

EDITORIAL

NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL

Las elecciones para seleccionar a los miembros de la Convención Constituyente de Chile deberían haber sido llevadas a cabo a mediados de abril. Sin embargo, en estos tiempos de pandemia, el refrán “uno propone y Dios dispone” exhibe mejor su sabiduría. En efecto, las elecciones fueron aplazadas para los días 15 y 16 de mayo, y solo en el próximo editorial veremos cómo ha avanzado la agenda constitucional. Mientras tanto, atendida la relevancia del momento constituyente, los juristas tenemos la responsabilidad de involucrarnos y contribuir a este proceso. La Revista Chilena de Derecho está constantemente aportando al debate jurídico, lo que indirectamente contribuye al proceso constituyente, pero nos pareció apropiado aportar algo más. La Revista no publica números temáticos, y por diversos motivos no es posible hacer una excepción y dedicar uno al proceso de reforma constitucional. Por ello, aportaremos mediante el editorial de este número, dedicado al ámbito donde el director de la Revista se desempeña académicamente.

El Derecho internacional adquirió un rol bastante protagónico en el procedimiento para la elaboración de la futura carta magna, porque el nuevo artículo 135 de la Constitución estableció que el texto que se someta a plebiscito deberá respetar “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Atendido esto, sería razonable pensar que esta área es muy relevante y bien tratada en la Constitución actual. Sin embargo, el Derecho internacional, si bien relevante, no alcanza a tener ni un solo artículo completo en la Constitución. Está regulado solamente en un par de números de dos artículos (32.15 y 54.1), en una frase del artículo 5.2, y en un par de otras referencias al tratar del Tribunal Constitucional (Arts. 93 y 94). Las Constituciones anteriores regulaban la materia aun menos.

La carta magna chilena es relativamente completa en algunas materias técnicas del Derecho internacional público, por ejemplo, regula el procedimiento que debe seguir el Congreso para aprobar o desechar los tratados que les proponga el presidente de la República; se refiere a que el Congreso puede proponer la formulación de reservas o declaraciones interpretativas, así como a la posibilidad de retirarlas de un tratado ya ratificado; señala un procedimiento para denunciar un tratado, entre otros¹. Sin embargo, la Constitución no es clara en cuestiones fundamentales del Derecho internacional, como su incorporación al ordenamiento patrio y su jerarquía. Esto ha hecho que, en gran medida, esta área del Derecho haya sido normada jurisprudencialmente, lo que genera una regulación inorgánica y poco clara. Por ello, la actual discusión constitucional es una buena oportunidad para normar adecuadamente el Derecho internacional.

¹ Consideramos conveniente mantener esta regulación. Otros piensan que parte de ella –en particular, la de las reservas– puede ser más propia de una regulación infraconstitucional. Véase CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio (2021): “Derecho Internacional y Constitución”, *Actualidad Jurídica*, vol. 43: pp. 93-107, pp. 122-124.

DERECHO INTERNACIONAL Y BIEN COMÚN

El Derecho internacional público es un conjunto de normas que rige el actuar de los Estados y otros sujetos internacionales. A grandes rasgos, esta área constituye el mecanismo a través del cual los actores internacionales se autorregulan. Mediante el Derecho internacional público, los Estados pueden, entre otras cosas, coordinar su actuar, resolver conflictos, crear organizaciones intergubernamentales y fijar reglas sobre el tratamiento que hacen de sus propios nacionales, por ejemplo, en materia económica o de derechos humanos. El Derecho internacional permite que los Estados se unan para conseguir el bien común, cuando ellos no pueden alcanzarlo por sí mismos.

Un principio ligado al bien común enseña que conviene que sean las comunidades menores o inferiores las que atiendan a sus propios fines o necesidades, y que los cuerpos más complejos no se inmiscuyan en tales asuntos, a menos que aquellas se lo hayan pedido o no puedan atenderlos por sí mismas². Este principio es el de subsidiariedad, y tiene dos facetas, una que dispone que la comunidad superior se abstenga de actuar, y otra que le exige actuar. Dicho principio permite que los más cercanos a un determinado problema, quienes mejor lo conocen, sean los que encuentren el modo más apto de resolverlo, contribuyendo a que las soluciones sean más eficaces. El principio de subsidiariedad también evita que las sociedades mayores se inmiscuyan en los asuntos de las comunidades más pequeñas, evitando así totalitarismos. En otras palabras, es un principio que favorece el desarrollo de una sociedad civil más viva, diversa, fuerte, libre e independiente.

El Derecho internacional y el principio de subsidiariedad se relacionan, pues dicho ordenamiento es útil y necesario, pero debe procurarse que no regule áreas que los Estados pueden normar adecuadamente. En efecto, los Estados son comunidades más pequeñas y cercanas a los problemas que la comunidad internacional, por lo que tienen un derecho y un deber previo de coordinar los esfuerzos de sus cuerpos intermedios para alcanzar el bien común. Podemos ilustrar este principio con un tema actual: el Covid-19. Será útil que los Estados establezcan o encarguen a un órgano internacional el rol de coordinar los esfuerzos estatales para superar la pandemia, pero la extensión de los poderes de este órgano internacional debiera limitarse a las cuestiones que los Estados no puedan resolver por sí mismos. Así, por ejemplo, debe evitarse que este órgano, regulado por el Derecho internacional, determine qué actividades públicas deben prohibirse, en atención a que los Estados están más capacitados para hacerlo, debido a su conocimiento de las condiciones de su población, y de los valores y bienes que le son más preciados.

En definitiva, el Derecho internacional es muy necesario para regular asuntos que los Estados no pueden enfrentar individualmente, como el comercio internacional, los asuntos medioambientales de carácter global, el funcionamiento de correos o el tráfico marítimo. No obstante, los Estados no deben desligarse de sus deberes de regulación y encargárselos a la comunidad internacional. En parte, esto es así porque los ciudadanos eligieron democrá-

² Pío XI (1931): *Quadragesimo Anno*. Disponible en: http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2021, párr. 79. Sobre el tema, véase ORTÚZAR, Pablo (ed.) (2015): *Subsidiariedad. Más Allá del Estado y del Mercado* (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad).

ticamente a las autoridades estatales, no a las internacionales, para regular el mejor modo de alcanzar el bien común. Por ello, sería un despropósito y un quiebre en la confianza de los votantes que el Estado renuncie a sus propios poderes, alejando así de las autoridades electas democráticamente la toma de decisiones. En consecuencia, los Estados deben obligarse conforme al Derecho internacional, pero solo cuando sea imprescindible para alcanzar el bien común, cuando procure un beneficio real para los gobernados y las sociedades intermedias. Esto también evitará que las autoridades nacionales utilicen el Derecho internacional para presionar cambios normativos a nivel interno, alegando frente a los gobernados que ciertas decisiones son exigidas por normas u organizaciones sobre las que no se tiene mayor control.

INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y AUTOEJECUTABILIDAD

Nuestra Constitución dispone que el presidente de la República es el encargado de conducir las relaciones políticas internacionales³, lo que es razonable en virtud de la historia nacional y las características del Poder Ejecutivo, tales como su dinamismo y potencial eficiencia. No obstante, en atención a sus importantes efectos, la Constitución dispone que los tratados solo pueden ratificarse –salvo excepciones menores⁴– una vez que el Congreso los ha aprobado con el quórum correspondiente. Para hacer esta aprobación, el Congreso sigue el mecanismo de tramitación de una ley, pero con las particularidades que se derivan de la naturaleza de los tratados (por ejemplo, el Congreso no puede modificar su texto, y no tendría sentido que el Presidente pudiera ejercer el veto). Si el tratado fuera contrario a la Constitución habría que hacer una reforma constitucional en forma previa, como ocurrió cuando se aprobó el tratado que creó el Tribunal Penal Internacional, que iba en contra de lo dispuesto en la Constitución en materia de jurisdicción de nuestros tribunales⁵. No obstante estas varias reglas sobre la aprobación de tratados, la regulación constitucional del Derecho internacional es lacónica en Chile. Por ello, incluso, existen dudas sobre si nuestro sistema es principalmente monista o dualista en materia de incorporación del Derecho internacional.

Se afirma que los tratados internacionales se incorporarían a nuestro ordenamiento jurídico siguiendo el modelo dualista, una vez que, después de ratificados internacionalmente, sean promulgados y publicados por el Ejecutivo⁶. Sin embargo, esta fórmula es insuficiente, pues no distingue entre la ratificación de tratados que ya están en vigor, y la de tratados que requieren aún del cumplimiento de otros requisitos para entrar en vigor

³ Art. 32 N° 15, CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

⁴ La Constitución dispone en su artículo 54, número 1, inciso cuarto: “Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria”. CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

⁵ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998 (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346, 8 de abril de 2002, cons. 59 a 75 (particularmente el 74).

⁶ VARGAS CARREÑO, Edmundo (2017): *Derecho Internacional Público* (Santiago, El Jurista, segunda edición) p. 202.

(como podría ser la ratificación por un determinado número de Estados o el paso de un lapso de tiempo). Atendido que un tratado no es equivalente a una ley interna, y que generalmente busca obligar a los Estados en forma recíproca, en un *quid pro quo*, sería más razonable afirmar que los tratados se incorporan a nivel interno una vez que, promulgados y publicados por el Ejecutivo, han entrado en vigor en el ámbito internacional. En efecto, no sería razonable, por ejemplo, que el Estado de Chile se vea obligado a rebajar tasas arancelarias en virtud de la ratificación de un tratado multilateral de libre comercio, cuando los demás Estados aún no están obligados a hacer lo mismo. Sin perjuicio de ello, la Constitución podría hacer excepciones. Por ejemplo, sería razonable considerar que ciertos tratados que no establecen un *quid pro quo*, como los de protección de los derechos humanos, se incorporen a nuestro ordenamiento desde el momento de la ratificación, si así lo dispusiera el Congreso.

En todo caso, la incorporación de un tratado no implica que éste sea directamente aplicable o autoejecutable. En efecto, en muchas ocasiones los redactores de tratados incluyen normas que son solo programáticas, que son declaraciones de buenas intenciones que buscan tener un efecto político más que una aplicación directa. Los tratados pueden también contener normas poco precisas, que hagan imposible aplicarlas sin que medie legislación. Por ejemplo, una convención internacional puede establecer un derecho a la seguridad social, pero no disponer si un Estado debe adoptar un sistema de reparto o uno de capitalización individual. Así, un tribunal que fallara sobre la base de dicha norma internacional estaría legislando. El concepto de la autoejecutabilidad ha sido recogido por nuestro Tribunal Constitucional⁷, pero no está claro qué tratados tienen dicha naturaleza. Los tribunales chilenos suelen considerar que los tratados internacionales son autoejecutables⁸, sin plantearse las complejidades que puede tener dicha determinación⁹. Como consecuencia, incluso ha ocurrido que algún juez ha aplicado directamente normas que el Tribunal Constitucional definió expresamente –fundado en el mismo texto del tratado– como no autoejecutables¹⁰.

Nuestra Constitución debiera regular el tema de la autoejecutabilidad, por ejemplo, disponiendo que el Congreso deba definir expresamente qué normas son autoejecutables al momento de aprobar la ratificación de un tratado. Podría también exigirse que el decreto promulgatorio señale expresamente cuáles son las normas que buscan ser aplicadas por los tribunales o por órganos administrativos. Para tomar esta decisión, el legislador debiera cumplir con los quórums respectivos y sujetarse a principios constitucionales o jurídicos

⁷ REQUERIMIENTO PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO N° 169, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, ADOPTADO POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, EL 27 DE JUNIO DE 1989 (2000): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 309, 4 de agosto de 2000, considerando 48.

⁸ FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARIAS, Diego (2018): “El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 25, N° 2: p. 122.

⁹ V.gr., FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARIAS, Diego (2018): “El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 25, N° 2: pp. 140-144.

¹⁰ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2014): “Tradiciones Indígenas en la Aplicación de la Ley Penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, N° 2: pp. 275-276.

básicos. Por ejemplo, en atención al principio según el cual las penas pueden imponerse solo existiendo norma legal expresa, no debiera considerarse autoejecutable la norma de un tratado que exija el establecimiento de delitos¹¹. Asimismo, entendiendo que ni la Administración ni el Poder Judicial tienen competencia para legislar, no debieran considerarse autoejecutables las disposiciones de un tratado que fueran muy abiertas. También debieran tenerse en cuenta otros factores para determinar la autoejecutabilidad, como la intención de los Estados al acordar las normas del tratado.

En relación con la costumbre internacional –otra fuente principal del Derecho internacional–, nuestra jurisprudencia ha definido que ella se incorpora inmediatamente a nuestra legislación, sin necesidad de acción estatal alguna. Bastaría solo que la costumbre exista a nivel internacional para poder aplicarla, lo que revelaría una práctica monista. Esta forma de entender la vigencia de la costumbre a nivel nacional puede evitar que actos estatales conlleven la responsabilidad internacional por violarla. Sin embargo, se ha discutido si ella es una práctica adecuada, considerando que nuestros tribunales pueden no contar con la capacidad para determinar qué norma ha alcanzado los requisitos básicos de toda costumbre internacional: la práctica constante y uniforme, y la necesaria *opinio juris*¹². Por ello, para favorecer la certeza jurídica, aplicar correctamente el Derecho consuetudinario y dar una cierta garantía democrática a la aplicación del Derecho, podría convenir involucrar al Congreso, al Senado o al Ministerio de Relaciones Exteriores al momento de determinar la existencia de una costumbre internacional. Por ejemplo, podría establecerse un sistema que requiera que los tribunales consulten al Senado si una determinada norma ha alcanzado o no rango de costumbre internacional –y cuál es su alcance–, antes de poder aplicarla.

¿PUEDE EL DERECHO INTERNACIONAL TENER RANGO SUPRACONSTITUCIONAL?

Hoy en día, el segundo inciso del artículo quinto de la Constitución dispone que los tratados internacionales vigentes en Chile que reconozcan derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía. Esto llevó a autores a considerar que los tratados de derechos humanos gozaban de una jerarquía constitucional o, incluso, supraconstitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional dispuso que tienen una jerarquía superior a la ley, pero inferior a la Constitución¹³. Esto no ha

¹¹ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (edits.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) p. 183.

¹² FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (edits.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 180-182.

¹³ *REQUERIMIENTO FORMULADO POR DIVERSOS DIPUTADOS CON EL OBJETO DE QUE EL TRIBUNAL DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 82, N° 2, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA* (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346-2002, cons. 59 a 75.

impedido que algún autor siga manteniendo la tesis del rango supraconstitucional¹⁴, y que parte de la doctrina y la jurisprudencia que no emana del Tribunal Constitucional sigan considerando a los tratados de derechos humanos como de rango constitucional¹⁵ (a pesar de que la definición del Tribunal Constitucional fue debidamente justificada y es razonable). Lo anterior hace necesario preguntarse si los tratados pueden realmente tener un valor superior al de la Constitución en el ámbito interno.

Antes de hacerlo, debemos despejar un error frecuente, especialmente a nivel de constitucionalistas. Al hablar de la jerarquía de los tratados, suele recurrirse al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que un Estado “parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹⁶. Muchos piensan que esta regla indica que en casos de colisión entre el Derecho interno y el internacional, prima el Derecho internacional en todo caso, incluso a nivel interno. Esa forma de entender dicha regla es un error. En efecto, el artículo 27 “solo establece una norma obvia de responsabilidad internacional que se basa en el hecho de que el derecho doméstico de los Estados no tiene fuerza normativa en el derecho internacional”¹⁷. Dicha norma no buscó ni darle aplicación directa al Derecho internacional ni establecer la jerarquía de éste en el ámbito interno¹⁸. Prueba de ello es que Estados dualistas como el Reino Unido, y Estados que conceden a los tratados jerarquía simplemente legal, como Estados Unidos, no tuvieron dificultad en firmar dicho tratado (a pesar de la seriedad y conocimiento de sus cancillerías).

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados busca ser aplicado a nivel internacional. Lo que ocurra a nivel interno dependerá de la Constitución del Estado, la que es libre para regular la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico nacional, así como para determinar el rango de éstos en el Derecho interno. Esto es sin perjuicio de que darle preferencia a la normativa nacional puede generar responsabilidad a nivel internacional. Así, por ejemplo, si un tratado dispone que el arancel entre

¹⁴ Por ejemplo, Nogueira afirma: “El artículo 54 N° 1 inciso 5° impide la adopción de toda norma de derecho interno incluida una reforma constitucional que afecte la fuerza normativa del tratado internacional vigente en el derecho interno”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): “Consideraciones Jurídicas sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y Derechos Esenciales Contenidos en Tratados Internacionales, Después de la Reforma Constitucional de 2005”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2: pp. 108-109 (cursivas en el original).

¹⁵ En materia de jurisprudencia de los tribunales ordinarios y cortes, véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2009): “La Función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional. Práctica y Principios Metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII, N° 1: pp. 491-495.

¹⁶ Art. 27 de la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23 de mayo de 1969).

¹⁷ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 174 y 175.

¹⁸ Según Aldunate, el artículo 27 es solo una “aplicación del principio en virtud del cual nadie puede alegar su propia culpa o dolo para liberarse de una obligación”. ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La Posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de Fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la Luz del Derecho Positivo”, *Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2, p. 190.

dos Estados debe ser del 2%, pero la normativa nacional indica que será del 5%, habrá una antinomia que tendrá que ser resuelta por la autoridad aduanera atendiendo a si su Estado considera que las normas de los tratados son inmediatamente ejecutables o no, y cuál es el valor de las leyes al enfrentarse a tratados. Si el ordenamiento nacional considerara que los tratados se incorporan inmediatamente y tienen una jerarquía superior a la de la ley, la autoridad no podría aplicar el arancel del 5%, lo que evitará incurrir en responsabilidad internacional. Este ejemplo muestra que darle aplicación directa a los tratados puede evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Sin embargo, por otro lado, la incorporación inmediata de los tratados puede hacer más difícil conocer el contenido del Derecho en un momento dado, y resta protagonismo al Congreso. Como se desprende de lo anterior, todo sistema de incorporación y jerarquía tiene sus pros y contras, pero el constituyente tiene libertad para decidir el sistema que establezca.

En casos en que la legislación nacional y la internacional dispongan algo opuesto en una determinada situación, debe procurarse hacer que ambos ordenamientos estén en línea. Algunos dan a entender que el mejor modo de hacerlo será modificando el Derecho interno (o dándolo por derogado)¹⁹. Sin embargo, también es posible poner en línea los ordenamientos modificando el Derecho internacional, por ejemplo, denunciando un tratado internacional que no sea compatible con la legislación nacional. La decisión sobre el mecanismo a adoptar será una definición prudencial que tendrá que hacer el constituyente.

Habiendo ya aclarado que el artículo 27 de la Convención de Viena no le quita al constituyente su poder para determinar soberanamente cuál es el mecanismo de incorporación y la jerarquía del Derecho internacional, veremos si es posible que exista la supraconstitucionalidad de los tratados. Para hacerlo, debemos notar que sería la misma Constitución Política la que establecería la supraconstitucionalidad. Por eso, es aplicable el aforismo según el cual “nadie da lo que no tiene”, pues la Constitución no puede dar un valor superior al que ella posee. Así, la norma constitucional que estableciera el rango supraconstitucional podría ser modificada por una simple reforma constitucional. En consecuencia, si hablamos desde un punto de vista sustantivo, la norma fundamental no puede establecer una jerarquía superior a sí misma.

No obstante lo anterior, es físicamente posible que el texto constitucional disponga que ciertos tratados internacionales tengan un valor superior a la misma Constitución. Como vimos, tal disposición no podría darle un valor realmente superior a la Constitución en un sentido sustantivo. Sin embargo, tendría efectos prácticos, pues exigiría preferir lo dispuesto en un tratado internacional en caso de que hubiera una antinomia con la Constitución. Dicha “supraconstitucionalidad” sería una ficción jurídica y no una realidad sustancial, por lo que dijimos previamente: una simple reforma constitucional podría reducir la jerarquía de tales tratados “supraconstitucionales”.

¹⁹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2014): “El Reconocimiento del *Ius Cogens* en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2, p. 567.

LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS Y EL *JUS COGENS*

Desde la perspectiva del Derecho natural, los ordenamientos jurídicos deben incluir algunos derechos y obligaciones que son anteriores al Derecho positivo, que se derivan de la naturaleza humana. Hoy en día, parte de este planteamiento del Derecho natural se recoge en el concepto de los derechos humanos; no existe identidad entre éste y el Derecho natural, pero hay una importante intersección²⁰. Ello ocurre, a pesar de que en el Derecho natural se pueden observar algunos preceptos que se relacionan más con la moral que con el Derecho positivo (como el deber de honrar a los padres), y que entre los derechos humanos se encuentran prescripciones que no se derivan del Derecho natural, sino de consideraciones prácticas (como podría ser el deber de registrar el nacimiento de los niños²¹, el derecho a recurrir de un fallo ante un juez o un tribunal superior²², o que el delincuente se beneficie de reducciones a la pena cuando la ley sancionatoria se modifique con posterioridad a la comisión del delito²³).

La Constitución chilena acogió la postura del Derecho natural en el segundo inciso de su artículo quinto, donde dispone:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes²⁴.

El Derecho natural nos enseña que, aunque el nuevo constituyente no asegure los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, éstos seguirán existiendo. En dicho caso, las personas tendrán que luchar por que el Derecho positivo los recoja, y la consagración de tales derechos en algunos tratados de derechos humanos puede ayudar en dicha lucha, aunque no asegura jurídicamente la victoria, pues el valor de los tratados incorporados en el ámbito nacional –incluidos los de derechos humanos– dependerá de lo que establezca la Constitución. Ésta puede darles un valor “supraconstitucional” (haciendo la ficción que describimos más arriba), constitucional, suprallegal o simplemente legal²⁵.

Como decíamos, la Constitución de Chile les da a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana un estatus especial en su artículo quinto inciso segundo, recién citado. Bastante se ha escrito sobre la extensión de esta norma, por ejemplo, si otorga un valor especial a los tratados de derechos humanos o a las normas sobre la materia, con

²⁰ Véase ORREGO, Cristóbal (2008): “La ‘Gramática de los derechos’ y el Concepto de Derechos Humanos en John Finnis”, *Persona y Derecho*, vol. 59, pp. 141, 153-154.

²¹ Art. 24.2 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 de diciembre de 1966).

²² Art. 8.2.h, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de noviembre de 1969).

²³ Art. 9, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de noviembre de 1969).

²⁴ La adopción de la doctrina del Derecho natural también se observa en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, pues allí no se dispone que ella “concede” derechos, sino que los “asegura”.

²⁵ Hipotéticamente podría considerarse que los tratados tienen un valor infralegal, pero es poco probable que haya Estados que adopten esta posición.

independencia del tipo de tratados en que se encuentren²⁶. También hay aspectos de esta norma que no han sido debidamente analizados, por ejemplo, a qué se refiere el adjetivo “esenciales”, que califica los derechos que emanan de la naturaleza humana, pues indicaría que no todos los derechos humanos tendrían esta jerarquía especial²⁷. No obstante, la discusión sobre el artículo quinto inciso segundo perdió cierta relevancia producto de dos cuestiones: que la doctrina –impulsada por la aprobación de esta norma– empezó a considerar que todos los tratados tienen un valor superior al de la ley nacional²⁸, y que, como dijimos, el Tribunal Constitucional declaró que los tratados de derechos humanos tendrían un valor superior a la ley, pero inferior a la Constitución.

Algunas constituciones incluyen referencias explícitas a tratados o instrumentos de derechos humanos. Por ejemplo, la Constitución argentina menciona ciertos tratados y declaraciones en la materia, y señala que ellos tienen valor constitucional²⁹. Sin embargo, esta técnica es inadecuada, pues podría ocurrir que la Constitución mencione un tratado, pero que luego el Estado decida retirarse de él. Esto ocurrió con Venezuela, que denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero seguía mencionándola en su Constitución. ¿Qué ocurriría en dicho caso? ¿seguiría considerándose que el texto de la Convención Americana era parte de la Constitución?³⁰ En Argentina no se generarían estas interrogantes, ya que su Constitución dispone que los tratados que indica tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. No obstante, sería igualmente confuso que una Constitución mencione un tratado que ya no vincula al Estado en cuestión.

En caso de que se mantenga la norma del artículo 5.2, convendría incluir alguna disposición que aclare que la mayor jerarquía la tienen las disposiciones de los tratados, pero no las lecturas que de ellos hagan los órganos que los interpreten (a menos que el tratado correspondiente les otorgue expresamente valor vinculante a tales interpretaciones). Recalamos esto porque existen muchos órganos que interpretan tratados de derechos humanos en su labor cotidiana, por ejemplo, al revisar informes presentados por los Estados, pero que no están mandatados para hacerlo con un valor vinculante (y tales interpretaciones, a diferencia de los tratados, no cuentan con la aprobación del Congreso). Estas interpretaciones pueden generar confusión en los operadores locales del Derecho, por lo que conviene que se explicita que solo tienen valor de *soft law*.

²⁶ En esta materia, coincidimos con Troncoso y Vial, quienes consideran que el artículo 5.2 se aplica a las normas específicas que garantizan este tipo de derechos, con independencia de si los tratados en que se encuentran son de derechos humanos o no. TRONCOSO REPETTO, Claudio y VIAL SOLAR, Tomás (1993): “Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, pp. 696 y 701.

²⁷ Ello, por cuanto las palabras en los textos jurídicos deben tener algún significado.

²⁸ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 173-174.

²⁹ Art. 75.22, ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina (1 de mayo de 1853).

³⁰ Esta discusión sobre la vigencia de las normas del tratado a nivel interno se observa en AYALA CORAO, Carlos (2012): “Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 2.

Siguiendo en relación con el artículo 5.2, las normas de derechos humanos pueden no solo encontrarse en tratados, sino que también en la costumbre internacional. En dicho caso, a menos que se establezca una regla especial, tales normas de derechos humanos se incorporarían siguiendo el mecanismo que se establezca para las normas consuetudinarias. Asimismo, compartirían la jerarquía de las demás normas consuetudinarias. Por eso, en caso de que quiera mantenerse una norma como la del artículo 5.2, podría establecerse que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados en el Derecho internacional vigente, lo que también incluiría lo dispuesto en la costumbre internacional.

Por último, atendido que muchos confunden las normas de derechos humanos con las normas *jus cogens*, nos referiremos brevemente a éstas. Las normas *jus cogens* o imperativas de Derecho internacional general son normas que tendrían una jerarquía superior a las demás fuentes del Derecho internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue el primer tratado en regularlas, y dispone que una norma *jus cogens* “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”³¹.

Ningún instrumento internacional vinculante explicita qué normas son *jus cogens*, y no es fácil saber cuáles son, pues su misma naturaleza ya es algo bastante discutido³². Sin embargo, está claro que ellas son muy pocas. Algunos tribunales internacionales se han aventurado a calificar algunas normas como *jus cogens*³³, pero esas calificaciones sólo son útiles como mecanismos auxiliares para la determinación de dicha naturaleza³⁴. La Comisión de Derecho Internacional da una lista no exhaustiva de las normas que, según ella, son de *jus cogens*, a saber:

- “a) La prohibición de la agresión;
- “b) La prohibición del genocidio;
- “c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- “d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- “e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
- “f) La prohibición de la esclavitud;
- “g) La prohibición de la tortura;

³¹ Art. 53, CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23 de mayo de 1969).

³² Más aún, Francia se opuso a su tratamiento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. WEIL, Prosper (1983): “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, p. 428, nota al pie 60.

³³ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy audaz al calificar, sin mayores argumentos, algunas normas como *jus cogens*. En general, véase CONTRERAS-GARDUNO, Diana y ALVAREZ-RIO, Ignacio (2014): “A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on *Jus Cogens*”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 14, N° 14.

³⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2019): “Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)”, en NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71^{er} período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019)*, A/74/10, pp. 186-189.

“h) El derecho a la libre determinación”³⁵.

Como puede observarse, la mayoría de estas normas de *jus cogens* podrían considerarse de derechos humanos. Ello no significa, sin embargo, que las normas de derechos humanos sean todas *jus cogens*, pues lo cierto es que solo una minoría lo son.

No es necesario que la Constitución haga una referencia explícita a las normas *jus cogens*, pues ya las consagran las fuentes del Derecho internacional general vigentes en Chile. Así, si la Constitución ya establece mecanismos para incorporar la costumbre y los tratados internacionales, no es necesario referirse al *jus cogens*. Esto es especialmente así porque el que una norma sea *jus cogens* tiene efectos a nivel internacional (no se puede pactar en contra de ella), pero actualmente no genera diferencias frente a otras normas de derechos humanos vigentes en Chile. La Constitución podría querer referirse a las normas *jus cogens* si ella decidiera no darle una jerarquía especial a las normas de derechos humanos, y quisiera concederle especial jerarquía, al menos, a esta categoría. En cambio, si la Constitución ya les da un tratamiento especial a las normas internacionales de derechos humanos, es preferible no incluir una referencia a las normas *jus cogens*, para evitar confundir más al intérprete de la Constitución, que puede no tener gran conocimiento del Derecho internacional.

JERARQUÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tradicionalmente en Chile se sostenía que los tratados tenían valor de ley, pero después de 1989 se empezó a afirmar que tendrían valor superior a la ley³⁶. La reforma de 2005 habría resuelto dicha discusión, pues la vida de un tratado a nivel nacional ya no puede verse afectada por lo que disponga la ley, por lo que, en la práctica, tienen rango supralegal. En efecto, desde 2005 la Constitución de Chile establece que “[l]as 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”³⁷. El puro texto citado no deja claro si se refiere a la validez del tratado a nivel internacional o si se refiere a la vigencia de las normas convencionales en el Derecho interno. La primera lectura no diría nada nuevo en relación con el Derecho internacional, por lo que el principio del efecto útil haría más razonable entender que dicha norma se dirige a la vigencia de la normativa internacional en el Derecho interno. Además, la historia fidedigna del establecimiento de esta norma nos muestra que esta disposición buscaba darle primacía a los tratados internacionales por sobre las leyes en el ámbito interno. En efecto, esta norma

³⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2019): “Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)”, en NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71^{er} período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019)*, A/74/10, pp. 160 y 161. Algunas de estas normas no son claras, y resta definir su contenido, por ejemplo, en distintas sociedades se tienen conceptos muy diversos de qué constituye tortura.

³⁶ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 173 y 174.

³⁷ Art. 54, N° 1, inc. 5, CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980).

proviene de un proyecto de ley presentado por los senadores Chadwick y Prokurica³⁸, que fue apoyado por la Canciller Alvear al momento de discutir el proyecto que dio origen a la reforma constitucional de 2005³⁹. Como se observa desde el inicio de la discusión de esta reforma, la Canciller buscaba que se hiciera referencia a la derogación o modificación de un tratado, de modo que se resolviera “claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente”⁴⁰.

En consecuencia, el Congreso perdió prácticamente toda influencia en las disposiciones de un tratado promulgado y publicado, pues no puede aprobar una ley que lo deje sin efecto a nivel interno. Así, un tratado solo perderá efecto a nivel nacional si el presidente de la República decide denunciarlo o retirarse de él, en caso de que esto sea posible. En consecuencia, aunque los tratados se aprueben con los trámites propios de las leyes, incluyendo sus quórum, en la práctica prevalecerían por sobre éstas, ya que su aprobación derogaría tácitamente las disposiciones legales que les fueran contrarias⁴¹, y las leyes posteriores no podrían derogarlos, en atención a que los tratados sólo podrían dejarse sin efecto siguiendo las reglas del Derecho internacional. Esto no obsta a que los tratados estén por debajo de la Constitución, pues nuestra Constitución no les concede un rango constitucional ni supra-constitucional –si seguimos la lectura que hace el Tribunal Constitucional–.

No obstante la realidad recién descrita, el constituyente puede preferir que el Congreso tenga el control de lo que ocurra con la normativa interna, de modo que una ley pueda dejar sin efecto la disposición de un tratado a nivel nacional, al igual como ocurre en naciones como Estados Unidos⁴². Esta solución haría más probable que se incurra en responsabilidad internacional, pero el constituyente podría tolerar tal situación buscando dotar al Congreso de un mecanismo para presionar al presidente del país para que ponga

³⁸ CHILE, Proyecto de Reforma Constitucional que Modifica el N° 1) del Artículo 50 de la Carta Fundamental, en los Relativo a Aprobación de Tratados Internacionales. Boletín N° 3025-07.

³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2020): *Historia de la Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República*, Primer Trámite Constitucional: Senado; Segundo Informe de Comisión de Constitución, pp. 106, 109-110. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaey/fileadmin/file_ley/6131/HLD_6131_d1ef0a5e8adaea66a33cc04b987d5ce2.pdf. Fecha de consulta 6 de julio de 2021.

⁴⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2019): *Historia de la Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República*, Primer Trámite Constitucional: Senado; Primer Informe de Comisión de Constitución, p. 259. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaey/fileadmin/file_ley/6131/HLD_6131_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf. Fecha de consulta 6 de julio de 2021.

⁴¹ Siendo el mismo Congreso el que aprueba tanto la ley como los tratados, es razonable considerar que dicha autoridad conocía la norma previa y buscó derogarla tácitamente al aprobar el tratado. Ello, aunque Eduardo Aldunate afirma que esto no sería necesariamente así. ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La Posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de Fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la Luz del Derecho Positivo”, *Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2, pp. 206-208.

⁴² En dicho Estado, la ley posterior prevalecerá sobre el tratado (aunque los tribunales tratan de interpretar el tratado y la ley en forma conforme cuando ello sea posible), a menos que el Congreso haya manifestado una voluntad distinta al aprobar dicha ley. MURPHY, Sean D. (2012): *Principles of International Law* (Saint Paul, Minnesota, West - Thomson Reuters, segunda edición) pp. 253-254.

fin a un tratado mediante alguno de los mecanismos prescritos por el mismo Derecho internacional público.

La Constitución de 1980 no regula el valor jerárquico de la costumbre internacional dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, suele entenderse que ella prevalece sobre la ley ordinaria⁴³. Esto es complejo desde el punto de vista de la legitimidad democrática, pues el derecho consuetudinario no ha sido sometido a la aprobación del Congreso ni a la supervisión de su constitucionalidad. No obstante, gran parte de la costumbre internacional se aplica a los Estados en sus relaciones entre sí y no requiere ser aplicada internamente, lo que hace menos relevante contar con normas sobre su incorporación. Por otro lado, de entre aquella costumbre susceptible de ser aplicada a nivel nacional, una parte significativa se encuentra ya codificada en tratados internacionales ratificados por Chile, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas o las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho internacional humanitario. Sin perjuicio de lo anterior, hay también materias tradicionales del Derecho internacional consuetudinario, que pueden tener efectos a nivel interno, que aún no han sido codificadas, por ejemplo, en materia de inmunidad soberana⁴⁴. Por eso, convendría que la nueva Constitución fuera explícita al momento de referirse a la incorporación y jerarquía del Derecho internacional consuetudinario.

La claridad de la regulación constitucional del Derecho internacional facilitaría resolver antinomias que se generen entre éste y el Derecho nacional. También sería deseable que la Constitución se refiriera expresamente al modo como debe actuar el operador jurídico cuando se encuentre frente a antinomias entre normas internacionales, como ocurre actualmente con algunos tratados ratificados por Chile⁴⁵. Puede ser útil considerar que para determinar cuál es la normativa aplicable en sede internacional, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas tomó una actitud marcada por la preminencia de principios interpretativos como el de *lex posterior*, *lex specialis* y la integración sistémica⁴⁶.

Dependiendo de la decisión que tome el constituyente sobre la jerarquía de los tratados, habrá que definir qué tipo de controles podrá ejercer el Tribunal Constitucional. Atendido que la misma existencia y funciones de este órgano deberán ser determinados por el constituyente, no trataremos detalladamente en este editorial los poderes que debiera tener dicho órgano en relación con los tratados internacionales. Sólo diremos que es razonable que el órgano que revise la constitucionalidad ejerza un control constitucional preventivo, antes de que el tratado sea ratificado, pues una vez que éste lo sea, es posible que el Estado

⁴³ VARGAS CARREÑO, Edmundo (2017): *Derecho Internacional Público* (Santiago, El Jurista, segunda edición) p. 201.

⁴⁴ La CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y SUS BIENES (17 de enero de 2005) no ha alcanzado las 30 firmas que requiere para entrar en vigor. Chile no la ha ratificado.

⁴⁵ Por ejemplo, Contreras y García describen una contradicción entre la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y GARCÍA PINO, Gonzalo (2020): *Estudios sobre Control de Convencionalidad* (Santiago, Der Ediciones) pp. 140-142.

⁴⁶ Véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006): "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, pp. 192-202.

no pueda hacer nada para dejarlo sin efecto (pues muchos tratados no permiten la denuncia o retiro, y requerirían de un acuerdo muy amplio para que un Estado deje de ser parte).

En relación con el control represivo de un tratado internacional, parte de la doctrina afirma que la acción de inaplicabilidad sería procedente, y el Tribunal Constitucional afirma tener competencia para hacerlo, lo que sería consistente con la historia de la ley⁴⁷. Este asunto requeriría de un estudio detallado, y ya hay algún autor que se ha dedicado a ello⁴⁸. En este editorial solo afirmaremos que declarar inaplicable un tratado en una situación concreta no generaría necesariamente la responsabilidad del Estado de Chile por no cumplir con el Derecho internacional⁴⁹, pues existen situaciones reguladas en ese mismo Derecho que permiten hacer excepciones a lo que dispone un tratado en ciertas circunstancias⁵⁰.

SOFT LAW⁵¹

El concepto *soft law* se refiere generalmente a un instrumento internacional distinto de un tratado, que haya sido elaborado por Estados o por órganos internacionales, “que contenga principios, normas, estándares, o cualquier otra declaración sobre un comportamiento esperado”⁵². La concepción actual de *soft law* incluye decisiones de organismos internacionales, conclusiones de conferencias internacionales, planes de acción, resoluciones de la Asamblea General de la ONU, trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, recomendaciones de comités de monitoreo de tratados, sentencias internacionales respecto de Estados que no están obligados por ellas, y declaraciones conjuntas de Estados en alguna cumbre internacional, entre otros. Lo interesante es que ninguno de esos instrumentos es realmente Derecho, pues no generan derechos u obligaciones internacionales.

No hay que despreciar el *soft law*, pues distintos motivos hacen importante tenerlo presente, por ejemplo, la posibilidad de que contribuya a crear *opinio juris* para la gene-

⁴⁷ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998 (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346, 8 de abril de 2002, cons. 63 y 73. El Tribunal reiteró su competencia en PROYECTO QUE MODIFICA LA LEY N° 17.997 ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1288, 25 de agosto de 2009, cons. 49.

⁴⁸ Sebastián Soto estudia el tema en su capítulo “El Control Preventivo y La Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales en Chile. Estado de la Cuestión y Proyecciones”, que será publicado prontamente en la obra *Temas de Derecho Internacional para el Dialogo Constitucional Chileno*, de Ediciones UC.

⁴⁹ Se ha afirmado que dicho control sería inconveniente porque podría exponer al Estado a un reclamo de responsabilidad por incumplimiento del Derecho internacional. LÓPEZ E., Sebastián (2021): “Constitución y Derecho Internacional”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO. FACULTAD DE DERECHO. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, *Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional* (Santiago, Ediciones UC) p. 344.

⁵⁰ Por ejemplo, se encuentran las circunstancias que excluyen la ilicitud de los actos del Estado (reguladas en Arts. 20 ss., NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (2001): “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, AG/56/83 (12 de diciembre de 2001)), además de los mismos principios que dan preferencia a un tratado por sobre otro, como sería la aplicación del principio de la *lex posterior* o la *lex specialis*.

⁵¹ Parte de la sección sobre el *soft law* en este editorial es obtenido del manuscrito de mi autoría “Soft Law: Ni Derecho ni Tan Blando”, que será publicado en la obra *Temas de Derecho Internacional para el Dialogo Constitucional Chileno*, de Ediciones UC.

⁵² SHELTON, Dinah (2014): “International Law and ‘Relative Normativity’”, en Malcolm D. Evans (ed.) *International Law* (Oxford, Oxford University Press, cuarta edición) p. 159.

ración de una costumbre internacional⁵³. Además, si bien el *soft law* no es una fuente de Derecho formal, puede ser una fuente material que influye en la creación de normas de Derecho. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁴, que tiene naturaleza jurídica de *soft law*, fue fundamental para preparar el camino para la posterior aprobación de los dos pactos principales de derechos humanos⁵⁵. Más aún, no es infrecuente que algunos tratados sean precedidos de declaraciones en la materia⁵⁶. Además, el *soft law* es el medio preferido para regular algunas áreas, como la ambiental. Por último, suele usarse el *soft law* como un mecanismo para presionar por cambios legales a nivel nacional.

A grandes rasgos, podría decirse que existen dos tipos de *soft law*. El primero expresa un acuerdo político entre Estados o entre éstos y organizaciones internacionales. En segundo lugar, se encuentran las resoluciones de organismos internacionales que no tienen poder para vincular a un Estado, como podrían ser las recomendaciones de los comités de monitoreo de tratados. Aquí incluimos sentencias judiciales internacionales respecto de Estados que no fueron parte en el juicio (a menos que el tratado que creó el tribunal haya establecido un sistema de precedentes vinculantes).

El *soft law* puede ser muy ventajoso para pavimentar el camino a normas vinculantes o para que los Estados se autorregulen, pero tiene también sus desventajas. Atendida la diversidad de órganos que generan *soft law*, no es difícil que estos instrumentos se contradigan, lo que genera una falta de certeza jurídica⁵⁷. Otro problema se deriva de que la creación de *soft law* no requiere de la aprobación del Congreso, con lo que los gobernantes pueden acordar *soft law* con la finalidad de esquivar los pocos resguardos democráticos que tiene la aprobación de normas internacionales. Por otro lado, los órganos que crean *soft law* pueden estar ideológicamente cargados, lo que teñirá sus recomendaciones supuestamente técnicas. Además, aunque no sea vinculante, el *soft law* puede ser usado como argumento en discusiones doctrinales o para hacer activismo (tratando de dar la impresión de que tales instrumentos son vinculantes).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de cierto tipo de *soft law*. Se refirió a recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, con ocasión de una

⁵³ La *opinio juris* es la convicción estatal de que una práctica es jurídicamente obligatoria. BENADAVA, Santiago (1993): Derecho Internacional Público (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, cuarta edición) p. 45.

⁵⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: "Declaración Universal de Derechos Humanos", A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948).

⁵⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁶ Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, fue precedida por la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

⁵⁷ A modo meramente ejemplar, pueden observarse interpretaciones contrapuestas entre el Tribunal Europeo de DD.HH. y el Comité de DD.HH. En materia de vestimenta islámica, compárense *S.A.S. vs. FRANCIA* (2014): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 43835/11, sentencia, 1 de julio, con *YAKER C. FRANCIA* (2016): Comité de DD.HH., CCPR/C/123/D/2747/2016, dictamen, 22 de febrero. En materia de un tipo de velo islámico, véanse *LEYLA ŞAHİN C. TURQUÍA* (2005): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 44774/98, sentencia, 10 de noviembre y *HUDOYBERGANOVA C. UZBEKISTÁN* (2005): Comité de DD.HH., CCPR/C/82/D/931/2000, dictamen, 18 de enero. En materia de aborto, compárense *A, B Y C V. IRLANDA* (2010): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 25579/05, sentencia, 10 de diciembre, párrs. 231 a 238 y 249 y *MELLETT C. IRLANDA* (2016): Comité de DD.HH., CCPR/C/116/D/2324/2013, dictamen, 17 de noviembre.

reforma laboral. En ella afirmó que las recomendaciones de dicho organismo, “al no tener ratificación por los Estados no constituyen, de acuerdo a nuestro derecho interno, normas vinculantes de rango legal”⁵⁸. Afirmó también que es improcedente la “interpretación extensiva” de los tratados internacionales a la luz de tales recomendaciones, puesto que ellas son solo guías o pautas para los Estados, no decisiones vinculantes⁵⁹.

Como hemos afirmado, la Constitución no entra en detalles sobre las fuentes del Derecho internacional y su valor en Chile. Tampoco se refiere al *soft law*, lo que es entendible, ya que éste no es vinculante. Sin embargo, hay motivos para inclinarse por regularlo explícitamente, pues en muchas ocasiones nuestros legisladores y magistrados se ven confundidos por estos instrumentos internacionales. Atendido que hoy en día el *soft law* es mucho más profuso de lo que era al momento de redactarse la Constitución de 1980, la nueva carta magna podría aclarar su valor. Existen dos modos de regularlo: implícitamente, indicando cuáles son las fuentes del derecho internacional que generan obligaciones al interior del país (lo que excluiría el *soft law*), o explícitamente, lo que dejaría en claro que el *soft law* no obliga internacionalmente ni crea obligaciones al interior del Estado.

Podría aclararse el valor de estos instrumentos estableciendo expresamente cuál es el uso que pueden darle los órganos nacionales. La buena fe recomendaría que los órganos del Estado evalúen lo que dice el *soft law* al interpretar normas dentro de su competencia —especialmente cuando éste contó con la concurrencia de la voluntad estatal—, aunque el *soft law* no debiera determinar su decisión. Sería necesario recalcar que el *soft law* no puede usarse como argumento para actuar en contra de lo que dispone la ley patria (ya sea explícita o implícitamente), pues debe respetarse el principio de juridicidad, establecido actualmente en el artículo 7 de la Constitución Política. El *soft law* podría usarse para tratar de interpretar la ley en armonía con el instrumento internacional, cuando el órgano competente lo considere recomendable, sin vulnerar el texto o el sentido de la norma interna. Una norma constitucional de estas características no solo autorizaría claramente a que los tribunales hagan referencia al *soft law*, sino que también dejaría en claro —*a contrario sensu*— que dichos instrumentos no pueden aplicarse *contra legem* ni para “suplir” la falta de actuación del legislativo.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Hemos afirmado que los fallos de tribunales internacionales pueden considerarse *soft law* cuando se usan como argumentos respecto de Estados que no fueron parte del proceso (a menos que el tratado que regule el tribunal disponga algo distinto, lo que ocurre en raras

⁵⁸ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES RESPECTO DE LAS NORMAS QUE INDICA CONTENIDAS AL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CORRESPONDIENTE AL BOLETÍN N° 9835-13 (2016): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 3016, cons. 53.

⁵⁹ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES RESPECTO DE LAS NORMAS QUE INDICA CONTENIDAS AL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CORRESPONDIENTE AL BOLETÍN N° 9835-13 (2016): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 3016, cons. 54.

ocasiones⁶⁰). En efecto, respecto de terceros Estados, los fallos judiciales pueden ser medios auxiliares para la determinación de las reglas del Derecho, pero no fuentes en sí mismos⁶¹, a menos que los Estados le hayan dado al tribunal un poder especial. No obstante carecer de este poder, la Corte Interamericana de Derechos Humanos elaboró su doctrina del control de convencionalidad. Según dicha Corte, el control de convencionalidad exigiría que los órganos estatales llamados a aplicar la normativa nacional evalúen *ex officio* si ésta es compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y los fallos en los que la Corte Interamericana interpreta dicha convención (aunque ésta lo haga en un caso que no involucre al Estado cuyo órgano ejerza el control de convencionalidad)⁶². Si la normativa nacional resulta ser incompatible con la Convención o la interpretación de la Corte, la doctrina del control de convencionalidad exigiría al operador nacional aplicar con preferencia la Convención o la jurisprudencia de la Corte, con independencia de la jerarquía que tenga la normativa nacional que se deja sin efecto –aunque sea constitucional–⁶³, y sin importar si la legislación le concede o no dicho poder al operador nacional⁶⁴.

Existen varias razones por las que la doctrina del control de convencionalidad (en el sentido que le da la Corte Interamericana de Derechos Humanos) es contraria a Derecho, además de que su uso sea desaconsejable. Ya nos referimos a estas razones en otro trabajo⁶⁵, por lo que aquí solo mencionaremos un par que dé cuenta de la relevancia de dichos problemas. En primer lugar, la aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana es contraria al Estado de Derecho, tanto a nivel internacional como nacional. En efecto, es contraria al Estado de Derecho en el ámbito transnacional, pues un órgano internacional no puede darse a sí mismo poderes que no le fueron expresamente conferidos por los Estados al momento de crearlo. También vulnera el Estado de Derecho en el ámbito nacional, pues le confiere a una infinidad de autoridades el poder de dejar sin aplicación normas nacionales (incluyendo la Constitución), a pesar de que el ordenamiento interno no le haya dado dicho poder a tales autoridades. También es criticable que el control de convencionalidad, tal como es entendido por la Corte, le quitaría al ordenamiento jurídico nacional la posibilidad de determinar la relación entre el Derecho internacional y el interno. Otro problema de la doctrina del control de convencionalidad es que se basa en la idea de que la Corte In-

⁶⁰ Un ejemplo se observa en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, cuyo artículo 3 dispone que la doctrina de dicha corte “tendrá efectos vinculantes, para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el ‘Sistema de la Integración Centroamericana’, y para sujetos de derecho privado”. ESTATUTO DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA (10 de diciembre de 1992).

⁶¹ Art. 38.1.d, ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (26 de junio de 1945).

⁶² PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246, p. 52.

⁶³ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246, pp. 52-53.

⁶⁴ Esta cuestión se discute, pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es bastante clara en que sería así, sin perjuicio de que esta interpretación pueda cambiar en el futuro. PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246, pp. 61-67.

⁶⁵ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246.

teramericana es la intérprete auténtica de la Convención Americana de Derechos Humanos en general y en abstracto, cuando ella solo puede interpretarla con efectos vinculantes en los casos concretos que se le presentan. Por último, el control de convencionalidad tiene el problema práctico de que la Corte no sigue un sistema de precedentes, por lo que sus interpretaciones pueden ser cambiantes y difíciles de usar como parámetros.

La creación de esta doctrina de la Corte Interamericana ha hecho común usar el concepto control de convencionalidad, aunque muchas veces se usa sin el contenido que le da el tribunal que lo creó. Así, algunos tribunales nacionales usan la expresión control de convencionalidad para referirse al ejercicio racional de comparar la legislación interna con las normas de los tratados ratificados por el Estado, para determinar qué norma aplicar, según lo que disponga la normativa nacional sobre la relación entre el Derecho internacional y el interno. Esta forma de entender el concepto control de convencionalidad es aceptable, a diferencia del uso que le da la Corte Interamericana. Sin embargo, a pesar de que este nuevo significado sea razonable, el uso de la expresión control de convencionalidad puede generar equívocos, ya que habrá que determinar si se quiso darle el sentido que usa la Corte Interamericana o si se quiere darle este nuevo significado. Por ello, conviene que la Constitución no use esta expresión. Ello no impide, sin embargo, que la carta fundamental exija que los jueces, al aplicar la normativa nacional, tengan en consideración lo que dispone el Derecho internacional, de modo que hagan una interpretación conforme en caso de que sea posible, o apliquen la normativa internacional en caso de que tenga una mayor jerarquía, y los jueces tengan el poder de hacerlo.

SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS INTERNACIONALES

Las sentencias que los tribunales internacionales dictan dentro del ámbito de su competencia obligan a los Estados parte. Esta realidad es más frecuente hoy que en la época de los redactores de la Constitución de 1980, quienes nada escribieron sobre el punto. Convendría que la nueva Constitución regule o le ordene al legislador regular un sistema para cumplir con las sentencias dictadas por tribunales internacionales o arbitrales. Dicho sistema, después de confirmar que el fallo no padezca de nulidad⁶⁶, tendría que distinguir según cuál es la reparación ordenada, pues los modos de cumplimiento varían mucho. Por ejemplo, no es lo mismo fijar límites territoriales del país, que ordenar el pago de indem-

⁶⁶ Es muy infrecuente que un Estado alegue la nulidad de un fallo, pero no es algo impensable. En efecto, el Modelo de Reglas sobre Procedimiento Arbitral de la Comisión de Derecho Internacional reconoce expresamente esta posibilidad respecto de arbitrajes, al señalar que podría haber nulidad en casos de exceso de poder, corrupción de un miembro del tribunal, falta de motivación, infracción grave de una regla fundamental de procedimiento, y nulidad del compromiso o cláusula compromisoria. Art. 35, NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: "Proyecto sobre Procedimiento Arbitral Aprobado por la Comisión" (1958). Disponible en inglés en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/10_1_1958.pdf. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2021. Esto que se predica sobre los arbitrajes que sigan el modelo de la Comisión de Derecho Internacional podría también decirse respecto de otras sentencias (incluso las dictadas por tribunales internacionales permanentes), aunque en dicho caso el reclamo de nulidad probablemente generaría una nueva controversia internacional. Véase CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel (2013): *Compendio de Derecho Internacional Público* (Madrid, Tecnos), p. 326.

nizaciones, que ordenar dejar sin efecto una sentencia judicial. Las reparaciones variarán según el tribunal que las dicte, por ejemplo, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia suelen exigir mecanismos de cumplimiento de corte político, los arbitrajes internacionales en materia de inversión ordenarán principalmente el pago de indemnizaciones, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con reparaciones más variadas. Atendido que solo esporádicamente se sanciona al país en el ámbito internacional, convendría encargar este mecanismo de cumplimiento a instituciones ya existentes, como podría ser la Corte Suprema o el Ministerio de Relaciones Exteriores o de Justicia.

Regular el cumplimiento de sentencias internacionales evitaría situaciones reprochables como la ocurrida en 2019, donde la Corte Suprema actuó *ultra vires* para dar cumplimiento a un fallo internacional. En efecto, en el caso *Norín Catrimán (Lonkos y Otros Comuneros Mapuches)*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó dejar sin efecto ciertas penas penales y civiles, así como sus consecuencias⁶⁷. Movida por esto, la Corte Suprema determinó que las sentencias nacionales reclamadas habían “perdido los efectos que les son propios”⁶⁸. Debe notarse que la Corte Suprema no afirmó estar dejando sin efecto sus sentencias debido a lo dispuesto por la Corte Interamericana, sino que dio a entender que ella solo reconocía que las sentencias habían perdido sus efectos. Esto implica, erróneamente, que las decisiones de la Corte Interamericana tienen un efecto directo a nivel nacional. Al hacer esta determinación, la Corte Suprema contrarió el artículo 7 de la Constitución, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene competencia para dejar sin efectos una sentencia nacional, y la Corte Suprema no tiene poder para declarar que una sentencia ha “perdido sus efectos” en virtud de lo dispuesto por la Corte Interamericana⁶⁹. Se traiciona el sistema constitucional cuando se desatiende el principio democrático de la Constitución y la distribución de competencias que ésta hace, aunque sea alegando el respeto por los derechos fundamentales⁷⁰. En su decisión, la Corte Suprema buscó excusarse alegando que debía encontrar la forma de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana, supliendo la falta de actuación del Poder Legislativo. Sin embargo, la única forma jurídicamente aceptable de actuar en este caso habría sido que la Corte Suprema dejara constancia de que ella se encontraba atada de manos, por lo que el Congreso debía darle tal atribución, por ejemplo, modificando las causales del recurso de revisión.

⁶⁷ *NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) VS. CHILE* (2014): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 279, párr. 422.

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE CHILE (2019): Antecedente Administrativo, AD-1386-2014, visto N° 5°.

⁶⁹ El ordenamiento chileno solo permite a un tribunal internacional (la Corte Penal Internacional) tener la última palabra –pasando por sobre lo que disponga la Corte Suprema–. Para que ello fuera así, fue necesario reformar previamente la Constitución chilena. Véase la disposición transitoria vigesimocuarta de CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980), así como REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998 (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346, 8 de abril de 2002.

⁷⁰ CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y LOVERA PARMO, Domingo (2018): “Nueva Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Problemas y Desafíos”, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Una Nueva Constitución para Chile. Libro Homenaje al Profesor Lautaro Ríos Álvarez* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 115.

Convendría también institucionalizar más la defensa del Estado ante tribunales internacionales. Actualmente esta labor se lleva a cabo por distintos órganos. Por ejemplo, en materia de derechos humanos ante el Sistema Interamericano se involucran la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, la División de Protección de la Subsecretaría de Derechos Humanos y la Agregaduría de Derechos Humanos de la Misión de Chile en la Organización de los Estados Americanos. Estos órganos podrían estar más preparados para la diplomacia y la defensa de los derechos humanos, que para enfrentar litigios. Por eso, podría convenir entregar esta misión a un órgano como el Consejo de Defensa del Estado. Atendido que esta cuestión es de carácter más bien de detalle, habría que regularla en una ley. Sin embargo, la Constitución debiera ordenar dicha regulación, pudiendo exigir que se consagre en una norma de quorum especial, si es que dichas normas siguen existiendo en la posible nueva Constitución.

LENGUAJE

El constituyente debe ser muy cuidadoso con el uso de las palabras. Es necesario recalcar esto en un proceso como el actual, en que no serán necesariamente abogados quienes se encarguen de la redacción de la nueva carta magna. Esta necesidad de contar con un lenguaje preciso también se aplica en materia de Derecho internacional. Así, por ejemplo, es desaconsejable usar expresiones como “instrumentos internacionales” para referirse al Derecho internacional, pues esa expresión no incluiría la costumbre internacional, e incluiría el *soft law*. Esto ocurrió en Ecuador, donde se consagró el deber de garantizar los derechos establecidos en “instrumentos internacionales”⁷¹, en lugar de referirse a los derechos establecidos en el Derecho internacional. Con ello, cualquier instrumento, aunque sea originado por un grupo políticamente motivado, o aunque sea un simple acuerdo político del jefe de Estado, puede terminar representando una traba al ejercicio democrático de la soberanía.

También en relación con el lenguaje, debe notarse que algunos conceptos del Derecho internacional suelen ser más comúnmente usados en otro idioma, como *soft law* o *non-refoulement*. Convendría que la Constitución use expresiones castizas, por lo que habría que buscar buenas traducciones. Por ejemplo, podría designarse el *soft law* con una expresión como “instrumentos internacionales no vinculantes”.

CONCLUSIONES

Nos encontramos en un momento histórico clave para el país, por lo que conviene que quienes nos especializamos en Derecho aportemos para que el resultado de este proceso constitucional sea jurídicamente adecuado. Por eso, la Revista trató de aportar dedicando este editorial a dar algunas ideas que podrían ser relevantes en el área del Derecho internacional público, que es el área de especialización de su director.

La Constitución chilena tiene varios vacíos en el ámbito del Derecho internacional. Algunos se justifican porque ciertos temas no eran muy relevantes al momento de aprobar

⁷¹ Art. 3.1, ECUADOR, Constitución de la República del Ecuador (20/10/2008).

la Constitución actual, como ocurría con los tribunales internacionales o el *soft law*. Por ello, es un lugar común afirmar que la Constitución debiera contemplar algunos temas adicionales, como el de la jerarquía del Derecho internacional en el ordenamiento nacional. Nos sumamos a quienes sostienen que la nueva Constitución debiera regular adecuadamente el Derecho internacional público, de modo que exista más claridad sobre esta área que cobra cada día mayor relevancia.

Este editorial comenzó refiriéndose a un tema fundacional en la materia, como es la relación entre el Derecho internacional público y el bien común. Luego, trató de explicar y aclarar algunos conceptos, como el de *soft law* y el del control de convencionalidad, para así evitar malentendidos. También hicimos referencia a aspectos que están deficientemente regulados en la Constitución actual, y a aspectos que generalmente no se cuestionan, por ejemplo, si una Constitución puede o no otorgar el rango de supraconstitucionalidad a ciertas normas internacionales. No buscamos hacer un examen de todos los elementos que debieran regularse, sino solo de aquellos que, a juicio de este autor, requieren un examen más minucioso por parte del constituyente. Esperamos que estas páginas puedan constituir un aporte a la discusión que se dará sobre este tema en los próximos meses.

ÁLVARO PAÚL

*Director de la Revista Chilena de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile*