

LA JERARQUÍA Y EL EFECTO DIRECTO DEL  
DERECHO INTERNACIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO

XIMENA FUENTES TORRIJO\*

Cualquier análisis sobre la jerarquía y el efecto directo de los tratados en los sistemas jurídicos nacionales debería partir con una simple pregunta: ¿qué beneficios y costos tiene el otorgar jerarquía superior y efecto directo al derecho internacional en el sistema jurídico doméstico? Las respuestas son múltiples y de variada complejidad. En Chile, ni el legislador, ni la doctrina ni los tribunales han querido reconocer esa complejidad.

En materia de jerarquía, la visión mayoritaria hoy es que todo tipo de tratados y normas internacionales gozan de un estatus jerárquico superior al derecho doméstico, con excepción de la Constitución. Esta es la doctrina que se conoce como la doctrina de la supralegalidad. En lo que se refiere al efecto directo de las normas internacionales ante los tribunales nacionales la posición es minimalista: el carácter claro y preciso de cualquier disposición de un tratado hace directamente aplicable esa disposición por los tribunales chilenos. Este artículo pretende explorar otras respuestas que pueden darse frente a los problemas que suscita la compleja relación entre el derecho internacional y el derecho doméstico, identificando el conjunto de criterios relevantes a la hora de determinar si el derecho internacional debe o no tener efecto directo ante los tribunales nacionales y otros órganos del estado, y su jerarquía.

---

\* D. Phil (Oxon). Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad de Chile. Este trabajo se inserta dentro del Proyecto Fondecyt N° 1070185.

Desde ya se puede adelantar que el derecho internacional público no ha regulado cuál debe ser la relación entre el sistema jurídico internacional y el respectivo sistema jurídico nacional dentro de cada estado. Esta materia le compete al derecho nacional. El derecho internacional público se ha limitado hasta ahora a señalar que en el sistema internacional, como es obvio, rigen las reglas del derecho internacional establecidas conforme al sistema de fuentes del derecho internacional, que el derecho doméstico en general no tiene fuerza normativa en el ámbito internacional y, que si existe alguna incompatibilidad entre las normas del derecho internacional y el derecho doméstico podría generarse responsabilidad internacional para el estado<sup>1</sup>. Ni el derecho internacional consuetudinario ni el convencional han intentado nunca establecer que el derecho internacional público *per se* cause o deba producir la nulidad o la inaplicabilidad del derecho doméstico por razón de su incompatibilidad con el derecho internacional<sup>2</sup>. Por lo tanto, el derecho interno de cada estado es soberano para determinar qué consecuencias, si es que alguna, tiene la incompatibilidad entre normas internacionales y las normas jurídicas nacionales.

Habiendo clarificado en forma preliminar que, como lo demuestra la práctica y la jurisprudencia, el derecho internacional y el derecho doméstico de los estados funcionan como sistemas jurídicos independientes, corresponde ahora examinar cómo es que muchos sistemas jurídicos nacionales han optado por otorgar una jerarquía superior a ciertas normas de derecho internacional público cuando éstas se incorporan al respectivo sistema jurídico nacional.

---

<sup>1</sup> Es así como el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Por su parte, el artículo 3° de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados dispone que: "La calificación de un hecho internacionalmente ilícito del Estado se rige por el derecho internacional. Tal calificación no resulta afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno".

<sup>2</sup> SANTULLI, Carlo, *Le Statut International de L'Ordre Juridique Étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international* (Pedone, 2001), p. 425: "...l'inadaptation du droit interne ne se traduit pas par sa nullité, ni même par son inapplicabilité, mais, bien au contraire, par l'évaluation internationale de son application ou des conséquences de celle-ci. Si une prescription ou une proscription internes constituent ou provoquent la violation d'une proscription ou une prescription internationales, la juridiction internationale constatera que la violation a eu lieu par suite de la création ou de l'application du droit interne (il ne constatera pas la nullité ou l'inapplicabilité du droit interne)".

EL TRAUMA DE LA GUERRA Y SU IMPACTO EN LA  
RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La Primera Guerra Mundial impactó en algunos estados europeos que decidieron, entonces, reaccionar en contra de la guerra y abrazar la causa de la democracia, la paz y el estado de bienestar. En este contexto, algunas constituciones declararon el compromiso de sus naciones con la paz y el respecto del derecho internacional. Es así como el artículo 4° de la Constitución de Weimar (1919) establecía que: "Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas como tales, serán consideradas como formando parte integrante del derecho del imperio alemán". Asimismo, en el preámbulo se afirmaba que el pueblo alemán dictaba esa constitución animado, entre otros, por el interés de servir la causa de la paz tanto interna como externa. Como señala Cassese, la motivación del constituyente alemán al establecer estas reglas se encontraba en la necesidad de mostrarle al resto de los países europeos, después de la derrota en la Primera Guerra Mundial (iniciada por Alemania), que el pueblo alemán era amante de la paz y se comprometía a respetar sus compromisos internacionales.<sup>3</sup> Como se puede apreciar el texto de la Constitución de Weimar equipara al derecho internacional con el derecho federal alemán. Sin embargo, un análisis más detallado de la discusión que generó la redacción del artículo 4° revela que en verdad se consideró en ese momento que el derecho internacional consuetudinario no podía derogar a la ley federal alemana. A esta conclusión llega Cassese cuando explica que la intención era que sólo ingresara al derecho alemán el derecho internacional consuetudinario expresamente aceptado por Alemania. Se asumía, entonces, que una regla consuetudinaria que estuviera en contradicción con una norma del derecho alemán no era una norma aceptada por Alemania y, por lo tanto, no podría derogar al derecho federal alemán<sup>4</sup>.

La primera constitución que establecería la supremacía del derecho internacional sobre el derecho doméstico en el propio sistema jurídico nacional sería la Constitución española de 1931. El artículo 7° disponía que: "El Estado español acatará las normas universales del derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo". Hasta allí la Constitución imita

<sup>3</sup> CASSESE, A., "Modern Constitutions and International Law", 192 *Recueil des Cours* (1985: III), p. 357.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 359.

a la Constitución de Weimar, pero lo verdaderamente novedoso sería el artículo 65:

#### Artículo 65

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

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

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

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

Por lo tanto, de acuerdo a la Constitución española de 1931, la legislación nacional no puede derogar las disposiciones de un tratado en el ámbito doméstico a menos que previamente ese tratado sea denunciado. La razón para esta primacía que la Constitución de 1931 le otorgó a los tratados internacionales se debe al contexto en que esta constitución fue redactada: la postguerra y la idea de la democracia socialista. Los tratados son mirados en esta constitución como signos de progreso. Eso explica el lugar prominente que ocupan en ella el tratado de la Sociedad de las Naciones (artículos 76 y 77), las Convenciones de la OIT (artículo 76), y la Declaración de Ginebra o Tabla de los Derechos del Niño (artículo 43). La idea universalista del socialismo europeo es lo que inspira esta confianza en que en los tratados se pueden plasmar los ideales de un mundo mejor, que proscriba la guerra, proteja a los trabajadores y a todos los débiles. Y, de hecho, estos mismos ideales explican que se haya excluido a la costumbre internacional de la supralegalidad. Como dice Cassese, existía en esta época en algunos estados la sospecha de que el derecho consuetudinario podía reflejar solamente el resultado de las acciones de ciertas potencias occidentales dominantes<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 361.

La Segunda Guerra Mundial tendría un impacto enorme en el diseño de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en las constituciones europeas. La Constitución francesa de 1946 sigue la línea de la Constitución de Weimar y de la Constitución española de 1931 en el sentido de declarar que la República Francesa se compromete a cumplir el derecho internacional público.<sup>6</sup> Y en materia de jerarquía, la Constitución de 1946 imita a la española de 1931 otorgándole primacía a los tratados sobre la legislación doméstica. Los artículos relevantes disponían:

#### Artículo 26

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

#### Artículo 27

Los tratados relativos a organizaciones internacionales, tratados de paz, tratados comerciales, tratados relativos a las finanzas nacionales, tratados relativos al estatus personal y los derechos de propiedad de los ciudadanos franceses en el exterior, y aquellos que modifican la legislación interna francesa, así como aquellos que envuelven la cesión, permuta o anexión de territorios no serán definitivos hasta que no hayan sido ratificados por un acto legislativo.

Ninguna cesión, ni intercambio ni ninguna anexión de territorio será válida sin el consentimiento de las poblaciones involucradas.

#### Artículo 28

Los tratados diplomáticos debidamente ratificados y publicados tienen jerarquía superior a la legislación interna francesa, sus disposiciones no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas sin previa denuncia formal a través de los canales diplomáticos. En caso que se trate de un tratado de los mencionados

---

<sup>6</sup> En el preámbulo de la Constitución francesa de 1946 se puede leer: "La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple".

en el artículo 27, tal denuncia debe ser aprobada por la Asamblea Nacional, excepto en el caso de los tratados comerciales<sup>7</sup>.

Ya antes de la promulgación de la Constitución de 1946 existía en Francia una discusión doctrinaria sobre la interrelación entre los tratados y la legislación interna.<sup>8</sup> Algunos autores sostenían que una ley posterior podía derogar tácitamente a un tratado en el derecho francés. Otros sostenían que, en virtud de que los tratados tenían una fuente internacional, no era posible que un juez los dejara sin efecto doméstico. Y la Corte de Casación se inclinaba por encontrar una forma de reconciliar los tratados con la ley, pero con una tendencia a preferir la aplicación de la ley interpretando restrictivamente los tratados. Hasta que, por intervención del ejecutivo mediante decretos presidenciales, los tribunales comenzaron a preferir la aplicación del tratado sobre la ley. Sin embargo, si la propia ley contenía la intención de derogar un tratado en el plano interno, ya no era posible preferir al tratado. Esta última posibilidad fue la que quedó aparentemente excluida por el artículo 28 de la Constitución de 1946, que consagró la jerarquía supralegal en el propio texto consitucional.

Sin perjuicio de la claridad con que el artículo 28 de la Constitución francesa de 1946 estableció la primacía de los tratados sobre la ley, la aplicación de esta regla de supremacía por los tribunales franceses encontró igualmente obstáculos. El problema se refería al hecho de que los tribunales en Francia no tenían la facultad de realizar la revisión de las leyes inconstitucionales, por lo tanto, al parecer tampoco habrían tenido la autoridad para revisar la compatibilidad de las leyes con los tratados<sup>9</sup>. Por este motivo, por algún tiempo siguió primando la ley posterior sobre tratados ratificados con anterioridad.

El caso de Francia revela que la tensión que se produce entre el derecho internacional y la legislación doméstica se debe al hecho de que en cada sistema jurídico nacional existe una distribución de competencias públicas que obedece a una decisión política sobre cuál es el equilibrio óptimo entre

---

<sup>7</sup> Mi traducción.

<sup>8</sup> Ver PREUSS, L., "The relation of international law to internal law in the French Constitutional System", 44 *American Journal of International Law* (1950, N° 4), pp. 655-664.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 664.

los distintos órganos que constituyen el poder público que contribuirá a obtener de mejor forma ciertos bienes públicos valiosos. Las disposiciones constitucionales, entonces, aun cuando permitan la incorporación del derecho internacional al sistema jurídico nacional, no resuelven *per se* los problemas de jerarquía y autoejecutabilidad que se presentarán al intentar la implementación práctica del derecho internacional en el plano doméstico. Es necesario, entonces, que las constituciones regulen con más profundidad esta relación entre derecho internacional y derecho nacional. En la próxima sección se verá cómo la regulación más detallada de esta relación partió probablemente haciéndose cargo del problema de la mantención de la democracia y el respeto de los derechos humanos, porque no es casualidad que la tendencia a la supralegalidad se haya incrementado precisamente después de la Segunda Guerra Mundial.

#### EL DERECHO INTERNACIONAL COMO GARANTÍA DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

Como se apreció en la sección anterior, los primeros cambios que se produjeron en la forma en que las constituciones pretenden regular la relación entre el derecho internacional y el derecho interno estuvieron claramente inspirados por la idea de que afuera de las fronteras nacionales hay un derecho internacional que vela por la paz, por la democracia y por el respeto a los derechos fundamentales. Es por eso que, luego de la Segunda Guerra, se piensa que cuando un país se enfrenta al quiebre de su democracia y a la violación de los derechos humanos el derecho internacional puede ser la fuente normativa para controlar el poder totalitario.

Después de la Segunda Guerra Mundial la desconfianza en el derecho nacional es grande, después de todo, los dictadores pueden manipular la ley a su antojo. El mundo requiere la seguridad de que, aun cuando las leyes nacionales obedezcan a los deseos del dictador, todavía será posible hablar de la ilegalidad de sus actos. Las normas internacionales pueden cumplir esa función, tanto en el ámbito del sistema jurídico internacional como nacional. Pero si se quiere que el derecho internacional cumpla esta función en el derecho doméstico es necesario que a las normas internacionales se les otorgue una jerarquía superior a la ley para que el dictador de turno no se pueda deshacer fácilmente de las normas internacionales que hayan ingresado al sistema jurídico nacional.

Ya hemos señalado cómo el trauma de la Primera Guerra llevó a algunos estados a otorgarle primacía al derecho internacional sobre el derecho interno, pero que en la práctica esta jerarquía superior encontró obstáculos ya que los tribunales nacionales se resistían a dejar de aplicar las leyes dictadas por el poder legislativo. Pero el genocidio y la violación masiva de los derechos humanos durante la Segunda Guerra llevó a más constituciones europeas por la senda de declarar la supralegalidad para el derecho internacional.

Así Francia aprobó una nueva constitución en 1958 cuyo artículo 55 dispone que:

Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

La Constitución italiana de 1947 fue aun mas lejos al disponer en su artículo 10 que: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas".

En Alemania la Constitución de 1949 siguió la misma línea de la Constitución de Italia, estableciendo en el artículo 25 que:

Las normas generales del derecho de gentes (Volkerrecht) constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.

En Holanda, por su parte, la Constitución fue reformada en 1953 incorporando la siguiente disposición:

Las disposiciones legales vigentes dentro del Reino no se aplicarán si dicha aplicación está en conflicto con disposiciones de los tratados que sean obligatorias para todas las personas o con resoluciones de organizaciones internacionales.

A pesar del lenguaje de estas constituciones, los tribunales fueron construyendo su propia interpretación, resistiéndose a veces a los efectos demasiado radicales de la superioridad de los tratados sobre la legislación nacional. En Francia, como señala Buergenthal citando a Ronny Abraham, pasaron

treinta años antes que los tribunales franceses aceptaran la supralegalidad en forma amplia<sup>10</sup>. En Holanda los tribunales realizaron una interpretación restrictiva de la supraconstitucionalidad de los tratados, estableciendo que si el tratado no era autoejecutable el poder judicial no podía poner a los tratados sobre la legislación nacional<sup>11</sup>. En Alemania, sin perjuicio de lo que parece decir el artículo 25 de la Constitución, los tratados tienen la jerarquía que determine su ley aprobatoria<sup>12</sup>. Esto quiere decir que los tratados, que normalmente tienen jerarquía de ley federal, podrían ser derogados en el derecho alemán por una ley federal posterior<sup>13</sup>.

Tal vez la constitución europea con más éxito en establecer una jerarquía superior para los tratados internacionales ha sido la Constitución española de 1978. En la España post Franco también se tenía plena confianza en el derecho internacional y por eso la Constitución de 1978 le otorgó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española dispone que:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Por otra parte el artículo 96.1 establece que:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

---

<sup>10</sup> BUERGENTHAL, "Modern Constitutions and Human Rights", *Columbia Journal of Transnational* (1998).

<sup>11</sup> BRÖLMANN y VIERDAG, "Netherlands" en EISEMANN, *The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order. A Study of the Practice in Europe* (Kluwer Law International, 1996), p. 448.

<sup>12</sup> FROWEIN y OELLERS-FRAHM, "Allemagne" en EISEMANN, *The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order. A Study of the Practice in Europe* (Kluwer Law International, 1996), p. 84.

<sup>13</sup> *Ibid.*

Esta disposición no se refiere explícitamente a la jerarquía que deben ocupar los tratados en el sistema jurídico español, sin embargo, se ha interpretado que ninguna ley posterior podría derogar o modificar un tratado en el sistema jurídico español<sup>14</sup>. La suprallegalidad en el sistema jurídico español ya era aceptada con anterioridad a 1978. Así, el 25 de septiembre de 1958 el Consejo de Estado se había pronunciado a favor de la suprallegalidad de los tratados y lo mismo había hecho el Tribunal Supremo en 1970<sup>15</sup>.

#### EL MOVIMIENTO DE DERECHO HUMANOS Y LA CUESTIÓN DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN LATINOAMÉRICA

En Latinoamérica el primer país en establecer la jerarquía superior del derecho internacional sobre el doméstico fue Costa Rica que introdujo en el año 1968 una modificación en este sentido a la Constitución de 1949. Claro que aquí también los tribunales se resistieron a interpretar en forma demasiado entusiasta la disposición, lo que requirió una reforma constitucional de 1989 para lograr el cometido<sup>16</sup>. Hasta 1989 los tribunales entendían que cuando existía incompatibilidad entre un tratado y una ley, ellos no tenían competencia para dejar de aplicar la ley. Eso cambió cuando se entregó a la Sala Constitucional esta competencia.

El objetivo de estos desarrollos es claramente otorgar efectividad a los derechos humanos en el sistema jurídico doméstico, lo que pone al juez nacional en el rol de garante de la democracia y del respeto de los derechos humanos, aun en aquellos casos en que el ejecutivo y el legislativo puedan estar en manos de una dictadura. Habría eso sí que advertir que la mayoría de las veces los dictadores también se encargan de controlar al poder judicial. Sin embargo, el movimiento de derechos humanos, pese a lo que demuestra la experiencia, confía en que el poder judicial podría cumplir una función de garante aun en tiempos de dictadura.

---

<sup>14</sup> GÓMEZ ITZIAR, *Conflicto y Cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch (Valencia, 2005) pp. 47, 94 y 95.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>16</sup> BUERGENTHAL, "Modern Constitutions and Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law* (1998), p. 216.

Estos desarrollos pronto se fueron dispersando por Latinoamérica. En períodos posteriores a las dictaduras de los años ochenta, las constituciones de diversos países latinoamericanos comienzan a incorporar disposiciones que le otorgan a los tratados de derechos humanos una jerarquía, al menos, superior a la ley.

Así, por ejemplo, la Constitución argentina dispone en su artículo 75 N° 22 que entre las competencias del Congreso, le corresponde:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

El objetivo de este tipo de disposición es dotar de mayor efectividad a los tratados de derechos humanos poniendo el derecho internacional de los derechos humanos a disposición del juez nacional para que lo aplique con preferencia sobre la ley. La estrategia puede tal vez lograr resultados prácticos, siempre que el juez nacional logre mantener su independencia en períodos de dictadura, lo cual casi siempre es muy difícil.

LA EXPANSIÓN DE LA SUPRALEGALIDAD  
A LA GENERALIDAD DE LOS TRATADOS EN CHILE

En Chile las constituciones no se han preocupado especialmente por regular la relación entre las normas domésticas y el derecho internacional. De hecho, la Constitución de 1980 (tampoco lo hacía la de 1925) ni siquiera establece cuál es el procedimiento a través del cual el derecho internacional podría ingresar el sistema jurídico nacional. Lo único que la Constitución señala al respecto es que en la aprobación de los tratados que corresponde al Congreso se seguirán, en lo pertinente, los trámites de una ley. Apartir de esta escueta disposición se ha interpretado que esos trámites concluyen con la promulgación y publicación de la norma. Sin embargo, esta interpretación no es correcta en atención a que los tratados aprobados por el Congreso todavía no adquieren fuerza normativa para Chile, puesto que con posterioridad a la aprobación es necesario que el Ejecutivo los ratifique, cuestión que, incluso, podría no ocurrir nunca. Incluso, una vez que Chile ratifica un tratado, todavía hay que esperar que el tratado entre en vigor internacional para que Chile realmente esté obligado por el mismo. Es decir, la regla del artículo 54 de la Constitución relativa a la aprobación de los tratados sólo se refiere a este trámite, pero no dice que la promulgación y publicación sea la manera en que los tratados se incorporan al derecho chileno con posterioridad a su ratificación por el Poder Ejecutivo.

Sin perjuicio de la necesidad o no de promulgación y publicación de los tratados en el derecho chileno, lo cierto es que la jurisprudencia acepta que los tratados pueden ingresar al sistema jurídico chileno. Respecto de la jerarquía que ocupan los tratados en nuestro derecho, la doctrina y la jurisprudencia entendieron hasta 1989 en forma unánime, que los tratados tenían jerarquía de ley. El fundamento para esta interpretación es bastante simple. La jurisprudencia interpretó que, como los tratados en su aprobación por el Congreso, seguían el trámite de una ley, debían considerarse “como verdaderas leyes”. A modo de ejemplo se puede citar una sentencia de 1913, “Godoy y otros con Fisco” en que se lee:

(...) la estructura jurídica de los tratados internacionales, principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que ellos sean verdaderas leyes, ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial, se reúnen todos y cada uno de los requisitos

y elementos constitutivos de la ley, tal como la define el artículo primero del Código Civil<sup>17</sup>.

Otra sentencia de 1921 que va en la misma línea:

Considerando 3º:

Que los tratados internacionales, si bien son concluidos y firmados por el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones especiales, revisten, sin embargo, los caracteres jurídicos de verdaderas leyes, porque para que tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que leyes...<sup>18</sup>.

Esta situación comenzaría a cambiar con la reforma que se introdujo al artículo 5º inciso segundo de la Constitución de 1980. Esta reforma se inserta dentro del grupo de reformas que pactó la oposición a la dictadura con el saliente gobierno de Augusto Pinochet, preparando la llamada transición a la democracia. El nuevo inciso segundo del artículo 5º no dice explícitamente que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía supralegal, pero esta fue la interpretación que comenzó a ganar terreno gracias a la jurisprudencia. El inciso segundo del artículo 5º reformado dispone 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, garantizado por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Las reformas que se introdujeron en 1989 tenían por objeto garantizar una transición pacífica hacia la democracia. Pero la negociación que se realizó entre el gobierno democrático entrante y el gobierno saliente de Augusto Pinochet no fue transparente ni debatida con la ciudadanía. Eso explica entonces que no exista una regla explícita en la constitución reformada que le haya otorgado supralegalidad a los tratados de derechos humanos, sino que

---

<sup>17</sup> "Godoy y otros con Fisco" (1913), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, 2ª parte, sección 1ª, p. 104.

<sup>18</sup> "Sucesión Juan Gardaix con Fisco" (1921), *Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales*, 1921, primer semestre, p. 22.

se haya preferido redactar el inciso segundo del artículo 5° de manera que los tribunales pudieran posteriormente desentrañar esta jerarquía superior declarando que la misma estaba implícita. Esto queda claro en las palabras de uno de los negociadores de esta reforma:

La cuestión de interpretación que puede presentarse es en el caso en que haya en un tratado internacional una disposición incompatible con la Constitución de 1980, porque aquí tendría el intérprete que señalar cuál es el que prevalece. Si Uds. observan, la Constitución los colocó en un mismo rango, porque habla de asegurar los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Los colocó en un mismo plano.

Cuando se discutió, la verdad es que no se quiso zanjar expresamente –se los digo con toda honestidad– porque de ser zanjado en ese momento es muy posible que se hubiera entrabado la reforma constitucional. Entonces los negociadores llegamos a la conclusión de que esto debería ser interpretado por un tribunal. Uds. dirán que es una mala técnica constitucional... y es una mala técnica, no cabe la menor duda, es una mala técnica legislativa. Pero, frente a la situación en la que nos encontrábamos, de tener que convenir con un gobierno militar reformas constitucionales que para nosotros eran fundamentales para poder transitar a un régimen democrático, teníamos que aceptar situaciones de incertidumbre y también situaciones de insuficiencia técnica como la que describo. Son los tribunales los que, en consecuencia, van a resolver la situación frente a la incompatibilidad<sup>19</sup>.

No existió entonces una decisión explícita del constituyente de 1989 de otorgar una jerarquía superior a los tratados de derechos humanos pero lo que no puede negarse es que el artículo 5° inciso segundo contiene un compromiso político de respetar los derechos humanos. El mensaje político es que la soberanía popular reconoce una limitación en los derechos humanos, y que el propio concepto de lo que son los derechos humanos escapa al poder del soberano, aún del soberano democrático.

Pero este compromiso político no fue suficiente garantía para el movimiento de derechos humanos que entonces buscó que el inciso segundo del artículo 5° obtuviera aplicación judicial. Es decir, el movimiento de derechos

---

<sup>19</sup> CUMPLIDO, F., "Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos", en IRIGÓN (ed.) *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile), p. 194.

humanos en Chile hizo lo que Francisco Cumplido ya había previsto: pidieron a los tribunales la interpretación del artículo 5° para obtener la aplicación preferente de los tratados internacionales sobre la legislación.

Ante los tribunales se podía intentar, entonces, una interpretación del inciso segundo del artículo 5° que le otorgara jerarquía supralegal a los tratados de derechos humanos en Chile. Se debe al respecto tener presente que cuando se intenta convencer a un tribunal, si se puede reforzar una determinada interpretación de una norma con argumentos adicionales, eso es bienvenido. Además, era necesario para los intérpretes determinar específicamente qué rango supralegal correspondía otorgar a los tratados de derechos humanos. Se debe considerar que el escueto artículo 5° ni siquiera menciona la palabra “jerarquía” ni los términos “aplicación preferente”. Las posibilidades interpretativas eran varias: (i) otorgarle jerarquía supraconstitucional a los tratados de derechos humanos; (ii) otorgarle jerarquía constitucional; (iii) otorgarle jerarquía infraconstitucional pero supralegal.

La búsqueda por un argumento adicional al propio texto del artículo 5° de la Constitución, que permitiera fundamentar la jerarquía superior que deben ocupar los tratados de derechos humanos en el derecho doméstico, descubrió que artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone, en el ámbito del respeto que los estados deben guardar a los tratados, efectivamente que el derecho internacional tiene primacía sobre el derecho interno de la siguiente manera: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Como se puede apreciar de la sola lectura de este artículo, éste establece una regla muy simple de responsabilidad internacional que excluye la posibilidad de que los estados se amparen en su derecho interno para evadir la responsabilidad que surge del incumplimiento de un tratado. Esto es consecuencia del hecho de que el derecho interno de los estados no tiene *per se* fuerza normativa en el ámbito internacional. En este sentido el derecho internacional, en el ámbito internacional, tiene primacía sobre el derecho interno de los estados. Y no podría ser de otra manera, puesto que si los estados pudieran evadir sus obligaciones internacionales mediante la invocación de normas domésticas, el derecho internacional perdería toda su fuerza normativa.

Por lo tanto, este artículo 27 de la Convención de Viena en ningún caso ha pretendido establecer una regla de supremacía del derecho internacional en el ámbito de los sistemas jurídicos nacionales. En los sistemas jurídicos nacionales cada estado es soberano para determinar cómo se relaciona el derecho nacional con el derecho internacional. Y es en ejercicio de esta prerrogativa que países como el Reino Unido rechazan la incorporación del derecho internacional, como tal, al sistema jurídico británico, o Estados Unidos establece que los tratados tienen jerarquía de ley, de la misma manera que lo hacía Chile hasta 1989. Sin embargo, el artículo 27 de la Convención de Viena comenzó en Chile, y en Latinoamérica a interpretarse como si obligara a todos los estados a otorgar en sus respectivos sistemas jurídicos jerarquía superior a los tratados sobre el derecho interno. Esto es ya un lugar común en la doctrina que es favorable a la supralegalidad de los tratados. Y esta interpretación errada del artículo 27 la realizan tanto tribunales domésticos como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>20</sup>.

Si se revisan los trabajos preparatorios del artículo 27 de la Convención de Viena, quedará aun más claro que esta disposición nunca tuvo por objeto regular la jerarquía de los tratados al interior de los sistemas jurídicos domésticos, sino que solamente se trata de una regla de responsabilidad internacional. Fue Paquistán quien, en la primera sesión de la Conferencia de Viena, en el año 1966, propuso incorporar esta disposición, con el objeto de despejar todas las dudas en cuanto a que una parte en un tratado no podía invocar su derecho nacional para eludir su responsabilidad por el incumplimiento de un tratado. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas explicó que la omisión de una disposición tal como la propuesta por Paquistán se debía a que, en su momento, se pensó que ese tipo de disposición pertenecía más al campo de la responsabilidad de los Estados que al derecho de los tratados. En efecto, Sir Humphrey Waldock,

---

<sup>20</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los tribunales de los estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación de contrastar las leyes nacionales con la propia Convención Americana y, en caso conflicto de normas, dejar de aplicar la ley. Esto es lo que señaló la Corte Interamericana en el caso *Almonacid*, señalando que los jueces nacionales deben dejar de aplicar las leyes incompatibles con la Convención, las que “carecen desde sus inicios de efectos jurídicos”. La teoría se conoce con el nombre de “control de convencionalidad”: ver *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, pfs. 124 y 125.

redactor del proyecto de convención y consultor técnico de la conferencia señaló que:

El principio de la enmienda de Paquistán es un principio de derecho internacional generalmente reconocido, pero la Comisión consideró que caía en el ámbito de la responsabilidad de los Estados aunque guardara cierta relación con el derecho de los tratados. Al principio [él] se preguntó si no debía omitirse pura y simplemente este principio en el proyecto actual<sup>21</sup>.

En efecto, la existencia de normas del derecho interno que contradicen a los tratados genera responsabilidad internacional y, por ende, era una materia para ser tratada a propósito de la responsabilidad internacional de los Estados. Por este motivo muchas delegaciones en la Conferencia de Viena estimaron que incluir la disposición propuesta por Paquistán era innecesario. Así lo entendieron los delegados de los Estados Unidos<sup>22</sup>, de Italia<sup>23</sup> y de Francia.<sup>24</sup> Chile, por su parte, no se alejó de la interpretación general que se otorgó a la propuesta paquistaní. Es así como el delegado Barros expresó que:

La delegación de Chile cree muy conveniente la idea que inspira la enmienda de Paquistán y estima que sería aconsejable incorporar al proyecto una cláusula que establezca expresamente la prohibición de invocar las propias leyes constitucionales para eludir el cumplimiento de los tratados. Nada hay que oponer a que un Estado pueda invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento invocando su Constitución y aun menos su legislación nacional ordinaria<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Primer período de sesiones (1968). Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, Nueva York, 1969, p. 73, pf. 174.

<sup>22</sup> El Sr. Briggs (Estados Unidos) indicó que: "En cuanto a la enmienda de Paquistán, el representante de los Estados Unidos está de acuerdo con el principio que en ella se enuncia, pero estima que dicho principio corresponde más a una convención sobre la responsabilidad de los Estados que a una sobre el derecho de los tratados" (*Ibid.*, pf. 69, p. 167).

<sup>23</sup> El Sr. Maresca (Italia) señaló lo siguiente: "En la enmienda del Paquistán se propone que se inserte un concepto, que de hecho, siempre ha prevalecido en derecho internacional". *Ibid.*, pf. 43, p. 171.

<sup>24</sup> El Sr. Bresson (Francia) dijo que: "La delegación de Francia no pone objeciones a la idea propuesta por Paquistán, pero no cree que sea necesaria la adición". *Ibid.*, pf. 55 p. 172.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pfo. 33, p. 170.

Por lo tanto, estaba claro que la enmienda paquistaní nunca tuvo por objeto obligar a los estados a otorgar primacía al derecho internacional sobre el derecho interno en el ámbito del derecho nacional. El artículo 27 sólo se proponía reiterar que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en el ámbito internacional. Ningún estado votó en contra del artículo 27, lo cual merece especial consideración atendido el hecho de que, entre los Estados que aceptaron la norma se encontraban varios Estados que sólo otorgan, en su derecho interno, jerarquía legal a los tratados. ¿Cómo podrían, entonces, haber aceptado una disposición que habría traído como consecuencia la necesidad de efectuar una reforma radical a su derecho constitucional y a la distribución de competencias entre sus órganos internos?

Pero la mejor prueba de que el artículo 27 jamás tuvo la intención de transformarse en una norma sobre la jerarquía interna de los tratados, la constituye el rechazo de una enmienda presentada por Luxemburgo en el segundo período de sesiones de la Conferencia de Viena. Luxemburgo proponía que se incorporara a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados una disposición similar a artículo 5° de Tratado de Roma que creó la Comunidad Europea. Esta disposición establece la obligación de los Estados partes en la Convención de Viena de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar la ejecución de las obligaciones derivadas del derecho comunitario. La idea de Luxemburgo era que la Convención de Viena incorporara una disposición en el sentido de obligar a los Estados a tomar todas las medidas necesarias para garantizar la ejecución de un tratado en el plano doméstico. Esta enmienda podría haber significado la aceptación de una obligación internacional de otorgar jerarquía supraconstitucional a los tratados. Por este motivo fue rechazada. Estados Unidos dijo:

6. Cada Estado tiene derecho a determinar qué enunciado jurídico tiene mayor peso en la jurisdicción interna, cuando estén en pugna las leyes del país, y el artículo 23 bis [actual 27] aprobado por la Comisión Plenaria no menoscaba en modo alguno ese derecho. Tampoco afecta a los procedimientos internos para determinar la primacía del derecho interno, ya sea mediante una decisión basada en la relación cronológica entre las diversas medidas legislativas o mediante una decisión judicial sobre cuestiones constitucionales. El artículo estipula solamente que una parte en un tratado no puede justificar en el plano internacional su incumplimiento de una obligación convencional internacional invocando disposiciones de su derecho interno. Su delegación estima que esa norma, que está en consonancia con la práctica internacional general y, con-

cretamente, con la práctica internacional de los Estados Unidos, merece ser adoptada por la Conferencia...

7. En cambio, la propuesta de Luxemburgo no parece que agregue nada al artículo 23 bis [actual 27] y podría alterar el equilibrio entre las disposiciones del artículo 23 y el artículo 23 bis. De ahí que su delegación no pueda apoyarla<sup>26</sup>.

Por lo demás, si el artículo 27 de la Convención de Viena hubiera tenido por objeto establecer la jerarquía superior de los tratados en los sistemas jurídicos nacionales, todo el derecho doméstico debería quedar bajo la supremacía del derecho internacional, lo que quiere decir que todo el derecho internacional debería ser supraconstitucional en todos los países que hayan ratificado la Convención de Viena. Pero ni Chile ni en otros países se sostiene esta posición. En la mayoría de los países el derecho internacional está sujeto a la respectiva constitución. En Europa la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho doméstico se explica por una decisión política de entregar el ejercicio de ciertas atribuciones soberanas a los órganos comunitarios, pero aun en ese caso algunos tribunales constitucionales, como el alemán, han establecido que esas normas quedan sujetas al principio de supremacía constitucional. Y en nuestro país, el Tribunal Constitucional ha sido claro en señalar que los tratados están sujetos al principio de supremacía de la Constitución<sup>27</sup>.

En efecto, la discusión sobre el nivel de suprallegalidad que se puede asignar a los tratados en Chile vino a ser clarificada en forma importante por el Tribunal Constitucional. En el Fallo Rol N° 346 (2002) sobre el Estatuto de Roma, que es el tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional chileno señaló que los tratados se encuentran sujetos al principio de supremacía de la Constitución. Con esto se descarta, entonces, que los tratados puedan tener jerarquía constitucional y menos jerarquía supraconstitucional. Lo mismo se señala en el Fallo Rol N° 1.288 (2005) sobre la Ley Orgánica del propio Tribunal Constitucional

---

<sup>26</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Segundo Período de Sesiones (1969). Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, Nueva York, 1970, p. 54.

<sup>27</sup> Sentencia sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Rol N° 309) y sentencia sobre su propia Ley Orgánica (Rol N° 1.288).

en que se señala que, si bien los tratados no son leyes, tienen jerarquía de preceptos legales<sup>28</sup>. Sin embargo, esta jerarquía legal que le asigna el Tribunal Constitucional a los tratados internacionales, es especial en el sentido que a juicio del Tribunal no quedan completamente dentro de la órbita de las competencias del Congreso. El Tribunal Constitucional en el Fallo Rol N° 1.288 (2005) señala que el Congreso no podría derogar un tratado porque esto sólo le compete al Presidente de la República que conduce las relaciones internacionales de Chile<sup>29</sup>. El hecho de que en opinión del Tribunal Constitucional los tratados que ingresan al sistema jurídico chileno no puedan ser derogados ni por el Congreso ni por el propio Tribunal Constitucional, ni por ningún tribunal en la aplicación de la llamada “derogación tácita”, tiene un efecto en la solución de conflictos de normas que pudieran suscitarse entre el tratado y leyes domésticas. En caso de un conflicto normativo entre un tratado y una ley, el tratado primará y eso significa que el tratado, en su aplicación, tiene una jerarquía superior a la ley. Por eso, aunque el Tribunal Constitucional hable de que los tratados tienen jerarquía de precepto legal, la verdad es que su jerarquía en caso de conflicto normativo con leyes posteriores sería supralegal pero infraconstitucional. Como se puede apreciar, la gran consecuencia de la jerarquía supralegal es que una ley posterior no podrá derogar, explícita ni tácitamente, un tratado anterior.

Más arriba se señaló que, a causa de la interpretación errada del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se producen confusiones en el análisis de la interrelación de los tratados con el resto de las normas jurídicas chilenas. Esto se puede ver en la posición que ha tomado el Tribunal Constitucional respecto de las consecuencias del carácter infraconstitucional y supralegal de los tratados. Entre estas necesarias consecuencias normativas, el Tribunal Constitucional acepta que los tratados pueden ser objeto de una acción de inaplicabilidad. Sin embargo, cuando el Tribunal se pregunta sobre la posibilidad de que se presente contra un tratado una cuestión de inconstitucionalidad para que el tratado deje de producir efectos en el plano normativo interno, el fantasma del deformado artículo 27 de la Convención de Viena acecha, y el Tribunal Constitucional

---

<sup>28</sup> Ver Fallo del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.288, 25 de agosto de 2009, considerando cuadragésimosexto.

<sup>29</sup> *Ibid.* Considerando quincuagésimosexto.

en la sentencia Rol N° 1.288 de 2005 descarta esa posibilidad. La razón para distinguir entre la acción de inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad, descansa en el hecho que el Tribunal Constitucional sostiene que si la cuestión de inconstitucionalidad prosperara el tratado dejaría de tener efectos normativos en Chile y un país no puede dejar sin efecto sus obligaciones internacionales unilateralmente.

El error en que incurre el Tribunal es claro. En primer lugar, no hay razón aquí para distinguir entre la inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad porque el efecto de ambas acciones ante el derecho internacional es el mismo en ambos casos: en las dos situaciones Chile dejará de aplicar el tratado. En un caso dejará de aplicar el tratado en una gestión judicial en particular; en el otro caso, dejará de aplicar el tratado en forma general y total. A los ojos del derecho internacional no hay gran diferencia: en uno u otro caso Chile puede incurrir en una violación de las obligaciones asumidas por el estado en el tratado.

Pero el error más grave en el que incurre el Tribunal Constitucional se refiere a su argumento relativo a la supuesta modificación unilateral o intento de modificación de las obligaciones internacionales de Chile en el plano internacional. En este sentido, no es correcto describir la derogación expresa o tácita de un tratado en el ámbito doméstico como un intento de modificar o derogar o terminar las obligaciones de Chile en el plano internacional.<sup>30</sup> El derecho chileno y el derecho internacional son dos sistemas jurídicos distintos. De esta manera el derecho chileno carece de fuerza normativa en el ámbito internacional. Una ley chilena no puede derogar un tratado en el ámbito internacional y así lo reconoce el propio artículo 27 (ya citado) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De la misma manera, un tratado no tendrá efecto normativo en el plano nacional, a menos que

---

<sup>30</sup> De hecho esta distinción entre la derogación de un tratado en el ámbito doméstico y la derogación en el ámbito internacional, es clarísima tanto para internacionalistas como constitucionalistas cuando les corresponde pronunciarse sobre la Constitución boliviana (disposición décima transitoria) que exige a las autoridades bolivianas denunciar y renegociar los tratados que sean incompatibles con el derecho irrenunciable e imprescriptible a los territorios que le dan acceso al mar a Bolivia (artículo 266 de la Constitución de Bolivia). No hay duda que si Bolivia derogara el Tratado de límites de 1904 en aplicación de esta disposición constitucional, en el ámbito internacional, es decir, en el ámbito de las relaciones entre Chile y Bolivia, el tratado seguirá igualmente vigente ya que una parte no puede unilateralmente terminar un tratado.

una norma del derecho doméstico permita que el tratado ingrese al sistema nacional. Por lo tanto, aun cuando el Tribunal Constitucional aceptara derogar un tratado por su inconstitucionalidad, ese tratado seguirá obligando a Chile en el ámbito internacional mientras no termine por las causales de terminación dispuestas por el propio derecho internacional. Esto quiere decir que el Tribunal incurre en un gran error cuando piensa que una declaración de inconstitucionalidad implica que Chile deja sin efecto unilateralmente un tratado, porque esto último es normativamente imposible conforme a las reglas del derecho internacional.

En conclusión, la interpretación errada del artículo 27 de la Convención de Viena ha generado una gran confusión en lo que se refiere a las consecuencias que se siguen del carácter supralegal e infraconstitucional de los tratados en el derecho chileno. Para corregir esta situación es que se hace un llamado a efectuar una reflexión sobre los beneficios y costos que tiene la jerarquía supralegal para los tratados en el sistema jurídico chileno. Esa reflexión debe considerar la distribución de competencias que se ha establecido en Chile por la Constitución Política, tomándose en serio el hecho que en Chile el poder legislativo le corresponde al Congreso, que el Presidente tiene potestad reglamentaria y que conduce las relaciones internacionales del país. Y, por último, es necesario siempre tener presente el procedimiento mismo de negociación de los tratados en el ámbito internacional y cómo logran triunfar unos intereses sobre otros. Partiré por referirme a la forma de creación de normas en el sistema internacional.

LOS TRATADOS NO SON EXPRESIÓN DE  
UNA COMUNIDAD POLÍTICA ORGANIZADA, NI MENOS AÚN  
SON EXPRESIÓN DE UNA COMUNIDAD DEMOCRÁTICA

Se ha señalado ya en este trabajo que en la Europa de la postguerra el sentimiento generalizado es que, cuando las democracias fallan y alguien logra hacerse con el poder total, los ciudadanos pueden todavía encontrar el resguardo de sus derechos en el derecho internacional. Desde este punto de vista el derecho internacional aparece como un sistema jurídico donde las normas son las adecuadas para lograr la paz, el respeto de la dignidad de la persona y el progreso social. Esta visión ciertamente debe ser calificada de idealista porque no hay motivo alguno para pensar que el derecho internacional será siempre expresión de estos valores.

El derecho internacional es un sistema jurídico bastante complejo y actualmente hay más conciencia sobre cuáles son los intereses que subyacen a las reglas que se logran establecer, ya sea convencionales o consuetudinarias. El derecho internacional es un conjunto de reglas que logran ser consensuadas entre diversos Estados, muchos de los cuales están muy lejos de adherir a los valores democráticos, con el objeto de lograr ciertos objetivos que van en beneficio de los intereses de los que finalmente adhieren a esas reglas. El derecho internacional es el producto de la política internacional y, como tal, entonces, resulta extraño que una política internacional donde juegan los intereses particulares de los actores relevantes, que son los estados, y donde suelen imponerse los intereses de los más poderosos pueda producir reglas que conduzcan al progreso social de la humanidad como un todo. Esto no quiere decir, en todo caso, que no existan reglas internacionales que contribuyan a lograr objetivos que van en beneficio de todos. De hecho, las reglas básicas de protección de los derechos humanos son reglas sobre las cuales existe amplio consenso sobre su contribución a la dignidad humana.

Sin embargo, se debe tener claro que el derecho internacional no es representativo de ninguna comunidad política<sup>31</sup>. Teniendo esto presente, aun el derecho internacional de los derechos humanos puede tener efectos secundarios no deseados. Desde esta óptica, algunos autores critican la institucionalización de los derechos humanos señalando qué es lo que pierde cuando estos derechos comienzan a colonizar el dominio de la política. Es así como Martti Koskeniemi ha señalado:

...si bien la retórica de los derechos humanos ha tenido históricamente un efecto positivo y liberalizador sobre las sociedades, una vez que los derechos se institucionalizan como parte central de la cultura política y administrativo, ellos pierden su efecto transformador y son petrificados en un paradigma legalista que margina a los valores e intereses que se resisten a ser traducidos en el lenguaje de los derechos. De esta manera, el principio liberal de "la prioridad de lo correcto [right] sobre lo bueno [good]" resulta en una colonización de la cultura política por un lenguaje tecnocrático que no deja espacio para la articulación o realización de las concepciones del bien<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> KHAN, Paul, "El derecho internacional y la comunidad", en *SELA 2001: Estado de derecho y democracia*. Editores del Puerto, Buenos Aires (2001).

<sup>32</sup> Mi traducción del original en inglés: "...while the rethoric of human rights has historically had a positive and liberating effect on societies, once rights become institutionalized as a

Es tan claro hoy en día que el derecho internacional es representativo de intereses particulares y que encuentra grandes obstáculos para articular la idea de bien común que incluso la Organización Internacional del Trabajo encuentra críticos. En 1998 la OIT aprobó la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.<sup>33</sup> Para algunos el efecto de esta Declaración ha sido debilitar los derechos que los trabajadores han logrado ganar durante años de lucha, rebajándolos a la categoría de simples principios que puedan ser interpretados en el contexto de la globalización.<sup>34</sup> Se ha criticado la Declaración de la OIT de 1998 porque se dejan demasiados derechos de los trabajadores fuera de los principios básicos contenidos en la Declaración. Entre las razones que se han encontrado para explicar la selección de los “core principles”, Alston y otros exponen una muy interesante: los principios básicos escogidos en la Declaración de 1998 son todos principios procedimentales que denotan la opción por mirar los derechos de los trabajadores como derechos individuales reducibles a su libertad para elegir<sup>35</sup>. Y tal vez por eso no es casualidad que en el contexto del derecho internacional del libre comercio los negociadores se basen ahora en la Declaración de 1998 dejando de lado la discusión sobre el cumplimiento de los Convenios de la OIT<sup>36</sup>, después de todo la Declaración de 1998 tiene conceptos tan vagos que puede ser interpretada de una manera u otra a conveniencia<sup>37</sup>.

Lo que está ocurriendo con la Organización Internacional del Trabajo y la transformación de los derechos de los trabajadores, debería llamarnos la atención para estudiar con más detalle las formas de creación del derecho

---

central part of political and administrative culture, they lose their transformative effect and are petrified into a legalistic paradigm that marginalizes values or interests that resist translation into rights-language. In this way, the liberal principle of the ‘priority of the right over the good’ results in a colonization of political culture by a technocratic language that leaves no room for the articulation or realization of conceptions of the good”. KOSKENNIEMI, “The Effects of Rights on Political Culture’ in Alston”, *The EU and Human Rights*, 1999 (Oxford), p. 99.

<sup>33</sup> Ver texto en [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>34</sup> Ver en este sentido ALSTON, “‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regim”, 15 *European Journal of International Law* (2004), pp. 457 y ss. Ver también, ALSON y HEENAN, “Shrinking the International Labour Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work”, 36 *New York University Journal of International Law and Politics* (2004), pp. 221 y ss.

<sup>35</sup> ALSTON, “Core Labour Standards”, p. 487.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 499-506.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 520.

internacional. Pero está claro que los tratados se negocian normalmente entre unos pocos países o en grandes conferencias donde asisten los delegados de los Estados, pero el liderazgo es ejercido por las potencias poderosas. Las personas que participan en estas reuniones para representar a sus estados o a organizaciones privadas que logran acceder a estas conferencias normalmente se han especializado en los temas específicos sin conocer mucho lo que sucede en otras áreas. Es así como uno puede señalar que se van formando diversas comunidades epistemológicas en las diversas materias que cubre el derecho internacional. Así, existe la comunidad de expertos en derechos humanos, en medio ambiente, en comercio internacional, en protección de inversiones, en derechos laborales. El resultado es que muchas veces se crean normas que contradicen a otras normas o que no tienen en cuenta los efectos que pueden producir en otras áreas del derecho. Además cada comunidad tiene por objetivo lograr la mayor protección para los intereses que ellas defienden, sin tener en cuenta otras consecuencias.

Un caso que ilustra cómo se crean las normas en el derecho internacional es el del fracasado borrador de tratado multilateral de protección de inversiones que era negociado por los países de la OCDE, con exclusión de los países en desarrollo receptores de inversión extranjera. Además de criticarse su falta de inclusión en el proceso de negociación también se criticaba el contenido mismo de las reglas sustantivas que incorporaba. Por ejemplo, se criticó el concepto demasiado amplio de expropiación que incluía la expropiación directa y la indirecta. La expropiación indirecta se refiere a cualquier medida regulatoria tomada por un estado que se considere que tiene un efecto similar al de una expropiación. El tratado finalmente recibió tanta desaprobación de parte de la opinión pública que no logró convertirse en norma. Sin embargo, las mismas reglas serían establecidas de una manera distinta a través de la negociación bilateral. Existen actualmente más de dos mil tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones los que en su mayoría incluyen un concepto amplio de expropiación y otras cláusulas sustantivas de textura abierta que también se consideraban en el proyecto de tratado multilateral de inversiones de la OECD.

Atrás ha quedado el intento del Tercer Mundo por establecer un Nuevo Orden Económico Internacional. Ese intento de las décadas de los 50, 60 y 70, terminó por sucumbir al inicio de los noventa. Hoy existe un derecho internacional de protección de las inversiones que se basa en la existencia

de más de dos mil tratados de promoción y protección de inversiones, en los cuales los estados receptores de inversión se comprometen a mucho más que el antiguo estándar del mínimo trato internacional. Hoy día se podría decir que el compromiso es máximo: se debe indemnizar por las expropiaciones indirectas sin que exista una doctrina sobre expropiación indirecta en derecho internacional; se debe otorgar un trato justo y equitativo, sin que se defina qué se comprende en este concepto tan amplio; se prohíbe el trato discriminatorio, sin que tampoco quede claro qué significa discriminar en el contexto de la protección de las inversiones. Finalmente quienes han otorgado contenido a estos estándares de trato han sido los tribunales arbitrales sobre inversiones formados por abogados que forman parte de la comunidad epistemológica del derecho de la protección de las inversiones y que alternan entre su labor de abogados y su labor de árbitros en diferentes casos<sup>38</sup>. Estos arbitrajes muchas veces quedan fuera del dominio público en la medida que las partes pueden mantener la confidencialidad del procedimiento<sup>39</sup>.

En el ámbito del comercio internacional es claro también cómo las reglas son diseñadas por los Estados que tienen más poder. Éstos han logrado que el mundo abra sus fronteras a sus productos pero ellos siguen aplicando medidas proteccionistas para proteger su agricultura. La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el acceso a la salud parece estar resolviéndose a favor de los derechos de propiedad. Y hay un conjunto de organizaciones internacionales que comienzan a dirigir las políticas públicas de los países miembros sin contar con representatividad democrática ni *accountability*. No es extraño, entonces, que surjan críticas radicales como la del profesor indio B.S. Chimni para quien el derecho internacional es utilizado actualmente como un arma para obtener la recolonización del Tercer Mundo<sup>40</sup>.

En conclusión, hoy día no es correcto mirar el derecho internacional con los ojos del idealista que confía que las conferencias internacionales son el lugar para producir normas que contribuyan a la paz, a la defensa de los

---

<sup>38</sup> VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (OUP, 2007), p. 172.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> CHIMNI, "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", 8 *International Community Law Review* (2006), pp. 3 y ss.

derechos de los trabajadores, a la defensa de la democracia y los derechos humanos. Es verdad que muchas veces se podrán elaborar normas que van en ese sentido pero muchas otras las normas que resulten no serán sino la expresión de la voluntad de aquellos que quieren mantener el *status quo*.

Pero el movimiento de derechos humanos parece estar ajeno a las críticas que se hacen al derecho internacional como una herramienta del neoliberalismo. Es que en Chile la supralegalidad de los tratados internacionales ha permitido que los tribunales castiguen a algunos de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos que se cometieron durante el gobierno de Augusto Pinochet. Revisemos entonces cómo es que en Chile los tribunales han podido derogar tácitamente el D.L. de Amnistía dictado por Pinochet gracias al derecho internacional.

#### LOS EFECTOS DE LA SUPRALEGALIDAD SOBRE LA APLICACIÓN DEL D.L. DE AMNISTÍA

Respecto del D.L. de Amnistía, el derecho internacional logra en Chile lo que la política chilena no fue capaz de hacer: debatir abiertamente sobre una solución para el problema del castigo o perdón de los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Los tribunales han solucionado el problema de manera disímil. Algunos tribunales han aplicado el D.L. de Amnistía y se han negado a procesar a los violadores de derechos humanos. Otros se han amparado en el derecho internacional para derogar tácitamente el D.L. de Amnistía y obtener el castigo de los culpables<sup>41</sup>. Todo depende al final del tribunal encargado de investigar la causa, pero por lo menos existe la esperanza de las víctimas de obtener un tribunal favorable al castigo. Es entendible, entonces, que entre quienes creen que el Decreto Ley de Amnistía es inmoral muchos se sientan comprometidos con la supralegalidad del derecho internacional.

Como se ha dicho, uno de los temas de los cuales la transición chilena hacia la democracia no quiso hacerse cargo fue el tema de la vigencia del D.L. de Amnistía. Ha habido algunos intentos aislados en el Congreso para

---

<sup>41</sup> Ver el trabajo de Libertad TRIVIÑO, *¿Existe una Prohibición Absoluta en el Derecho Internacional de aplicación de Leyes de Amnistía en el Derecho Nacional?*, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, 2010, texto en [www.tesis.uchile.cl](http://www.tesis.uchile.cl).

derogar esta legislación heredada de la dictadura, pero nunca ha habido voluntad política suficiente para iniciar una discusión seria sobre su derogación. Por lo tanto, un tema tan fundamental para otros procesos de transición, en Chile ha quedado relegado al ámbito judicial y no político. Es decir, en definitiva, han sido los jueces los que han asumido la responsabilidad de tomar decisiones en esta materia.

Las soluciones que se han encontrado para dejar de aplicar el D.L. de Amnistía han sido de dos tipos: las que se basan en argumentos de derecho penal y las basadas en argumentos de derecho internacional. El argumento que se ha articulado desde el derecho penal se conoce como la teoría del “secuestro permanente”. Esta teoría permite no aplicar el D.L. de Amnistía en casos de detenidos desaparecidos en atención a que el delito excedería el ámbito temporal de aplicación del D.L. de Amnistía. En estos casos, como lo ilustra bien la Sentencia de la Corte Suprema en el caso Sandoval (Rol N° 517-2004), el derecho internacional sólo ha cumplido el rol de fundamentar algunos argumentos coadyuvantes, pero el argumento decisorio ha sido la existencia de un delito permanente que excede el plazo de aplicación previsto en el propio D.L. de Amnistía<sup>42</sup>.

Desde el punto de vista del rol del derecho internacional, los casos en que este derecho adquiere protagonismo son los casos de asesinatos ocurridos durante el plazo de aplicación del D.L. de Amnistía. En esos casos no es posible recurrir a la figura del delito permanente para escapar de los efectos de la amnistía. Por eso el caso Cerro Chena es importante<sup>43</sup>. En el caso de los ejecutados en el Cerro Chena, la manera que encontró la Corte Suprema para dejar de aplicar la Amnistía fue invocar las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario e interpretar estos tratados como si prescribieran una prohibición de las amnistías. La suprallegalidad pasa a ser fundamental para lograr el objetivo deseado. Las Convenciones de Ginebra fueron ratificadas por Chile en el año 1951. El D.L. de Amnistía fue dictado en 1978. Si los tratados tuvieran jerarquía legal, una ley posterior

---

<sup>42</sup> Para un comentario más detallado sobre la sentencia de la Corte Suprema en el caso Sandoval, Rol N° 514-2004 (ver FUENTES, X., “Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema en materia de derecho internacional”, 2 *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* (2005), pp. 1193 y ss.

<sup>43</sup> Caso Cerro Chena, Corte Suprema, Sentencia de fecha 13 de marzo de 2007, Rol N° 3.125-04.

los podría derogar tácitamente. En cambio, si los tratados tienen jerarquía supralegal, el D.L. de Amnistía no puede derogar a las Convenciones de Ginebra de 1951.

PENSANDO EN LOS EFECTOS  
PROBABLEMENTE NO DESEADOS DE LA SUPRALEGALIDAD

Se ha visto que la supralegalidad de los tratados es uno de los elementos fundamentales para poder lograr el castigo de algunos de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en Chile en los años setenta y ochenta. Revisemos ahora los efectos probablemente no deseados de la supralegalidad.

Para ello es necesario recordar que en cuanto a la creación, modificación y derogación de reglas el derecho internacional funciona de una forma muy distinta a los sistemas jurídicos nacionales. El sistema jurídico internacional carece de un órgano legislador central, por lo tanto, el poder de creación de normas jurídicas se encuentra disperso entre los distintos estados. Normalmente, los estados crean derecho a través de sus pactos libremente consentidos. Pero también se crea derecho a través de la conducta en un proceso de acción y reacción de los diversos estados. Esta última fuente es la costumbre internacional, la cual es difícil de probar y en donde juega un papel fundamental lo que diga la doctrina y los tribunales internacionales sobre el surgimiento de nuevas costumbres. El dinamismo que pueda presentar el derecho internacional depende en gran parte de la posibilidad de crear nuevas costumbres que modifiquen reglas consuetudinarias y convencionales anteriores.

Esto quiere decir que los estados que quieren cambiar las reglas internacionales existentes deben actuar, ya sea dictando leyes, realizando declaraciones, o suscribiendo acuerdos con otros países que van en contra de los paradigmas establecidos. Estas acciones, entonces, muchas veces van a corresponder a violaciones del derecho internacional existente y en la medida que encuentren apoyos en la comunidad internacional podrán convertirse en nuevo derecho.

Así fue como se logró crear la zona de las 200 millas de zona económica exclusiva hoy en día reconocida por la Convención de Naciones Unidas

sobre el Derecho del Mar y por el derecho internacional consuetudinario, y que tantos beneficios ha traído para los estados costeros. Chile fue el primer país en el mundo en declarar soberanía y jurisdicción sobre esta zona mediante una Declaración Presidencial de 1947 que en ese momento era claramente contraria a las normas del derecho internacional. ¿Qué habría sido de la zona económica exclusiva si los jueces nacionales hubieran debido declarar que las acciones del ejecutivo carecían de efectos por oponerse al derecho internacional?

En el caso de las inmunidades de jurisdicción el derecho internacional también ha evolucionado a partir de desarrollos en el derecho interno de los estados. El derecho internacional clásico otorgaba inmunidad absoluta a los Estados extranjeros y sus funcionarios ante los tribunales nacionales. En nuestro caso esta regla de la inmunidad absoluta está recogida en el Tratado de la Habana sobre Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) y también en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Sin embargo, los países distinguen hoy en día entre los actos de imperio (*iure imperii*) y los actos de gestión o comerciales realizados por estados (*iure gestionis*). La práctica internacional actual muestra que los tribunales nacionales en muchos países levantan la inmunidad estatal en el caso de los actos *iure gestionis*, lo cual incluye los contratos de trabajo. Si Chile dictara una ley en este sentido, como lo han hecho muchos otros países, ¿podría un tribunal señalar que esa ley no puede modificar los tratados existentes porque éstos son supralegales?

Y el caso sería aún más grave con las inmunidades estatales en casos de violaciones de derechos humanos, en que a partir del caso Pinochet (House of Lords, 1999) los estados comienzan a desconocer la inmunidad de los ex funcionarios de países extranjeros responsables de crímenes de lesa humanidad. Chile no tiene una ley que regule esta materia. Nuevamente, en la hipótesis que Chile dictara una ley en este sentido, ¿podrían los tribunales señalar que la ley no puede aplicarse por oponerse a un tratado anterior que establece la inmunidad absoluta?

Las hipótesis mencionadas anteriormente tienen por función ilustrar que la relación entre el derecho internacional y el derecho interno requiere en el ámbito doméstico de un análisis que permita, por una parte, al ejecutivo dirigir efectivamente las relaciones internacionales de Chile, lo que

implica a veces incumplir el derecho internacional, y, por otra parte, al legislativo aprobar leyes que tengan por función regular en Chile materias que la comunidad política chilena quiere regular, contribuyendo a crear una determinada práctica aunque ella vaya contra el derecho internacional establecido.

Los párrafos anteriores muestran cómo la supralegalidad de los tratados puede convertirse en un obstáculo para el diseño de la política internacional del país. Solamente se mencionan dos casos a modo de ejemplo, pero se puede pensar en un sinnúmero de situaciones en que la política internacional del estado puede verse obstaculizada por decisiones de tribunales domésticos por aplicación de la teoría de la supralegalidad. Sin embargo, el problema es más grave aún desde el punto de vista del poder soberano del estado para gobernar dentro del propio país.

La supralegalidad de los tratados tiene el grave defecto de contribuir a petrificar las reglas contenidas en los tratados en el derecho doméstico y hacerlas cuasi-inmunes a los cambios políticos que sufra el país. Para poner un ejemplo podemos pensar en los tratados de promoción y protección de inversiones que contienen una serie de reglas que pueden no ser las más adecuadas a los ojos de un nuevo gobierno. Es cierto que el tratado se puede denunciar. Pero, ¿qué sucede si el propio tratado contiene cláusulas de supervivencia que señalan que el estado seguirá obligado por diez años posteriores a la denuncia? Ese tipo de cláusulas de supervivencia es común en los tratados de promoción y protección de inversiones de manera que un juez nacional, en base a la teoría de la supralegalidad, podría eventualmente decidir que la legislación del nuevo Congreso no puede modificar los APPIs existentes<sup>44</sup>.

Los tratados de derechos humanos pueden también ser usados como herramientas para resistirse a los cambios legislativos dentro de un país. Todo dependerá de cómo los jueces nacionales quieran interpretar el lenguaje amplio de los derechos reconocidos en los tratados. El derecho a la vida podría interpretarse de manera de oponerse a una legislación doméstica relativa al aborto terapéutico, o a la píldora del día después. La libertad

---

<sup>44</sup> Por ejemplo, el Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y España tiene una cláusula de supervivencia de ¡20 años! (ver artículo 11).

de enseñanza se podría invocar en contra de una legislación que intentara establecer un sistema público de educación al estilo europeo. El derecho de propiedad se podría usar de diversas maneras para oponerse a leyes que quisieran establecer políticas públicas sociales, como lo demuestra el caso de Chile en que el derecho de propiedad, por ejemplo, fue usado en contra del establecimiento de un fondo solidario de salud.

En principio, en el derecho doméstico no existe ninguna norma imposible de cambiar, aunque es cierto que la justicia constitucional puede ser usada para resistir ciertas reformas en la medida que la conformación del respectivo tribunal así lo permita. El caso de Chile es paradigmático<sup>45</sup>. Pero los cambios legislativos son propios de las sociedades democráticas. Cambiar de gobierno por el de la oposición significa cambiar las políticas que hasta ese momento llevaba adelante quien detentaba el poder por otras. El carácter suprallegal de los tratados puede ser un elemento adicional para que los cambios legislativos sean aún más difíciles de realizarse. El que las normas del derecho internacional no se puedan modificar en el derecho interno, significa que toda un área del derecho queda fuera de la política doméstica con una fuerte tendencia a petrificar el *status quo* en una serie de materias que, tal vez requieren de una reforma. Los ciudadanos chilenos parecen recién empezar a darse cuenta de la dificultades impuestas por la Constitución de 1980 para hacer las necesarias reformas en relación con salud, educación y seguridad social.

Obviamente alguien dirá que los tratados nunca serán un verdadero obstáculo porque se pueden denunciar. A esto se puede responder que algunos tratados tienen cláusulas de supervivencia que pueden hacer que el tratado siga rigiendo por años después de su denuncia. Además, si sólo es una cláusula la que podría interferir con un cambio legislativo, ¿por qué denunciar todo el tratado? Pero lo más interesante de observar es que quienes responden que los cambios legislativos se pueden realizar simplemente denunciando los tratados, realmente no tienen una objeción de fondo al hecho de que un estado, en vez de denunciar un tratado *in toto*, recurra a un mecanismo menos drástico como es el de la derogación tácita.

---

<sup>45</sup> Ver al respecto ATRIA, "Jurisprudencia Constitucional", en MARSHALL (ed.), *Jurisprudencia Constitucional Destacada 2008-2009* (LegalPublishing, 2010), pp. 151-60.

### LA AUTOEJECUTABILIDAD DE LOS TRATADOS

Este es un tema poco estudiado en Chile. La autoejecutabilidad de los tratados se refiere a la posibilidad de que los órganos públicos nacionales, y muy especialmente los tribunales internos, apliquen directamente las normas contenidas en los tratados, sin necesidad de la dictación de una norma nacional que haya puesto en operación lo dispuesto en el tratado. En el caso particular de la autoejecutabilidad ante los tribunales ella implica que el juez puede aplicar directamente las normas de un tratado para resolver una controversia jurídica.

Como se puede apreciar, los efectos prácticos de la supralegalidad dependerán de que los tratados sean autoejecutables y por ese motivo es importante poder distinguir cuándo un tratado puede tener efecto directo y cuándo no. En Chile se ha desarrollado una teoría muy simple sobre autoejecutabilidad de los tratados según la cual todo tratado es autoejecutable en la medida que sus disposiciones tengan el “contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como derecho interno”<sup>46</sup>. Esta definición genera más preguntas que respuestas, ya que no define cuáles son los criterios para determinar si el contenido y precisión de una norma internacional la habilita para ser aplicada directamente por un tribunal en la resolución de un caso determinado. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su fallo sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT (Rol N° 309), ha estimado que el lenguaje de un tratado indicará que éste no es autoejecutable cuando el texto requiere en forma clara que se dicten reglas adicionales para implementarlo. Por lo tanto, lo único que se puede inferir de esta definición del carácter autoejecutable de un tratado es la distinción entre normas internacionales que tienen un lenguaje programático y normas que no están redactadas en forma programática.

Lo que el Tribunal Constitucional no quiso ver es que hay normas contenidas en tratados que no están redactadas en forma programática y, sin embargo, no suelen tener efecto directo en los sistemas jurídicos nacionales. Así, por ejemplo, una regla en un tratado que tipifica un delito, puede estar redactada en términos muy claros y precisos, señalando, por ejemplo, que

---

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 309 sobre el Convenio N° 169 de la OIT (2000).

los estados prohíben la tortura y definiendo lo que se entiende por tortura; sin embargo, por aplicación del principio de legalidad en materia penal, probablemente para que la tortura sea sancionada penalmente en el derecho doméstico de muchos países, incluido Chile, será necesario dictar una ley que así lo determine. De hecho, eso es lo que ocurrió en Chile con la tipificación de los delitos contenidos en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. No bastó que ese tratado tipificara delitos sino que fue necesario dictar la Ley N° 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

En la doctrina y jurisprudencia comparadas se han desarrollado varios criterios para determinar el carácter autoejecutable de las normas de un tratado. Estados Unidos fue el primer país en resolver la cuestión de la autoejecutabilidad a través de una norma constitucional. En efecto, la cláusula VI de la Constitución de los Estados Unidos, llamada también cláusula de la supremacía, establece que los poderes legislativos y los tribunales estatales quedan sujetos a las reglas federales y a los tratados suscritos por el poder federal<sup>47</sup>. De esta manera, los redactores de la Constitución de los Estados Unidos querían evitar que los estados de la federación pudieran con sus acciones llevar a Estados Unidos a violar los compromisos internacionales asumidos en tratados. Como se puede apreciar, el objetivo de la autoejecutabilidad era evitar el incumplimiento por órganos estatales a nivel subfederal. Desde este punto de vista, la cláusula de la supremacía es una forma de distribuir competencias entre órganos estatales y órganos federales. La suscripción de tratados internacionales, incluido su posible incumplimiento, queda entregado a los órganos federales. Ahora, esta función distribuidora de competencias que cumple la cláusula de la supremacía también se puede apreciar en la relación entre el poder judicial y el poder legislativo de los Estados Unidos. De esta manera, serán los tribunales quienes deban dar aplicación a los tratados dentro de los Estados Unidos, pero, como dice Vásquez, esta competencia es sólo provisional por cuanto el poder legislativo siempre podrá dictar una ley que contradiga al tratado y, entonces, los tribunales tendrán que aplicar la ley posterior en vista que

---

<sup>47</sup> This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every state shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

en Estados Unidos los tratados tienen la misma jerarquía que la ley (*lex posterior derogat legi anteriori*)<sup>48</sup>.

El tema de la autoejecutabilidad se ha seguido complejizado en los Estados Unidos y la explicación para ello se debe buscar precisamente en el hecho de que este tema se encuentra intrínsecamente relacionado con la distribución de competencias entre el legislativo, el ejecutivo y el poder judicial. Es así como, aun cuando la Cláusula de la Supremacía parecía darle carácter autoejecutable a todos los tratados, la doctrina y la jurisprudencia han tratado de crear una teoría según la cual no todas las normas contenidas en tratados son autoejecutables. Vásquez indica los siguientes tres criterios que pueden llevar a que en Estados Unidos un tratado (o algunas de sus normas) no sea autoejecutable: (i) la intención de los Estados Partes en el tratado; (ii) la materia regulada está reservada, conforme a la Constitución, al poder legislativo; (iii) no existe en el derecho de los Estados Unidos un derecho de acción para que el demandante pueda pedir que se aplique el tratado directamente<sup>49</sup>.

Respecto del primer criterio, a veces los tribunales de los Estados Unidos no buscan la intención de los estados partes en el tratado, sino simplemente se contentan con identificar la voluntad del ejecutivo estadounidense. Aparte de estos criterios, algunos tribunales incluso a veces examinan las implicaciones de la autoejecutabilidad para el sistema jurídico estadounidense en general<sup>50</sup>.

La experiencia de Estados Unidos demuestra que este es un tema constitucional complejo. En Chile podemos mirar esa experiencia y la de otros países para construir una teoría sobre la autoejecutabilidad de los tratados que debería tener como eje central el sistema de distribución de competencias que existe en la Constitución.

---

<sup>48</sup> VÁSQUEZ, Carlos Manuel, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", 89 *American Journal of International Law* (1995), p. 696.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 697.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 711.

## CONCLUSIONES

La teoría de la supralegalidad que se ha establecido en el sistema jurídico chileno y la práctica jurisprudencial en materia de autoejecutabilidad favorecen ciertamente el cumplimiento del derecho internacional a toda costa. La idea es que el Estado no pueda dejar de cumplir sus obligaciones internacionales mediante la dictación de normas que sean contrarias al derecho internacional. Sin embargo, este diseño de la relación entre derecho internacional y derecho interno tiene costos altos sobre los cuales es necesario reflexionar.

El punto de partida de toda reflexión relativa al lugar del derecho internacional en el sistema jurídico doméstico debería ser la constitución porque en ella se ha establecido una determinada distribución de competencias entre poder legislativo, ejecutivo y judicial que obedece a una lógica democrática que el derecho internacional no debería distorsionar. En nuestro país el sistema de distribución de competencias de la Constitución de 1980 tiene ya varias distorsiones al principio democrático que deberían desaparecer. Agregar otra distorsión, mediante la supralegalidad de los tratados parece, a lo menos, un tanto masoquista.

Otro aspecto que debería ser considerado al analizar la relación del derecho internacional con el derecho nacional se refiere al déficit democrático del derecho internacional que se traduce en formas aristocráticas de creación de normas. En la medida en que el derecho internacional carece de un legislador central y de una comunidad política universal donde los ciudadanos del mundo puedan participar democráticamente, se debe reconocer que la forma de traer cambios al sistema internacional es precisamente mediante prácticas nacionales que pueden llegar a transformarse en normas consuetudinarias, modificando a las antiguas normas consuetudinarias e incluso a los tratados. Pero para ello los órganos nacionales deben estar dispuestos, a veces, a incumplir las normas internacionales vigentes. La historia del derecho internacional demuestra que el incumplimiento —dependiendo obviamente del tipo de regla— es muchas veces un motor de cambio.