2019, sobre reforma constitucional

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969

CRONOLOGÍA DE LOS COLOQUIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

- 2011: Universidad Alberto Hurtado.
- 2012: Universidad de Concepción.
“El aporte de la jurisprudencia al Derecho internacional del siglo XXI”.
- 2013: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- 2014: Universidad Católica del Norte.
“Nuevas interpretaciones jurisprudenciales para el Derecho internacional”.
- 2015: Universidad de Chile.
“Nuevas interpretaciones jurisprudenciales para el Derecho internacional”.
- 2016: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
“Derechos humanos, comunidad y empresas”.
- 2017: Universidad Diego Portales.
“No-discriminación e igualdad en el Derecho internacional”.
- 2018: Universidad de La Frontera.
“¿Derecho internacional... o política internacional?”.
- 2019: Universidad del Desarrollo.
“Derecho Ambiental y Recursos Naturales”.
- 2021: Universidad de Concepción.
“Constitución Política y Derecho Internacional”.



Universidad de Concepción

www.udec.cl

M7 AÑOS
UNIVERSIDAD ACREDITADA
COMISIÓN NACIONAL DE ACREDITACIÓN
CNA-CHILE