



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO

INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN NACIONAL

Alejandra Aguirre Ananías
Hernán Izurieta Fernández
Jacqueline Serra Soto

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas

Profesor Guía: María Angélica Benavides Casals

Santiago, Chile
2021

DEDICATORIA, AGRADECIMIENTOS

“Dedico este trabajo a mi familia y amigos por su apoyo a lo largo del desarrollo de este trabajo, a mi madre y mi abuelo Samuel que me han inspirado a seguir por el camino del Derecho Internacional, a mi padre por hacer posible que estudiara la carrera que yo quería. Muchos agradecimientos a nuestra profesora guía y mis compañeras Jacqueline y Alejandra por hacer posible este trabajo”. – Hernán.

*“En primer lugar quisiera expresar mi agradecimiento a la profesora por el apoyo que nos brinda, asimismo agradezco a mis compañeros de memoria, entre los cuales siempre hubo respeto, empatía y compañerismo. Por último me gustaría dar especial mención a mi padre que ha sido mi principal motivo y ejemplo de superación en todos los aspectos de la vida. Gracias”.
– Jacqueline.*

“Quisiera agradecer a nuestra profesora guía por el constante apoyo que nos entregó, y orientarnos por el mejor camino en el desarrollo de nuestra memoria. Quisiera agradecer también a mis amigos y compañeros de memoria por siempre habernos mantenido unidos, con respeto, amor y apoyo mutuo en toda mi vida universitaria. Mi mayor agradecimiento va dedicado a mis padres, los pilares fundamentales de mi vida, que gracias a sus esfuerzos todos mis sueños son para ustedes, mis ejemplos a seguir”. – Alejandra.

Índice

1. **Introducción**; pg. 4
2. **Capítulo 1: Relación entre el derecho nacional o interno e internacional**; pg. 5
3. **Capítulo 2: Situación en Chile**; pg. 17
4. **Capítulo 3: Incorporación del Derecho Internacional**; pg. 45
5. **Capítulo 4: Jerarquía de los tratados internacionales en Chile**; pg. 49
6. **Capítulo 5: Derecho comparado**; pg. 54
7. **Capítulo 6: Interpretación de la ley y la interpretación de los tratados**; pg. 62
8. **Conclusiones**; pg. 68

INTRODUCCIÓN

Hoy en día los distintos Estados de todo el mundo tienen relaciones, ya sean políticas, económicas, jurídicas, diplomáticas, entre muchas otras, que son indispensables para el desarrollo de cada Estado en sus diferentes ámbitos, y que han ido y seguirán aumentando con el curso del tiempo. La presente memoria, para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas esta destinada a poder enfatizar las existentes controversias y vacíos existentes en nuestra legislación en cuanto no solo a la incorporación del Derecho Internacional, sino que también a circunstancias las cuales están estrechamente relacionadas con la misma, como por ejemplo, cual sería la jerarquía del Derecho Internacional una vez incorporado.

La referida “*incorporación*” no es un proceso simple ni una respuesta que se pueda contestar en forma directa con la citación de un artículo de alguno de los cuerpos legales, al menos no lo es en nuestro país. La cantidad de artículos y normas que se remiten al tema son en cantidades negligentes, incluso aquellos que si lo hacen son ambiguos, abiertos a una multiplicidad de interpretaciones por parte de la Doctrina, y con muy poco avance a lo largo de los cambios institucionales y el transcurso del tiempo, pese a ser un tema de relevancia hace ya muchos años.

Es imperativa una precisión en cuanto a que parte del Derecho Internacional se puede incorporar, como se incorpora, que efectos puede producir, como se concilia este Derecho con el Nacional ya existente, y que sucede en caso de su incumplimiento. Este trabajo esta destinado a dejar claras estas prerrogativas, entre otras, para futuros estudiantes de Derecho que se encuentren cursando la asignatura de Derecho Internacional Público.

CAPÍTULO 1: RELACIÓN ENTRE DERECHO NACIONAL O INTERNO E INTERNACIONAL.

Para un correcto análisis sobre la incorporación del Derecho Internacional es indispensable tener en claro que es exactamente. Si bien no existe una definición de Derecho Internacional [Público], la gran mayoría de las propuestas por las distintas doctrinas tienen elementos que se repiten y están siempre presentes en las distintas hipótesis de concepto. Siendo estas reiteraciones: un conjunto de reglas, con un grupo determinado de sujetos de derecho, que regulan las relaciones entre dichos grupos. Atendiendo a lo anterior, para no caer en un absurdo que pudiese confundir este concepto con lo que sería el Derecho Nacional o Interno habría que hacer precisiones.

En primer lugar hay que preguntarse ¿cuál es el origen de estas reglas? ¿quién establece cuales son? Diversas son las fuentes del Derecho Internacional Público, las cuales podemos desprender del Capítulo II del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38 numeral primero. Son estos los siguientes:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la*

determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59¹.

1.1. TRATADOS INTERNACIONALES.

En atención al funcionamiento y la cada vez más importante necesidad de realizar convenciones internacionales, no solo como fuente del Derecho Internacional, sino también para el correcto desarrollo de las distintas naciones, es necesario un cuerpo legal claro y preciso para regular los tratados internacionales. Considerando esto, se celebra la '*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*'.

La mencionada Convención se aplica, sin efecto retroactivo, a los tratados entre Estados, excluyendo a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional, o estos últimos entre sí, como se puede desprender de los artículos 1 y 3 de la presente, no obstante lo anterior, el mismo artículo 3 establece "*El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectara:*

- a) al valor jurídico de tales acuerdos;*
- b) a la aplicación de los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieran sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;*
- c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre si en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional².*

¹ Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. [fecha de consulta: 17 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.un.org/es/documents/iccjstatute/chap2.htm>>

² Organización de los Estados Americanos. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [fecha de consulta: 10 Mayo 2021]. Disponible en: <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>

Considerando lo anterior, los tratados se definen como un “*acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”³.

El concepto del artículo segundo, letra ‘a)’ de la Convención hace alusión a lo precisado en cuanto a la aplicación de la misma convención, al ser solo “*Estados*” los mencionados entre todos los sujetos de Derecho Internacional, hecho el cual nuevamente se repite en el artículo 6 de la Convención, al solo aludir a la ‘*Capacidad de los Estados para celebrar tratados*’ dentro de su Sección Primera que regula la ‘*Celebración de los Tratados*’; además que se da cabida a que la convención sea compuesta por distintos instrumentos, sin importar su denominación, sin perjuicio de que estos deben ser conexos.

Los Tratados Internacionales se pueden clasificar en cuanto a los siguientes criterios:

1. Atendiendo a su contenido o función jurídica.
2. Atendiendo al número de partes que participan.
3. Atendiendo a si el tratado es universal o cerrado.
4. Atendiendo a si el tratado es solemne o acuerdo simplificado.

1.2. **COSTUMBRE INTERNACIONAL.**

La costumbre es la más antigua y amplia de todas las fuentes del Derecho Internacional. Se puede definir, jurídicamente, como “*una practica que ha adquirido fuerza normativa y que, en consecuencia, obliga a las partes que la siguen o han seguido en el pasado, teniendo como característica especial no constar por escrito, sino ser un uso, cuyos alcances y*

³ ibidem

existencia misma deben ser probados por la parte que la alegue⁴, o bien, como el resultado de *“una actitud emanada por un Estado en sus relaciones con otro Estado, actitud que está determinada por una convicción jurídica y aceptada con el mismo espíritu por el Estado o sujeto internacional con respecto al cual está tomada⁵”*, se originan de lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual establece la costumbre como fuente del Derecho Internacional como una *“prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁶”*.

Del concepto establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se desprenden dos elementos constitutivos de la Costumbre, un elemento material y un elemento subjetivo, el primero siendo la práctica internacional, y en segundo lugar, que este sea *“generalmente aceptada como derecho”*.

El elemento material puede ser diverso, puede consistir en un actuar o bien en una abstención, lo relevante es la existencia de una repetición de actos que se pueden manifestar de forma diversa.

El elemento subjetivo, también denominado espiritual o, de forma más precisa, *‘opinio iuris sive neccesitatis’* se traduce en el convencimiento que el acto u omisión es de carácter obligatorio. *“La forma de manifestarse la opinio iuris, importante para la prueba de la misma, puede ser muy diversa;*

⁴ Daniel Rigoberto Bernal. Capítulo XVI La Costumbre Internacional. [fecha de consulta: 20 de Mayo 2021]. Disponible en: <<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/24150/Capitulo16costumbre2020danielbernal.pdf>>

⁵ Fernández Undurraga, Macarena., Gamboa Serazzi, Fernando. Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración. [fecha de consulta: 20 de Mayo 2021]. Edición marzo 2005. Chile: LexisNexis, 2005. 800 p.

⁶ Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. [fecha de consulta: 20 Mayo 2021]. Disponible en: <<https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>>

pero siempre se manifestará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, bien en las notas diplomáticas dirigidas a otros Estados, en una Conferencia Diplomática por medio de sus delegados o al adoptar una resolución en el seno de una Organización internacional, entre otras posibilidades⁷.

Conforme a la doctrina, se requieren de ciertos requisitos para la configuración de la costumbre como una fuente constituida, siendo estos los siguientes:

- “a. Práctica concordante, realizada por un número regular de los estados con referencia a un tipo de relaciones que caen bajo el dominio del Derecho Internacional;*
- b. Continuación o repetición de una práctica por un considerable período de tiempo;*
- c. La concepción de que la práctica está requerida o es consistente con el Derecho Internacional prevaleciente, y*
- d. Aquiescencia de esa práctica por otros Estados: Pero esto que se presenta como muy fácil y sistemático, como una presentación atractiva y segura, dista mucho de resolver la cuestión, pese a que la fórmula ha sido recibida con beneplácito por varios juristas⁸”.*

Las costumbres se puede clasificar⁹ 10:

⁷ Daniel Rigoberto Bernal. Capítulo XVI La Costumbre Internacional. [fecha de consulta: 21 de Mayo 2021]. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/24150/Capitulo16costumbre2020danielbernal.pdf>

⁸ ibidem

⁹ ibidem

¹⁰ Pimentel, Claudio. Derecho Internacional Publico. [fecha de consulta: 20 de Mayo 2021]. 484 p.

1. Universales o generales: Estas son aceptadas por toda la comunidad internacional, forman el Derecho Internacional y son reconocidos al contener los requisitos de la costumbre como fuente del Derecho Internacional que se desprenden del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Estos abarcan a todos los Estados sin considerar si han contribuido a su formación o no. Por ejemplo, la obligación de respetar la soberanía abarca incluso a los Estados que nacen a la vida internacional con posterioridad. Se exceptúan aquellos Estados que, en el periodo de formación de la correspondiente costumbre, se hayan opuesto de manera inequívoca o expresa a la misma, hecho el cual debe probar.
2. Regionales: A diferencia de las generales, se limitan a los Estados que revisten ciertas características comunes, generalmente Estados vecinos, excluyendo de la vinculación a Estados ajenos. Por ejemplo, el asilo diplomático en Latinoamérica.
3. Bilaterales: Se establece entre dos Estados, u otros sujetos de Derecho Internacional. *“Es la repetición constante con el espíritu de obligatoriedad de un determinado acto o su abstención u omisión”*.

1.3. **MONISMO Y DUALISMO.**

Siempre ha existido la duda si la normativa internacional se basta a sí misma para tener un carácter obligatorio dentro de los límites del Estado o si esta necesita que ella se transforme en norma interna, en donde el Estado crea una norma interna que incorpore la norma internacional a su normativa. La doctrina internacional ha *“intentado”* resolver esta prerrogativa por medio de distintas teorías, siendo dos de estas las *‘Teoría Monista’* y la *‘Teoría Dualista’*.

La Teoría Dualista se basa en la propuesta que el Derecho Internacional e Interno son dos sistemas independientes. Esta teoría está ligada a las doctrinas positivas, especialmente al principio de soberanía, y que de estos derechos uno emana de los acuerdos entre Estados y el otro de la voluntad exclusiva de un Estado. En consecuencia, para que una norma de Derecho Internacional obligue en un Estado, este debe transformarse en una norma interna. Se sigue, además, que no puede existir conflictos entre las normas de uno y el otro, ya que ello sería tan inexacto como hablar de conflictos entre leyes de diversos Estados. Esta es eminentemente una teoría consensualista.

El Monismo, por su parte, establece que el Derecho Internacional y el Derecho Interno constituyen un solo sistema jurídico. Aceptan que una norma contraria al Derecho Internacional sea totalmente válida en el orden interno, pero ello no se debe a que sean órdenes diversos. Es importante destacar que el Derecho Internacional no exige un medio por el cual se hará valer por los Estados que se han subordinado, sino que exige un resultado, bajo la sanción contemplada en caso a caso, principalmente la responsabilidad internacional; en atención a los principios contemplados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

La teoría monista tiene su fundamento en la universalidad del Derecho Natural, considerando ambos derechos como partes integrantes del mismo sistema jurídico y enfatiza, para el caso de conflicto, la supremacía de una norma por sobre la otra. La mayoría de la doctrina, incluyendo a Hans Kelsen, defienden la teoría que en caso de conflicto, debe existir supremacía de la norma del Derecho Internacional por sobre la Interna, dejando a esta en una "*posición privilegiada*".

Sin perjuicio lo anterior, parte de la doctrina determina que se acepta que

una norma contraria al Derecho Internacional sea totalmente válida en el orden interno, pero esto no se debe a que sean ordenes diversos, sino que se atiende a que el mismo Derecho Internacional no establece procedimientos de nulidad.

A pesar que estas son las teorías más aceptadas por la doctrina internacional, el Derecho Internacional propiamente tal no ha adoptado de forma exclusiva ninguna de las anteriores, tampoco es el caso en los distintos Estados. En lo particular, nuestro país, recoge ambas teorías pero no se inclina de forma definitiva a ninguna de las dos, se recogen elementos de cada una.

En síntesis, dos son las teorías que la doctrina ha establecido para determinar la relación Derecho Nacional – Derecho Internacional, cada una con sus propias particularidades, pero no son recogidas de forma absoluta ni por el Derecho Internacional, ni en la práctica por los distintos Estados, sin perjuicio que estos pudieren adoptarlas de forma libre, por no existir una normativa internacional expresa en contrario.

1.4. HARD LAW Y SOFT LAW.

El Derecho Internacional se encuentra en permanente cambio por lo que se han creado nuevos métodos para encontrar un punto en donde los Estados puedan relacionarse y contraer acuerdos de una forma más fácil y flexible ante estos cambios como lo son las cláusulas de escape, renegociaciones pactadas y Soft Law, a continuación nos detendremos en este último¹¹.

¹¹ Alan Matías Feler. Soft Law como herramienta de adecuación del Derecho Internacional del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas. [fecha de consulta: 12 Abril 2021]. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adecuacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf/>>

El Soft Law, o como se le ha denominado en castellano, “*derecho flexible*”, “*derecho blando*”, “*pre-derecho*”, o en agraz¹², su término fue acuñado por Lord McNair, su concepto y aplicación ha cambiado sucesivamente; en un principio su aplicación era abstracta y dependía de la interpretación judicial. El Soft Law no era aplicado únicamente al derecho internacional, sin embargo, fue en esta área donde el término tuvo su recogimiento doctrinario y el cual ha sido bastante tratada y ha abierto varios debates, sobre todo en el último tiempo¹³.

Actualmente distintas doctrinas han desarrollado el concepto de Soft Law, como por ejemplo, Julio Barberis, quien señaló en la conclusión de su trabajo ‘*Los usos más comunes que la comunidad internacional le ha dado a la expresión Soft Law*’, lo siguiente: “*El Soft Law es primordialmente un producto ideológico propiciado por aquellos que pretenden otorgar obligatoriedad a ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales*”¹⁴.

Por su parte, el licenciado Mauricio del Toro Huerta, amplía su esfera de alcance, señalando que se trata de un término utilizado por la doctrina, el cual busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no sean carentes de efectos jurídicos, o al menos con cierta “*relevancia jurídica*”.

¹² Mauricio Iván del Toro Huerta. El fenómeno del Soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. [fecha de consulta: 15 Marzo 2021]. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257/>>

¹³ Alan Matías Feler. Soft Law como herramienta de adecuación del Derecho Internacional del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas. [fecha de consulta: 15 Marzo 2021]. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adequacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>>

¹⁴ Barberis, J.A. Formación del derecho internacional. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, 1994, p. 288.

Atendiendo a lo visto, distintos autores de la doctrina internacional y expertos en el área, han deseado conceptualizar el término de Soft Law, sin embargo, esto ha sido muy difícil, debido a que el Derecho Internacional pasa por constantes cambios, como bien fue mencionado con anterioridad, que hace difícil invocar un término absoluto. Sin perjuicio, que teniendo estos conceptos a mano, se puede traducir en términos más simples: El Soft Law busca describir la existencia de fenómenos jurídicos, los cuales se encuentran carente de fuerza vinculante, pero sí crean efectos jurídicos, aunque sean relativos. Como estos fenómenos son contrarios al Derecho Internacional tradicional, el Soft Law ha recibido bastantes críticas, como del Profesor Weil, el cual, en pocas palabras, señala que el fenómeno de estas normas no vinculantes puede ser, al menos relativamente, un peligro a la naturaleza positiva del Derecho Internacional¹⁵.

Si bien ha recibido críticas como la anteriormente mencionada, igualmente ha recibido buena aceptación por algunos autores del Derecho Internacional, como del Profesor Ulrich Fastnath, el cual señala que el Soft Law puede ayudar a esclarecer dudas sobre consensos suscitados en normas de Hard Law¹⁶.

En cuanto a la relación que tienen con las convenciones internacionales, esta claro que las normas Soft Law no son de carácter vinculante, lo que quiere decir que el no cumplimiento de dichas normas no acarrea consecuencias jurídicas, por lo que quedaría a disposición de principios como la buena fe de los Estados parte de la convención, en respetar y hacer obligatorias dichas normas. Sin perjuicio de lo anterior, también mencionamos que las normas Soft Law si generan efectos jurídicos ya que

¹⁵ Mauricio Iván del Toro Huerta. El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. [fecha de consulta: 16 Marzo 2021]. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257/>>

¹⁶ ibidem

en diversas ocasiones reflejan el estado de desarrollo de normas consuetudinarias, o son la base para futuros tratados, y hasta generan por sí solas expectativas de comportamiento de un Estado, esto debido a que ya están regidos al principio de la buena fe, por lo cual se espera su cumplimiento aunque este no sea obligatorio.

En el Derecho Internacional existe en las distintas corrientes doctrinarias, aquella corriente que entraña la teoría de las fuentes del Derecho, expandiéndose al Derecho Internacional. Siguiendo esta postura surgió una clasificación de las fuentes entre el denominado Hard Law o “Derecho Duro” y el ya estudiado Soft Law¹⁷.

El concepto de Hard Law consta en forma esencial de los tratados y reglas adoptadas e introducidas por los Estados partes, una vez adoptadas estas normas o tratados, generan un vínculo jurídico el cual genera efectos jurídicos. En el Hard Law encontramos el Derecho en concreto y operativo.

Puesto que en el campo del Derecho Internacional y de las relaciones internacionales ha ido en aumento los conceptos de Hard Law y Soft Law, se han vuelto cada vez menos estáticos, por lo que su concepto se ha ido dejando completamente a la aplicación que se hace de ellos por los distintos Estados. Para tener en cuenta su relación e implementación, se puede visualizar desde dos vertientes.

Como primera vertiente encontramos su aplicación en relación a la jurisprudencia de los Estados, es decir, utilizar los conceptos para beneficio exclusivo del proceso judicial.

¹⁷ Cerda Dueñas, Carlos. La nota diplomática en el contexto del Soft Law y de las fuentes de derecho internacional. [fecha de consulta: 15 de Marzo de 2021]. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n2/art07.pdf>>

Como segunda vertiente encontramos a algunos Estados, los cuales adoptan algún concepto de Derecho Blando y Duro, lo cual se ha generado en algunos casos de manera estratégica, con la finalidad de obtener una mejor posición dentro de las partes que coinciden, en la comunidad internacional¹⁸.

En cuanto a las diferencias entre estas dos expuestas. Atendiendo a las normas internacionales, podemos enfrentarnos a una normativa gradual en cuanto a su obligatoriedad, la cual se encuentra en una escala progresiva que se inicia con el “*Non Law*”, “*Soft Law*”, “*Hard Law*” y finaliza con “*IUS COGENS*”. Lo mencionado anteriormente indica, en primer lugar, que desde la gradualidad de la normativa se puede apreciar una diferenciación respecto de *Soft Law* y *Hard Law*, no son vistas de forma igualitaria, revistiendo estas últimas una mayor jerarquía de obligatoriedad.

Otras diferencias que se pueden observar, son respecto a los cambios constantes habidos en el Derecho Internacional. Es necesario encontrar un punto medio en que los Estados puedan contraer acuerdos y además relacionarse, lo cual puede satisfacerse a través del *Soft Law*.

Las normas de Derecho Duro, por su parte, constan esencialmente en los tratados y reglas adoptadas e introducidas por los Estados que son partes de la convención internacional respectiva, las que una vez adoptadas, generan un vínculo jurídico que engendra efectos jurídicos, que sin perjuicio, carecen de fuerza vinculante. Esto se traduce que estas no conllevan a consecuencias jurídicas, y por tanto, quedan a disposición de la buena fe de los ‘*Estados Partes*’ para el cumplimiento obligatorio de estas normas. No obstante lo anterior, generan efectos jurídicos en razón

¹⁸ pangeaupr. APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL: ¿QUÉ SON EL “SOFT LAW” Y EL “HARD LAW”?

. [fecha de consulta: 20 de Marzo de 2021]. Disponible en: <<https://pangeaupr.wordpress.com/2016/03/18/apuntes-de-derecho-internacional-que-son-el-soft-law-y-el-hard-law/>>

del desarrollo de normas consuetudinarias o base para futuros tratados, pudiendo hasta generar por sí mismas, expectativas de un comportamiento que adoptará un Estado en razón de la buena fe.

Cabe señalar que por un lado, en las normas Hard Law encontramos el “*derecho en concreto y operativo*”, pero por otro punto, cabe la interpretación que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no señala taxativamente las fuentes del Derecho Internacional, abriendo la posibilidad de que existan otras fuentes, como las normas de Soft Law.

CAPÍTULO 2: SITUACIÓN EN CHILE

2. CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPÚBLICA.

En nuestra Constitución son escasos los artículos que aluden a este tema, como se vera más adelante, tampoco hay exactitud en las disposiciones referentes a materia de incorporación del Derecho Internacional. Para un acertado análisis de las disposiciones, es necesario tener en consideración las distintas modificaciones y avances que se han realizado en este cuerpo legal.

2.1. REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.

Los artículos pertinentes a analizar, que tienen relación con los temas expuestos, son los siguientes:

- Artículo 5, inciso segundo.
- Artículo 32, numeral quince.
- Artículo 54, numeral primero.
- Artículo 93.

2.2. ARTÍCULO 5, INCISO SEGUNDO.

“... el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de

los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”¹⁹.

El artículo pretende darle un valor a los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes. A simple vista esto no genera ningún tipo de problema, solo establece que los órganos del Estado deben respetar y promover dichos tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, sin embargo, esto tiene un problema de fondo más complejo que lo que el mismo artículo dice, o en su defecto, no dice.

Es importante determinar a que tipo de tratados se refiere exactamente este artículo, se refiere a aquellos que se remiten a los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, o en otras palabras, que versan sobre los Derechos Humanos. Este tipo de tratado es el único que se atiende la Constitución de forma específica.

La controversia respecto este artículo se refiere exactamente a la posible jerarquía que este remite a los Tratados que Versan sobre Derechos Humanos. Se da cabida a distintas interpretaciones.

En síntesis, no existe una jerarquía explícita, sin embargo, por la mayoría de la doctrina, este establece una jerarquía de rango Constitucional a los ‘*Tratados Internacionales que Versan sobre Derechos Humanos*’.

2.3. ARTÍCULO 32, NÚMERO 15.

El artículo 54 de la vigente Constitución establece atribuciones del congreso, en cuanto a los tratados internacionales, el cual será analizado

¹⁹ Biblioteca Nacional congreso de Chile. Decreto 100. [fecha de consulta: 10 Febrero de 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

a continuación: *“Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N°1²⁰”*.

Dichas disposiciones mantienen una prerrogativa presidencial y la aprobación del Congreso, tal y como se contemplaron en las Constituciones anteriores, de los años 1818, 1833 y 1925.

A su vez, la aplicación de los tratados internacionales obliga a los Estados asignatarios de la respectiva fuerza legal y certeza jurídica, en concordancia con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en vigor desde el 27 de enero del año 1980, promulgada en Chile por el Decreto Supremo N°381 de 1981 y publicada en el Diario Oficial el día 22 de junio de 1981; en particular, con lo establecido en el artículo 26 de la Convención, la cual esta inspirada en el principio de buena fe, pero no sólo como principio, sino que como cláusula pactada en la propia Convención, cuyas disposiciones obligan a Chile al expresar su consentimiento en obligarse por su ratificación.

Las disposiciones de la Convención de Viena, a su vez, rige para todo *“acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*, como fue estudiado respecto a los Tratados Internacionales.

En análisis particular a lo establecido en el artículo, para determinar su alcance y fuerza obligatoria. Nos remitimos a que, siendo este un sistema

²⁰ Biblioteca Nacional congreso de Chile. Decreto 100. [fecha de consulta: 12 Mayo de 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

presidencial democrático, el Presidente es la cara visible y representante directo del Estado de Chile respecto a los demás Estados; este es quien es encargado, de acuerdo a la Constitución, en establecer y mantener las relaciones con los otros países o Estados, sin perjuicio que no necesariamente lo es en la práctica.

Un ejemplo clásico de esta atribución son los tratados de libre comercio, que además, ordinariamente, son normas self-executing.

2.4. ARTÍCULO 54, NÚMERO 1.

El artículo 54 de la Constitución vigente establece atribuciones para el Congreso, en cuanto a los tratados internacionales, el cual será analizado a continuación:

2.4.1. ARTÍCULO 54, NÚMERO 1, INCISO PRIMERO.

“1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley...²¹”.

Desde la primera atribución encontramos la expresión: *“se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”*, esta ha generado múltiples discusiones en cuanto a que tan relevante es el efecto de esta expresión. De forma breve, algunas de las discusiones y puntos de vista que origina son los siguientes:

- a. Desde un punto de vista a favor, en cuanto a la aplicación de los tratados internacionales, según el artículo 54 de la vigente

²¹ ibidem

Constitución, se señala que el congreso no puede realizar modificaciones al proyecto del tratado, sino sólo aprobarlo o rechazarlo, situación que no ocurre de manera igualitaria tratándose de un proyecto de ley que sí pueden hacerlo, por respaldo del artículo 66 de la Constitución Política de la República. Cabe puntualizar que los tratados son legislados por los representantes dotados de plenos poderes, de los distintos Estados interesados, en que los de Chile, si participan, son colegisladores, sin intervención de nuestro Congreso Nacional. Por ello, nuestro Parlamento sólo puede aprobar o rechazar el tratado propuesto. Además, cabe agregar que el mismo artículo 54 estipula que para que los tratados tengan fuerza obligatoria, estos deben ser aprobados, por lo cual requiere el mismo quórum de aprobación que una ley ordinaria, como sistema interno de incorporación.

- b. En conjunto con las normas constitucionales mencionadas, cabe hacer presente el artículo 5 inciso segundo de la misma Carta Fundamental, la cual alude al ejercicio de la soberanía, este reconoce una limitación, y este es el respeto a los '*Derechos Esenciales de la Naturaleza Humana*', que además es "deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos" los cuales la Constitución les garantiza. Se incluyen los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.
- c. Desde el punto de vista doctrinario, la Teoría Monista propone que la relación entre el Derecho Interno e Internacional son una unidad, un sistema jurídico y con una forma jerárquica. Se manifiesta de forma mínima esta teoría en el hecho que los tratados, "*en lo pertinente*", se someten a los tramites de una ley.

- d. Desde el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema reconoció en diferentes ocasiones la primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno de Chile en caso de conflicto, y esto se evidencia en la causa ‘LAURITZEN CON FISCO’, 1995. El fallo en el numeral 159 expreso: *“que no es el caso tampoco, como sostiene la defensa del Fisco, pensar que pueden cobrar función jurídica de los principios de la mora que establece nuestro Derecho Civil, porque se ha demostrado, en este caso que los principios del Derecho Internacional prevalecen sobre el Derecho Interno”*.

Mismo acto ocurrió en un caso de extradición activa del año 1959, reafirmando la supremacía, posteriormente en 1969 en un caso de sentencia de juzgado laboral respecto a un trabajador chileno en contra de la República de China, por salarios y beneficios²².

- e. Desde una perspectiva en contra, respecto a la aplicación de los tratados internacionales en primera instancia, nuestra constitución no contempla disposición alguna, de forma expresa, respecto a la posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes racionales. Por tanto, para que el contenido de una norma internacional pueda tener aplicación dentro del Estado, es necesario que este cree una norma interna que admita o incorpore la norma internacional a su orden jurídico.
- f. Esta expresión tiene relevancia en cuanto a la interpretación de la jerarquía que tienen los Tratados Internacionales que se encuentran ratificados y vigentes, tema que será abordado más adelante. La Corte Suprema, en la sentencia causa rol 309 con fecha del 4 de agosto del año 2000 menciona que este artículo (54 N°1), por el

²² Humberto Nogueira Alcalá. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. [fecha de consulta: 12 Abril 2021]. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649907.pdf>>

hecho que los tratados internacionales se someterán a los trámites de una ley, no implicaría que también se le aplicarían todos los demás trámites de estos, ni mucho menos que se les establecerá una jerarquía de manera expresa.

2.4.2. ARTÍCULO 54, NÚMERO 1, INCISO SEGUNDO Y TERCERO.

“... El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.

El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales del derecho internacional ²³”.

En nuestro derecho nacional el congreso tiene la atribución de poder aprobar o desechar tratados internacionales que les presente el Presidente de la República antes de que estos se ratifiquen. En la instancia que se apruebe un tratado, el Estado puede formular reservas en el momento de ratificar, firmar, aceptar, aprobar o adherirse a un tratado, a menos que la reserva este prohibida por este mismo, o que disponga que se pueden realizar solo determinadas reservas o si la reserva que se planea formular es incompatible con el objeto y fin del tratado.

2.4.2.1. LAS RESERVAS.

Para un correcto entendimiento del inciso, hay que precisar que es una reserva, debido a que no es algo regulado en este cuerpo legal.

²³ Biblioteca Nacional congreso de Chile. Decreto 100. [fecha de consulta: 10 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

El artículo segundo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su letra D establece: *“se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado²⁴”*. Estos se encuentran regulados en la Sección Segunda de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 19 a 23.

Como fue mencionado anteriormente, solo se puede formular una reserva por parte de un Estado en ciertas instancias, contempladas en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, siendo estas en el momento de ratificar aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo. El mismo artículo igualmente establece las circunstancias en las cuales no se puede formular una reserva: *“a) que la reserva este prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado²⁵”*.

El artículo 20 de la ‘Convención’ establece reglas en relación a la aceptación y objeción de las reservas: *“1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.*

²⁴ Organización de los Estados Americanos. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [fecha de consulta: 17 Abril 2021]. Disponible en: <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>

²⁵ ibidem

2. Cuando del numero reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en el se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización

4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa...

... 5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4. y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerara que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando este no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado si esta ultima es posterior²⁶.

Agregando del artículo 20, numeral 4 letra c, un caso de aceptación tácita por silencio de 12 meses (no un año calendario), y que “surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante”.

El propósito de las reservas es evitar que el Estado se haga parte de un tratado que no pudiese, o no quisiera cumplir en su forma íntegra y completa, por lo que si se cumplen los requisitos generales de la Convención, se puede solicitar hacer las salvedades, excluir o interpretar aquellas partes que causen conflicto al Estado al momento de dar su consentimiento en obligarse por el tratado.

²⁶ ibidem

La existencia de las reservas, cuando proceden, es fundamental, debido a que los tratados internacionales “*podrían*” dejar sin efecto leyes anteriores que traten de una misma materia, o que tengan una contradicción. Esto es similar a lo que ocurre cuando una ley tácitamente deroga otra, pero es distinto, la vigencia de un tratado es más complejo que eso. Este tema será abordado más adelante, atendiendo a la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

De ser inadmisibles una reserva, son diversas las consecuencias o efectos que pueden derivar de esta. Si bien no existe unanimidad alguna en cuanto a los efectos de forma precisa, se pueden destacar tres consecuencias, de no ser compatible la reserva con el fin y objeto de un tratado.

“1.- Al estado formulante no es posible considerarlo como parte del tratado ya que no está dispuesto a asumir las disposiciones fundamentales que trasuntan el objeto y fin del tratado.

2.- El estado se entiende vinculado a la totalidad del tratado como si la reserva no hubiese sido formulada, ya que lo relevante es la decisión de estar vinculado al tratado y eso debe ser reforzado mediante una vinculación total.

3.- La disposición objeto de la reserva no tiene aplicación²⁷”.

2.4.3. ARTÍCULO 54, NÚMERO 1, INCISO QUINTO.

²⁷ BENAVIDES CASALS, María Angélica. Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.1 [citado 2021-05-22], pp.167-204. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100007>.

“... Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional...”²⁸.

Esta es una evidencia de que los tratados internacionales incorporados no son “*exactamente*” iguales a la ley interna. En ningún caso la ley requiere de un procedimiento que está fuera de la ley interna para poder ser modificado o derogado. Este inciso le entrega demasiado peso a las disposiciones de los tratados, potencialmente otorgando más relevancia a estos que a las propias leyes internas. Prima, como se expresó anteriormente, el principio “*Pacta Sunt Servanda*”, lo pactado obliga, del Artículo 26 de la Convención.

Lo expuesto en los incisos anteriores nos lleva a la prerrogativa ¿es posible que la jerarquía de ley sea la correcta para los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico? Esta interrogante nace de un vacío legal respecto al tema, que tiene su origen con anterioridad a lo actualmente establecido en el artículo. De acuerdo a Teodoro Ribera Neumann, esta pregunta tiene su origen en la Constitución Política del año 1925, en la cual en su artículo 43 número 5, contiene la base del actual artículo 54²⁹.

2.4.3.1. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE MODIFICACIÓN, DEROGACIÓN Y SUSPENSIÓN.

El artículo 43 de la Constitución del año 1925 establece, al igual que el actual artículo 54, las atribuciones del Congreso, siendo el numeral quinto

²⁸ Biblioteca Nacional congreso de Chile. Decreto 100. [fecha de consulta: 10 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

²⁹ Ribera Neumann, T. El artículo 54 núm. 1 de la Constitución en la práctica. Un análisis a 10 años de su vigencia. Revista de Derecho Público, , 191-219. doi:10.5354/0719-5249.2018.51258, 2018

respecto de los tratados, sin embargo, sólo menciona lo siguiente: *“aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación.*

Todos estos acuerdos tendrán en el Congreso los mismos trámites de una ley³⁰”. Es una atribución similar a la actual, pero más vaga, y entrega solo una atribución al Congreso respecto de los Tratados Internacionales.

Posteriormente, en el año 1980, se publica la nueva Constitución, la cual realiza una modificación, ahora el artículo 50 señala cuales son las atribuciones exclusivas del Congreso, el número uno dice lo siguiente: “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley³¹”. Coincidentemente, este artículo otorga mayor certeza a distintas doctrinas que postulan que la jerarquía de los tratados internacionales ratificados que se encuentran vigentes sería igual al de una ley nacional, esto debido a que estos se deben someter a los mismos tramites, sin dar ninguna opción ni se plantea otra alternativa.

El año 2005 se reformo la Constitución, y con ello también el anterior artículo 50. Ahora dicha facultad del Congreso corresponde al anteriormente expuesto artículo 54, modificando la expresión a “...la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, **en lo pertinente**, a los trámites de una ley...³²”, este es un cambio sutil que planea dar fin a un supuesto vacío, pero que finalmente crea más interrogantes que soluciones.

³⁰ Biblioteca Nacional congreso de Chile. Constitución 1925. [fecha de consulta: 18 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386>>

³¹ Biblioteca Nacional congreso de Chile. Constitución 1980. [fecha de consulta: 18 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>>

³² ibidem

El hecho que se han realizado estas modificaciones evidencia que existe un interés en dar más claridad respecto al tema, sin embargo, también evidencia una falta de interés en otorgar una jerarquía a los tratados internacionales que se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento jurídico, si existiere tal interés habría más que solo un inciso que alude vagamente al tema, y no sería un inciso dentro de un artículo que trata sobre las atribuciones del Congreso, en vez de existir un capítulo de la Carta Magna dedicado al tema.

Parece interesante consignar la opinión del Profesor Edgardo Riveros Marín, en su artículo titulado: *“Los Tratados Internacionales y la Constitución Política de la República”* (2021). Sostiene que, *“aun cuando han existido modificaciones constitucionales, permanece la necesidad de reforzar a este máximo nivel normativo la naturaleza autónoma, no asimilable a norma legal, de los tratados internacionales.”* Más adelante expresa: *“En las constituciones políticas de 1925 y la redacción original de la de 1980 se señalaba simplemente que el Congreso Nacional para aprobar los tratados presentados por el Presidente de la República previo a la ratificación tendrían los mismos trámites de una ley. Un precepto de esta naturaleza permitía interpretar y argumentar, a los partidarios de la tesis, que los tratados internacionales eran asimilables a las normas legales”*. Sobre la frase *“en lo pertinente”* a los trámites de una ley del Artículo 54 N°1, inciso primero, el Profesor Riveros expresa: *“Esta frase se incorporó precisamente para hacer la distinción entre ambas fuentes de derecho. Ello es de toda lógica, ya que el Congreso no tiene más facultades que la de aprobar o desechar los tratados y no puede introducirle modificaciones como ocurre con las leyes.”* Añadiendo, *“de acuerdo a lo preceptuado en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso, se deben votar los tratados en la Cámara de Diputados y en el Senado como un todo, aplicando el quórum más alto exigido por el artículo 66 de*

la Constitución de acuerdo a las materias establecidas en el respectivo tratado. De esta forma, basta que el tratado tenga una norma que aborde materias de Ley Orgánica Constitucional (LOC) para que deba reunir a favor de la aprobación cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio. Si no existe ninguna disposición en el tratado que exija dicha mayoría, se aprueba con la mitad más uno de los diputados y senadores presentes en la respectiva Sala”.

2.4.3.2. LEYES INTERNAS Y TRATADOS INCORPORADOS.

Como fue mencionado con anterioridad, se puede desprender del artículo recientemente analizado que una ley interna y un tratado que se encuentra incorporado y vigente son cosas distintas. A continuación veremos, de forma breve, diferencias entre la ley chilena y los tratados ratificados en Chile. En cuanto al concepto de cada uno, como nacen y cuando comienzan a regir en nuestro territorio.

Como primera diferencia, podemos aludir al concepto otorgado a cada una de estas instituciones. El artículo primero del Código Civil de Chile señala que “la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite³³”. Por otro lado, en cuanto a los tratados, no existe una norma chilena que las defina, pero si el texto final de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual Chile está adherido, que establece en su artículo segundo, letra a: “*se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional,*

³³ Biblioteca Nacional congreso de Chile. DFL 1. [fecha de consulta: 18 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular^{34 35}”.

De los conceptos mencionados se puede desprender que la ley se mira como una norma la cual es una voluntad soberana de sus ciudadanos, y esta una vez pasada por el proceso constitucional establecido, rige en el territorio de la República y puede ser imperativa, prohibitiva o permisiva; en cambio del concepto de tratados se desprende que este es una convención entre Estados, la cual se rige por el Derecho Internacional.

En cuanto al origen de cada uno de estos; El artículo 65 de la Constitución Política de la República señala que *“las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros. Las mociones no pueden ser firmadas por más de diez diputados ni por más de cinco senadores³⁶”.*

Conforme a lo señalado en el mencionado artículo, la ley ordinaria tendría su etapa de iniciativa mediante dos modos, el primero es el llamado Mensaje Presidencial que hace el Presidente de la República y el segundo mediante Moción de los Parlamentarios, la cual consta de una limitación de firmas. Debe seguir el mecanismo establecido en la propia Constitución.

³⁴ Organización de los Estados Americanos. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [fecha de consulta: 17 Abril 2021]. Disponible en: <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>

³⁵ Julio A. Barberis. El Concepto de Tratado Internacional. [13 Abril 2021]. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16461.pdf>>

³⁶ Biblioteca Nacional congreso de Chile. Decreto 100. [fecha de consulta: 19 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

El artículo 59 de la ley número 18.918 señala que *“la aprobación de un tratado requerirá de los quórum que corresponda, en conformidad a los artículos 54 y 66 de la Constitución Política, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”*; haciendo referencia a lo establecido en el artículo ya analizado.

De los artículos anteriores, se puede deducir que a pesar que en su tramitación se equipara a los tratados con las leyes, los tratados son, en cuanto a iniciativa, solo del Presidente de la República y no exactamente a lo establecido para la ley, sin perjuicio de la aprobación posterior del Congreso.

En cuanto a la ley aplicable en uno u otro caso; Los tratados se rigen por el Derecho Internacional Público, es decir, a sus normas contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; y la ley, solo se remite a lo establecido en el Derecho Interno del país respectivo.

En atención al estudio principal de este trabajo, es imperativo atenderse a que sucede en cuanto a la modificación o derogación de una ley y que sucede respecto a los tratados, ya que esta distinción puede esclarecer la situación respecto a la incorporación y a la jerarquía. El artículo 52 del Código Civil trata sobre la derogación de la ley y señala lo siguiente: *“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, La derogación de una ley puede ser total o parcial³⁷”*.

Por el contrario, el artículo 54 número 1, inciso quinto de la Constitución

³⁷ Biblioteca Nacional congreso de Chile. DFL 1. [fecha de consulta: 19 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

establece que el caso para los tratados internacionales es distinto, estos no se pueden derogar (ni modificar, ni suspender) sino que por la forma prevista por el mismo tratado o por la forma establecida en las normas generales de Derecho Internacional. Situaciones expresamente contempladas en la Convención de Viena (1960).

De lo anterior uno se da cuenta que mientras una ley puede ser derogada, ya sea total o parcialmente por otra ley, los tratados sólo pueden serlo por lo que establezca en si mismo, o las reglas del Derecho internacional. Una ley puede derogar otra pero no a un tratado. Se originan en fuentes distintas, como ya aludimos.

En síntesis, la ley y los tratados internacionales ratificados que se encuentren vigentes no se tratan de igual forma en nuestro ordenamiento jurídico.

	Tratado Internacional	Ley
Concepto	De acuerdo al artículo 2 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados es <i>“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”</i> .	De acuerdo al artículo 1 del Código Civil de Chile es <i>“una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite”</i> .
Origen o Nacimiento	Se somete, en lo pertinente, a los trámites de una ley.	Por medio de Mensaje o Moción.
Ley o Cuerpo Legal aplicable	Se rigen por el Derecho Internacional Público.	Se rigen por lo dispuesto dentro de nuestro propio Ordenamiento Jurídico y respectivos cuerpos legales.
Modificación o Derogación	Solo puede ser modificado o derogado de la forma prevista por el mismo tratado o por la forma establecida en las normas generales de Derecho Internacional. Una ley no puede derogar un tratado vigente.	De acuerdo a lo establecido al artículo 52 del Código Civil.

2.5. ARTÍCULO 93.

El artículo 93 se encarga de establecer cuales son las atribuciones del Tribunal Constitucional que, al igual que los artículos anteriormente analizados, solo se remite a los Tratados Internacionales y no a las demás fuentes del Derecho Internacional, en su numeral tercero: “*Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*”³⁸.

La relevancia del control que se aplica a los tratados internacionales depende de la postura del legislador, recordando las teorías ‘*monista*’ y ‘*dualista*’. La situación en Chile no obedece a ninguna de las dos posturas, atendiendo a que la primera “*plantea que tanto el Derecho Internacional Público como el Derecho Interno no son más que dos sectores dentro de un solo sistema jurídico universal, de carácter unitario, dependiendo la validez de un precepto jurídico de su concordancia con la norma hipotética fundamental, una norma básica primaria, independiente de todas las que la precedieron*”³⁹, por su lado la segunda [dualista] “argumenta que el Derecho Interno y el Derecho Internacional Público son dos órdenes jurídicos diversos, pues las materias reguladas, sus destinatarios e incluso los entes generadores de las normas son distintos entre sí. De lo anteriormente planteado resultaría evidente que se trata de dos órdenes jurídicos totalmente separados, que actúan en campos y en base a parámetros diferentes”⁴⁰.

³⁸ ibidem

³⁹ Ribera Neumann, Teodoro Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 89-118 [fecha de Consulta 21 de Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050105>>

⁴⁰ ibidem

Ninguna de las dos teorías precisa la situación en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que normalmente no hay vínculo entre la legislación nacional e internacional, sino solo cuando opera el mecanismo establecido de incorporación. Por lo tanto, no corresponde la teoría monista, en un principio no hay relación en ambos Derechos, ni dualista ya que en ciertos puntos ambas legislaciones deben ser congruentes. Corresponde entonces a una '*teoría mixta*', como fue planteado con anterioridad, recoge ambas teorías en parte.

Al ser un sistema de '*corriente mixta*' se debe velar por la protección de la normativa interna, que no haya contradicciones con las normas internacionales incorporadas, y además se deben tomar las medidas para no incorporar tratados los cuales eminentemente no se pueden cumplir o son contrarías a la Carta Magna vigente.

2.5.1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVO.

“El principal objetivo del control de constitucionalidad de los tratados internacionales es asegurar la supremacía de la Constitución y la seguridad y la estabilidad de los compromisos internacionales⁴¹”.

Es esencial hacer la siguiente distinción, el Control Constitucional se manifiesta en dos formas, en un control previo '*a priori*' y un control constitucional '*a posteriori*'. Evidentemente, ambos tienen implicaciones distintas en cuanto se trata de tratados internacionales, no se pueden utilizar las mismas reglas que se debieran utilizar frente una ley.

⁴¹ Henríquez Viñas, Miriam Lorena Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 119-126 [fecha de Consulta 23 de Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050106>>

El control previo, incluso antes de la reforma del año 2005 en la Constitución Política, se encuentra expresamente en la misma, por lo que no existe duda de su procedencia ni se requiere de interpretación, la situación no es la misma para el control posterior, la cual en la actualidad, después de la mencionada reforma del 2005 (Ley 20.050, Diario Oficial de 26 de agosto), corresponde a una atribución del Tribunal Constitucional, la cual se aplica sobre preceptos legales.

“Un tratado internacional, tal como lo define el artículo 2º de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, es un acto jurídico en que concurren la voluntad de dos o más estados u organismos internacionales, a diferencia de un precepto legal o ley que es la expresión unilateral de la voluntad de los órganos colegisladores de un Estado. Asimismo, la Constitución distingue claramente entre tratados y leyes o preceptos legales⁴²”.

El Control de Constitucionalidad antes de ser una atribución del Tribunal Constitucional, le correspondía exclusivamente a la Corte Suprema, de forma menos especializada: *“cabe recordar que como consecuencia de la reforma de 2005 a la Constitución chilena el control represivo de constitucionalidad ha dejado de ser una atribución exclusiva de la Corte Suprema, para quedar radicada en el Tribunal Constitucional. De este modo, el Tribunal Constitucional ejerce actualmente el control de constitucionalidad de las normas vigentes con alcances particulares y generales⁴³”.* Además de establecer el control como una atribución del

⁴² Nogueira Alcalá, Humberto Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 59-88 [fecha de Consulta 23 de Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050104>>

⁴³ Henríquez Viñas, Miriam Lorena Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 119-126 [fecha de Consulta 23 de Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050106>>

Tribunal Constitucional, se hace la distinción entre preceptos legales, leyes y tratados: *“comprendía toda regla con valor de ley, aunque formalmente estuviese comprendida en un cuerpo jurídico diferente. En consecuencia, no hubo reparos jurídicos para considerar con el mismo rango jerárquico que la ley, a los decretos con fuerza de ley, a los decretos leyes, a los distintos tipos de ley según su quórum y a los tratados internacionales⁴⁴”*. La reforma del año 2005 fue fundamental para prevenir una situación de responsabilidad internacional.

2.5.2. CONTROL CONSTITUCIONAL POSTERIOR.

La mayoría de la doctrina moderna argumenta en contra del control constitucional posterior sobre los tratados internacionales, atendiendo a interpretaciones de preceptos de la Constitución, los conflictos y la responsabilidad internacional que eso conlleva y la lógica detrás de la ratificación.

El artículo 93 de la Constitución Política de la República trata de las atribuciones del Tribunal Constitucional, el cual nace en el año 2005 para incorporar este control en su numeral 6.

“6°.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución⁴⁵”.

En base al numeral 6, en su tenor literal, debiesen ser excluidos los tratados internacionales de este control de constitucionalidad, “es

⁴⁴ García Barzelatto, A. (2016). Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Revista de Derecho Público*, (69), Págs. 502-510. doi:10.5354/0719-5249.2016.40282 [fecha de Consulta 23 de Abril de 2021]

⁴⁵ Biblioteca Nacional congreso de Chile. DFL 1. [fecha de consulta: 23 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

improcedente el control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad porque los tratados no son “preceptos legales”⁴⁶. Esto se relaciona de forma directa con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su parte III de ‘Observancia, aplicación e interpretación de los tratados’, en específico en sus artículos 26 y 27.

“26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”⁴⁷ .

“27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”⁴⁸.

Cabe destacar que el citado artículo 27 de la Convención, no distingue las “disposiciones de su derecho interno”. Por tanto, un control posterior a la incorporación del tratado es improcedente, tendría como consecuencia efectos negativos en el plano internacional, se “hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional y pondrá en duda la coherencia y seriedad del Estado en la observancia de los compromisos internacionales. Todo lo cual es altamente inconveniente para Chile”⁴⁹.

⁴⁶ Henríquez Viñas, Miriam Lorena Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 119-126[fecha de Consulta 23 de Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050106>>

⁴⁷ Organización de los Estados Americanos. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [fecha de consulta: 23 Abril 2021]. Disponible en: <https://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>

⁴⁸ ibidem

⁴⁹ Henríquez Viñas, Miriam Lorena Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 119-126[fecha de Consulta 23 de Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050106>>

Para efectos prácticos, la postura en contra del control posterior, se puede sintetizar lo previamente señalado en los siguientes argumentos:

1. *“La expresión “precepto legal” que contempla el artículo 93, Nos 6 y 7 de la Constitución no incluye a los tratados internacionales⁵⁰”*. No se incluyen los tratados internacionales en el control del Tribunal Constitucional, sobre todo una vez ratificados. En la reforma del año 2006 se explicita la diferencia entre tratados internacionales, leyes y preceptos legales.
2. *“Al traspasarse la atribución de declarar la inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional en el artículo 93 No 6 de la Carta Magna nada se señaló respecto de los tratados, mientras que ello sí se hace expresamente cuando se quiere que el Tribunal Constitucional conozca, como es en el caso del artículo 93, Nos 1 y 3 de la Ley Fundamental⁵¹”*. Por lo tanto, es imposible interpretar el artículo en forma tal que se incluyan los tratados internacionales a este control, si la intención del legislador fuese que se aplicará, sería señalado de forma expresa; es más, es descartado de forma expresa ya que los tratados no son preceptos legales. No obstante, hay autores que los califican de tales, como una manera de distinguirlos de la ley propiamente tal, una vez incorporados en el derecho interno.
3. *“Las disposiciones de un tratado de acuerdo al artículo 54, N° 1, inciso quinto de la Constitución sólo pueden ser derogadas,*

⁵⁰ Ribera Neumann, Teodoro Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 89-118[fecha de Consulta 23 de Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050105>>

⁵¹ ibidem

*modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, lo que impediría un control de constitucionalidad a posteriori*⁵²". No así el control a priori, debido a que el Derecho Internacional no es vinculante previo a su aceptación, mientras no haya nacido la obligación, el control no modifica, deroga o suspende en forma alguna.

4. Al transgredir el Derecho Internacional, "*con la gravedad que ello conlleva*⁵³", ni siquiera llegaría a ser preferible la utilización del Control posterior.

Al transgredir ambos nuestra Carta Fundamental y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es evidente que no se debe proceder con un Control de Constitucionalidad Posterior, pero se debe conservar el Control Previo, el cual no transgrede la obligación de cumplir el tratado, sino que evita llegar a una situación de controversia entre la norma internacional con el Ordenamiento Jurídico interno, este vela para proteger ambos los compromisos internacionales y lo establecido en nuestra Constitución.

2.5.3. CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL EXTRANJERO.

Para entender las implicancias del control constitucional en Chile, se puede comparar con la situación en otros países cuya legislación es completamente distinta, con fin de identificar si es que un control constitucional a posteriori es una medida viable o no, y si es que puede llevarse a cabo sin transgredir las normas del Derecho Internacional.

⁵² ibidem

⁵³ ibidem

1. En Francia: Al igual que en Chile, Francia se caracteriza por contar con un ‘control constitucional a priori’, el cual ha ido evolucionando conforme al tiempo en sus atribuciones, lo cual es explicado a continuación, “La práctica francesa se destaca por contar con un control de constitucional previo, con decisiones que tienen efectos erga omnes. Este diseño institucional supone que el producto legislativo, una vez finalizado y aprobado por el Parlamento, es estudiado automática y previamente por el Consejo Constitucional (artículo 61 de la Constitución francesa de 1958)⁵⁴”.

Este es un sistema bastante similar al nuestro, en la Constitución francesa se establece cual es el mecanismo de control previo para evitar conflicto interno por la incorporación de un tratado, lo cual es una medida eficiente, a la cual se han introducido distintas ‘innovaciones’ al respecto.

“La primera innovación importante introducida por el legislador orgánico tiene que ver pues con la imposibilidad tanto del juez inferior como de la corte suprema respectiva (si la inconstitucionalidad hubiese sido planteada por primera vez ante ellas) para cuestionar de oficio la constitucionalidad de una disposición legislativa aplicable al caso. En este sentido, el legislador orgánico interpreta literalmente la expresión *il est soutenu* del artículo 61-1 de la Constitución como equivalente a la acción de una de las partes en el proceso. Por otra parte, la prohibición hecha al juez respecto de la introducción de oficio de la cuestión de constitucionalidad se vincula al objetivo de conferir al ciudadano un

⁵⁴ SARMIENTO E, Juan Pablo. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN FRANCIA, DE LA APARENTE EXCEPCIÓN EUROPEA AL FIN DE LA SINGULARIDAD FRANCESA. Rev. chil. derecho [online]. 2016, vol.43, n.2 [citado 2021-04-23], pp.461-484. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000200005>.

derecho novedoso dejándole la libertad de ejercerlo o no. Asimismo, dicha prohibición le permite al justiciable optar entre la cuestión de constitucionalidad y el control de convencionalidad, según su deseo y estrategia procesal⁵⁵.

La disposición mencionada, a diferencia de lo ocurrido en nuestro marco jurisdiccional, otorga una flexibilidad para su aplicación. Existe otra variación en cuanto a cuál es el rango del órgano jurisdiccional.

“La segunda novedad introducida por el legislador en el procedimiento tiene que ver con las condiciones que debe revestir toda cuestión al efecto de ser reenviada, en último término, al Consejo Constitucional. Dichas condiciones varían según se trate de un juez inferior o de una de las cortes supremas⁵⁶”.

2. En el caso del Tribunal Constitucional Alemán, el 30 de junio del año 2009, sobre el Tratado de Lisboa (uno de los más importantes para la Unión Europea), en fallo unánime, determinó que la violación del principio de identidad por una norma Comunitaria equivale a desconocer el poder constituyente del pueblo y conduce a que ella sea declarada inaplicable en Alemania.

Sugiere que pueden existir varias vías para obtener esa declaración de inaplicabilidad, entre ellas, los procedimientos de control abstracto y concreto de las leyes, las contiendas de competencia y

⁵⁵ CARDENES, Agustín Alejandro. Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?. Cuest. Const. [online]. 2012, n.27 [citado 2021-04-23], pp.41-71. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-9193.

⁵⁶ ibidem

el amparo constitucional, sin perjuicio de otros que pueden ser creados por el legislador.

CAPÍTULO 3: INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.

El Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, en nuestro país, no siempre mantienen una relación armónica ni complementaria. Por el contrario, suelen verse como antagónicos en determinados aspectos. El más evidente, es su campo de acción, lo exterior en el internacional y lo interno en la Constitucional; así como su propósito, la evolución progresiva internacional, muchas veces acelerada, y la permanencia en el tiempo de las normas constitucionales que garantice lo más posible, la estabilidad jurídica y la institucionalidad.

A pesar de todo ello, y desde hace más de 130 años, todos los gobiernos vienen reiterando que Chile respeta el Derecho Internacional, sostiene la intangibilidad de los tratados, y aplica la solución pacífica de las controversias. Tres prioridades de su política exterior tradicional y que forman parte del Derecho Internacional general. Nuestra reiteración tiene por objeto no sólo comprometer su cumplimiento, sino que advertir a los demás países que seremos vigilantes de que los respeten.

No obstante lo anterior, en la actual Constitución Política solo hay dos menciones del Derecho Internacional, como hemos citado en páginas anteriores. Una, en el artículo 54 numeral 1, párrafo tercero, a propósito de la formulación de reservas a un tratado, dentro de las atribuciones exclusivas del Congreso: *“podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad con lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional”*. Esta siendo una enmienda contenida en la Ley 20.050 del año 2005.

La segunda oportunidad, nuevamente está en el mismo artículo 54 numeral 1, en su párrafo 5, que establece “*Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional*”.

Estas menciones se consignan a propósito de los tratados, la única fuente del Derecho Internacional aludida en la actual Constitución, y que no se refieren a su cumplimiento, sino a situaciones excepcionales como son las reservas, declaraciones interpretativas, derogación, modificación o suspensión del mismo. Todas contenidas en la Convención de Viena respectiva.

Nuestra Constitución no contempla ninguna otra fuente del Derecho Internacional, ni siquiera aquellas consideradas clásicas o tradicionales, o aquellas estimadas no clásicas o modernas. Por cierto constituye una omisión evidente, además de ser parcial, al consignar sólo los tratados. Hay autores que llaman la atención sobre esto, sobre todo en un país que pone de relieve tradicionalmente, el cumplimiento de esta disciplina. No obstante, ello no significa desconocer el derecho internacional aplicable, emanado de todas sus fuentes, y no únicamente de los tratados. Es posible que la nueva Constitución, en caso que se apruebe, amplíe esta referencia.

Todo indica que la especial consideración de los tratados en la Constitución se inspira en su fuerza obligatoria equivalente a las leyes, aunque no sean lo mismo, y la doctrina permita distintas maneras de abordarlo. En todo caso, respecto de la costumbre y su valor interno, el Código Civil en su artículo 2 dispone: “*La costumbre no constituye derecho*”.

*sino en los casos en que la ley se remite a ella*⁵⁷. Lo que no impide su aplicación según el Derecho Internacional, de acuerdo al artículo 38 numeral primero, letra b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; o que otros países la invoquen respecto de Chile, cumpliéndose sus requisitos, o que una sentencia de la Corte Internacional de Justicia, o emanada de otros tribunales internacionales, fundamenten sus fallos en ella y sean obligatorios para nuestro país, según su jurisdicción.

Otro caso lo encontramos en las “*decisiones judiciales*” y las “*doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*” las cuales se encuentran establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su letra d. Estas, en el derecho interno chileno, no tienen fuerza obligatoria en las sentencias de nuestros Tribunales de Justicia, quedando a criterio del Juez considerarlas. No obstante, para el desarrollo internacional general, que son invocables y aplicables como fuentes auxiliares, y por tanto, igualmente obligatorias, aunque no se mencionen en la Constitución.

Entre las consideradas como fuentes no clásicas, figura por su particular importancia y evolución, el denominado “*IUS COGENS*”, la más alta categoría jurídica actual, que no admite acuerdo en contrario y que todo tratado que este en oposición “será nulo y terminará” por adolecer de nulidad absoluta, en caso de que se cumplan sus requisitos contenidos en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, para el IUS COGENS emergente. Estas son normas imperativas que subordinan a todas las demás fuentes del Derecho Internacional, incluidos los tratados.

⁵⁷ Biblioteca Nacional congreso de Chile. DFL 1. [fecha de consulta: 27 de Mayo de 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

Sin perjuicio de no existir ninguna mención en la Constitución actual, no impide su aplicación activa por Chile, o pasiva en su contra, y daría lugar a nuestra responsabilidad internacional según las normas generales. Si hubiere alguna referencia en una nueva Constitución a las fuentes del Derecho Internacional, ciertamente no se debería omitir al IUS COGENS.

CAPÍTULO 4: JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN CHILE.

Retomando el tema de la jerarquía y la interrogativa ¿es la jerarquía de ley la correcta para los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico? Tenemos que preguntarnos cuáles son las medidas que se han tomado para una determinación, aunque fuese provisoria, de las mismas. No puede existir algún elemento en nuestro Ordenamiento Jurídico que carezca completamente de una jerarquización ¿qué sucede si hay conflicto con otra norma? ¿como se puede hacer valer en juicio?

“La Constitución como norma jurídica fundamental y fundante del ordenamiento jurídico es quien debe decidir la jerarquía que los tratados internacionales, pudiendo decidir que tengan jerarquía legal o supralegal, incluso la Constitución podría disponer resignar o compartir su primer escalón jerárquico con aquellos. Lamentablemente, como se ha señalado en este trabajo, la Constitución Política de la República de Chile no ha referido expresamente cuál es la jerarquía de los tratados, cuestión que deberá resolverse por vía interpretativa. Tal labor interpretativa le corresponde a todos los órganos del Estado, pero especialmente compete a los tribunales de justicia⁵⁸”.

La Constitución en ninguno de sus artículos establece en concreto una jerarquía para los tratados internacionales que no sean de materia de Derechos Humanos, aunque si bien, como fue presentado anteriormente, alude de forma vaga, con ciertas similitudes con la tramitación de la ley

⁵⁸ Miriam Lorena Henríquez Viñas. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. [fecha de consulta: 24 Abril 2021]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004>

interna, estas no son iguales a una ley. No son ley en la jerarquía en el tenor literal.

“En rigor de verdad, no son iguales todas las rutas de inserción de los derechos humanos de fuente internacional en el derecho nacional, ni en todas partes aquellos derechos cuentan con la misma cotización frente al resto de las normas locales. Finalmente, el funcionamiento concreto de uno de aquellos derechos no goza siempre de la misma ejecutividad. Existen variables bien distintas, con efectos jurídicos a su vez muy diferentes⁵⁹”.

La inserción de tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno de cada país no es prolijo ya que va a depender de cada país y el mecanismo jurídico que este tiene para introducirlos, el cual puede ser a través de la “*supraconstitucionalización*”; “*constitucionalización*”; “*sub constitucionalización de primer grado*” o “*equiparación legislativa*”.

La sentencia de la Corte Suprema, Rol 309 del 4 de agosto del año 2000 señala lo siguiente: “*La Constitución se preocupó de establecer, en el artículo 54, No 1o, el marco que regula a los tratados internacionales. Su remisión a que “la aprobación de un tratado se someterá a los tramites de una ley”, no significa que se le apliquen todos y cada uno de dichos trámites, por lo cual el artículo 63 no es aplicable a los tratados internacionales⁶⁰”.*

⁵⁹ Thomson Reuters. Doctrina clásica: Mecanismo de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al Derecho interno. [fecha de consulta: 24 Abril 2021]. Disponible en: <<http://thomsonreuterslatam.com/2013/06/doctrina-clasica-mecanismos-de-incorporacion-de-los-tratados-internacionales-sobre-derechos-humanos-al-derecho-interno/>>

⁶⁰ Cámara de Diputados de Chile. Fallo Rol 309. [fecha de consulta: 24 Abril 2021]. Disponible en: <<https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol309.pdf/>>

Como bien explica la resolución de la Corte Suprema, por el hecho de que el artículo 54 número 1 de la Constitución señala que los tratados internacionales se someterán, a los trámites de una ley, no implica que se aplicaran los demás trámites de una ley no implica que se aplicaran los demás trámites, y mucho menos le otorga una jerarquía de forma clara y explícita. Lo cual evidencia nuestra inquietud que no solo este es un problema doctrinario, sino que también judicial porque la confusión puede llevar a interpretaciones erróneas que pueden tener consecuencias graves.

Es esencial recordar lo siguiente, consignado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 27, *“El derecho interno y la observancia de los tratados: una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”*. El artículo 46 no contempla una excepción a la norma general, como pudiere parecer, sino que se refiere a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, cuando es manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno (Nº1); y será manifiesta, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe (Nº2).

El Estado desde el momento que acuerda ser parte de un tratado, trae consigo el consentimiento para obtener obligaciones respecto a este, debiendo cumplir con él de buena fe y no interponer como justificación previa su derecho interno en caso de incumplimiento. Esto a menos que el hecho de que el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado se manifestó en violación de una disposición de su derecho interno, en cuanto a la competencia para celebrar tratados podrá alegarse por el Estado. Esta violación, cuando sea manifiesta, afecte una norma fundamental de su

derecho interno y además sea objetivamente evidente para cualquier Estado.

Las distintas legislaciones abordan el Derecho Internacional incorporado de distintas formas, sin embargo, en su mayoría designan una determinada jerarquía a la ley internacional incorporada, sin embargo, no es el caso de Chile. En base a esto podemos decir que Chile no está afrontando el tema de manera eficiente y da origen a nuestra interrogante antes expuesta.

En síntesis, nuestra Constitución es vaga respecto a lo que se refiere a la incorporación del Derecho Internacional, en específico en cuanto a los tratados, tanto así que un artículo que trata esta materia está redactado en forma que explícitamente establece cuáles son las atribuciones exclusivas del congreso, pero termina formulando atribuciones y obligaciones pertenecientes al Presidente de la República. Por lo que no solo es vaga, es ineficiente en cuanto al mensaje que desea transmitir.

Pese a un intento de darle un mecanismo de incorporación a los tratados en la Constitución del año 1926, y a los consiguientes cambios de la Constitución del año 1980, y su posterior reforma en el año 2005, hasta la fecha en el año 2021 aún no hay uno que actúe en forma explícita y que no dé cabida a múltiples interpretaciones distintas. Debiese existir una norma más completa que separe en términos claros lo que implica una ley y un tratado internacional. La oportunidad perfecta para esto fue la reforma del año 2005, pero mantuvo la ambigüedad, entregó más participación al Congreso en cuanto a la tramitación de Tratados Internacionales, siendo que la misma Constitución establece en su artículo 32 número 15 que son atribuciones especiales del Presidente de la República, que antes no tenía, generando aún más confusión.

Las distintas interpretaciones no solo son un conflicto doctrinal, sino también un problema para la práctica en la justicia, como es evidenciado en las jurisprudencias presentadas. Esto plantea una controversia que pareciera ser inaceptable en los tiempos presentes, en que la globalización y relaciones internacionales son más relevantes que nunca, y requiere su solución en la brevedad.

CAPÍTULO 5: DERECHO COMPARADO

Como ya se ha remarcado en los capítulos anteriores, nos encontramos en un mundo globalizado, cada uno de los países que conforman esta gran unidad globalizada cuenta con su propia normativa interna y abordan estas materias de formas distintas, centrando, a continuación, específicamente en cuanto a incorporación y jerarquía del Derecho Internacional.

En México se ha entendido por el órgano legislativo que existe una denominada “*Ley suprema de la unión*”, la cual se basa en leyes generales las cuales no respetan la división competencial, establecida en la constitución, la cual distingue entre el ámbito federal y local, además de renunciar a la facultad constitucional de distribución de competencias para que la ejercite el legislador ordinario⁶¹.

Sobre el rango de jerarquía de los tratados internacionales, se considera que tienen un grado de superioridad y esta no es solamente respecto a todas aquellas normas que no constituyen la “ley suprema de la unión”, ya que también se considera superior a las mismas “leyes generales”, lo cual se desprende de los argumentos contenidos en la resolución, que resultó de la discusión respecto de la jerarquía de los tratados en el orden jurídico Mexicano, durante los días 12 y 13 de febrero del año 2007. La Suprema Corte de Justicia señaló lo siguiente⁶²:

⁶¹ COSSIO DIAZ, José Ramón. Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en derecho mexicano. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2008, vol.8 [citado 2021-05-12], pp.867-882. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100035&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1870-4654.

⁶² BECERRA RAMIREZ, Manuel. Comentarios sobre las tesis P. IX/2007 Y P. VIII/2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2007, respecto de la jerarquía de los tratados en el orden jurídico mexicano. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2008, vol.8 [citado 2021-05-12], pp.861-866. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100034&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1870-4654.

- a. Argumentos de interpretación sistemática de los principios o guías, contenidos en la Constitución Mexicana, la cual permite al Estado introducirse en el contexto internacional.
- b. Argumentos de distintos principios de derecho internacional, por medio de los cuales se intenta establecer la jerarquía de derecho interno, utilizando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- c. Argumentos de derecho comparado, elaborando una lista la cual describe la situación en que se encuentran los tratados internacionales en relación a otros ordenamientos jurídicos, en donde se evidencia una tendencia contemporánea hacia una '*mayor integración internacional*'.

Por último, se afirma en la resolución ya nombrada que, "*la congruencia existente entre la intención originaria del Constituyente de incluir como ley suprema de la Unión a los tratados internacionales, y la interpretación del texto constitucional atendiendo a las condiciones económicas, políticas y sociales que priman hoy en el mundo globalizado y que, a su vez, resultan determinantes para la inserción del México contemporáneo en éste*⁶³".

Analizando esta resolución, y teniendo en cuenta el criterio que ha adoptado la Suprema Corte de Justicia Mexicana desde el 2 de octubre del año 1999, se desprende que los tratados internacionales, dentro de su jerarquía normativa interna, se encuentran en un segundo rango intermedio, debajo de la Constitución, pero por encima del Derecho Federal y Local, los cuales se encuentran en un tercer rango.

⁶³ COSSIO DIAZ, José Ramón. Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en derecho mexicano. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2008, vol.8 [citado 2021-05-12], pp.867-882. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100035&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1870-4654.

Cabe destacar que la Suprema Corte de Justicia Mexicana expresamente abandonó la corriente jurisprudencial vigente hasta ese momento, en la cual la jerarquía de las normas en el orden jurídico interno, en relación a las leyes que emanan de la Constitución, como los tratados internacionales, ocupan ambos el rango inferior siguiente a la Constitución⁶⁴.

Por otro lado, respecto al ordenamiento jurídico peruano, este se adhiere a la teoría '*monista*', la cual plantea que tanto el Derecho Interno como el Derecho Internacional conforman el mismo ordenamiento jurídico, y esto es respaldado por la postura adoptada en la Constitución Política del Perú de 1993, en su título II del Estado y la Nación, Capítulo II de los tratados, más específicamente en su artículo 55, que dispone: "*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional*".

Sin perjuicio lo anterior, aunque se incorporen leyes convencionales al derecho interno, esta incorporación no se aplica de manera automática, sino más bien esta debe cumplir ciertas formalidades propias de las normas legales como la publicidad, la que además es una garantía inherente al Estado de Derecho, por tanto, en el instante de la publicación en el cual se indique la entrada en vigor, a su vez incorpora al Derecho Nacional.

En cuanto a negociación y suscripción de los tratados internacionales, en Perú solo son cargo del Poder Ejecutivo. No obstante lo anterior, la entidad constitucional señalada no tiene la total libertad para comprometer internacionalmente al Estado, ya que la misma Constitución peruana establece lazos que requieren de una aprobación previa del Congreso de

⁶⁴ Perezcano Díaz, Hugo. Los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. [fecha de consulta: 13 de Mayo de 2021]. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/201/335>>

la República antes de ratificar ciertos tratados, y esto es respaldado a través del artículo 56, el cual establece:

“56° Aprobación de tratados.

Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

- 1. Derechos Humanos.*
- 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.*
- 3. Defensa Nacional.*
- 4. Obligaciones financieras del Estado.*

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución⁶⁵”.

Acerca del rango de jerarquía, la Constitución peruana del año 1979 estipulaba en su artículo 101 que en caso de conflicto entre un tratado internacional celebrado en Perú que formase parte del Derecho Interno, y el Derecho Interno propiamente tal, prevalecerá el tratado, pero si este afectaba derechos humanos, para su aprobación requerirá de un procedimiento que rige la reforma constitucional antes que ratifique el Presidente de la República. Su artículo 105 señaló que los preceptos contenidos en los tratados internacionales que tengan relación a los derechos humanos gozan de jerarquía constitucional.

En la actualidad, en la reforma constitucional de Perú del año 1993, los artículos 101 y 105 anteriormente expuestos no son existentes. Se limita, indicando en su artículo 57 inciso 2 *“cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige*

⁶⁵ Constitución Política del Perú. [fecha de consulta: 13 Mayo 2021]. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf>

la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

“Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia del 24 de abril de 2006, expediente 047-2004-AI/TC, ha señalado que conforme al inciso 4 del artículo 200 de la Constitución de 1993, los tratados en el Perú tienen rango de ley (con excepción de los tratados de Derechos Humanos, a los que le reconoce rango constitucional) ⁶⁶”.

En conjunto a lo señalado por la Corte de Apelaciones, respecto al reconocido rango constitucional de los Derechos Humanos, cabe mencionar que la actual Constitución peruana establece en la cuarta disposición final, *“las normas relativas a los derechos y libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú⁶⁷”*, por lo tanto, es evidente que en primera instancia la Corte de Apelaciones reconoció rango constitucional de los Derechos Humanos en su ordenamiento jurídico, y que por otra parte el constituyente, de la constitución del año 1993, no pretendió rebajar el nivel de protección o del reconocimiento a los derechos fundamentales.

En atención a la incorporación del Derecho Internacional Público, en caso de Argentina⁶⁸, este primeramente contaba con un sistema dualista el cual se sentó en el derecho interno por varios años, interpretando las normas

⁶⁶ García-Corrochano, Lucía. Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993. [fecha de consulta: 13 de Mayo de 2021]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/download/7730/7978/>

⁶⁷ ibidem

⁶⁸ Dr. José Dobovšek. INCLUSIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ARGENTINO. [fecha de consulta: 10 de Junio de 2021]. Disponible en: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1678/2123>

de Derecho Internacional y las nacionales en un mismo rango jerárquico, lo que ocasionaba, en ciertos casos, graves colisiones normativas. Luego fue incorporando progresivamente desde el año 1992 una posición o sistema monista con supremacía constitucional, en atención a la primacía del factor soberanía. Con posterioridad, respecto diversos fallos de la jurisprudencia argentina, se ha ido reforzando la idea de que *“el Estado argentino adopta para los tratados, un sistema de monismo con supremacía constitucional, con vigencia directa e inmediata en el derecho interno cuando la normativa internacional es de carácter operativo, vale decir que no requiere de reglamentación previa alguna. Y en cuanto a la normativa internacional consuetudinaria, en la medida que se trate de normas del ius cogens, la jurisprudencia de la CSJN reconoce la supremacía absoluta, aún por sobre la Constitución Nacional⁶⁹”*.

En atención a Colombia^{70 71}, cuando este se suscribe a un tratado, se debe seguir previamente un proceso en el ordenamiento jurídico interno para poder ser ratificado finalmente el tratado por el Presidente; todo proceso correspondiente a relaciones internacionales en Colombia debe tener su origen en el Senado, según su Constitución Política, el cual recibe un tratamiento equivalente a una ley ordinaria, debido a que su Constitución no consagra un proceso especial.

Por tanto, en Colombia, los tratados internacionales aprobados, deben seguir un control constitucional previo a cargo de la Corte Constitucional, la cual decreta la constitucionalidad de las normas consagradas dentro del

⁶⁹ ibidem

⁷⁰ ABELLO GALVIS, Ricardo. La Corte Constitucional y el derecho internacional Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2004. Estud. Socio-Juríd [online]. 2005, vol.7, n.1 [fecha de consulta 18 Junio de 2021], pp.305-382. Disponible: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000100009&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0124-0579.

⁷¹ Constitución Política de Colombia [fecha de consulta 18 Junio de 2021], Disponible: <<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>>

tratado y su ley aprobatoria, si se presenta el caso de estar frente a normas contrarias a la constitución, se le requerirá al Presidente de la República que formule determinadas reservas al ratificar el tratado.

Respecto a los tratados, el congreso no puede efectuar modificaciones, sin embargo, si puede realizar sugerencias en cuanto a las reservas – situación similar a la contemplada en nuestro ordenamiento jurídico – las cuales pueden ser formuladas si el Presidente de la República así lo determina bajo su labor de manejo de relaciones internacionales.

Una vez verificada la ratificación de un tratado en Colombia, la ley 424 del año 1998 ordena el seguimiento de los convenios internacionales suscritos por Colombia, a través de la Cancillería.

En relación a la jerarquía normativa de Colombia, se adopta un sistema monista con supremacía constitucional, no estando por tanto los tratados internacionales dentro del rango constitucional. No obstante, existen tratados internacionales como los denominados “*bloques constitucionales*” por la Corte Constitucional Colombiana, el cual se refiere a normas y principios, que sin aparecer formalmente dentro del texto constitucional de las leyes, en cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Así se de la Sentencia C225-95-MP, reiterada en sentencia C-358-97 MP y C-191-98 MP⁷²; un caso de bloque constitucional se observa en el artículo 93 de la Constitución de Colombia del año 1991, al establecer que los tratados de derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno, debiendo los derechos ser interpretados conforme con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

⁷² Arango Olaya, Mónica. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. [fecha de consulta: 20 de Junio de 2021]. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf> >

En conclusión, respecto a Colombia, este está comprometido al cumplimiento de las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en sistemas universales (Organización de Naciones Unidas) y Sistema Interamericano (Organización de los Estados Americanos), siendo por tanto, los tratados internacionales de derechos humanos de rango constitucional, debiendo las normas legales y reglamentarias de rango inferior, ajustarse a estos.

Como bien es apreciable en los distintos mecanismos y legislaciones abordadas en este capítulo, y texto en general, existe una diversidad de formas en las cuales el Derecho Internacional es incorporado en los ordenamientos jurídicos, y de igual forma con distinta legislación en cuanto a la jerarquía de cada uno. Sin perjuicio a lo anterior, existen bastantes similitudes a la situación contemplada en nuestro propio Ordenamiento Jurídico, que no es una mera coincidencia, ya que históricamente, sin importar el hecho que el Derecho Internacional no establezca de forma expresa un mecanismo de incorporación ni un valor exacto jerárquico para sus distintas fuentes, los distintos Estados tienden en mirar al exterior, a los demás sujetos de Derecho Internacional, en momento de legislar en atención a esta materia, o cualquiera en general.

CAPÍTULO 6: INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS^{73 74}

Esta se trata de una materia de enorme importancia, ya que implica determinar el verdadero sentido y alcance de una ley, como igualmente, de un tratado contenido en una ley. Las normas de interpretación en ambos casos, presentan similitudes, pero también diferencias que son necesario examinar.

Para el Profesor Alberto Rioseco⁷⁵, en los tratados existe la interpretación interna, realizada por los Poderes del Estado, en especial del Poder Judicial; la internacional, que pueden hacer las partes de un tratado, o un tribunal internacional mediante sus sentencias arbitrales o judiciales; y los organismos internacionales, como un acto eminentemente político. Según la metodología aplicable, habrá una interpretación objetiva, fundamentalmente el texto, otra por su contexto y trabajos preparatorios, y una teleológica, en función del objeto y fin del tratado o teleológica.

En Chile, “*la Interpretación de la Ley*” se encuentra regulada en el Título Preliminar del Código Civil, en sus artículos 19 a 24. La interpretación de los tratados, por su parte, se encuentra regulado en la Sección 3: “*Interpretación de los Tratados*”, específicamente en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ambos cuerpos legales sido citados de manera constante a lo largo de este texto. En las mencionadas disposiciones claramente se prioriza el texto, sea de la ley o

⁷³ Biblioteca Nacional congreso de Chile. DFL 1. [fecha de consulta: 10 de Junio de 2021]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

⁷⁴ Organización de los Estados Americanos. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [fecha de consulta: 10 de Junio de 2021]. Disponible en: <https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf>

⁷⁵ Rioseco Vásquez, Alberto. Apuntes de Clase, Primera parte. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Abril 1987. Santiago, Chile. [fecha de consulta: 10 de Junio de 2021]

del tratado, para su interpretación. Desde el punto de vista teórico, se aplica el método objetivo.

El artículo 19 del Código Civil dispone: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*. En concordancia, el artículo 31 de la Convención, expresa: *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado...”*, es de destacar que la Convención añade la expresión *“buena fe”*, no sólo como un principio general, el cual sigue siendo aplicable, sino como una cláusula expresamente pactada en ella, lo cual reitera en diversos otros artículos.

Sin perjuicio lo anterior, igualmente resulta aplicable el método subjetivo. El artículo 19 del Código Civil agrega: *“Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestadas en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”*. El artículo 31 de la Convención añade, siempre dando prioridad al método objetivo y al texto de un tratado, *“...en el contexto de éstos...”*; y el Numeral 2 lo define: *“Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, demás del texto, incluidos su preámbulo y anexos”*: Un punto importante, pues pone fin a posiciones que dan un valor diferente a las disposiciones según donde figuren de conformidad a la estructura de un tratado (título, preámbulo, parte dispositiva, cláusulas finales o anexos), todas igualmente del mismo valor y obligatorias. Y el artículo 31 agrega: *“a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado”*. En ambos casos, pasan a formar parte del tratado, como podría ser un Protocolo Interpretativo, o una reserva aceptada, o una reserva interpretativa que cumplen sus requisitos,

o bien, se incorpora al texto del tratado como una cláusula aceptada por las demás partes.

En relación al contexto, nuestro Código en su artículo 22 expresa: “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”. El artículo 31 de la Convención, en su numeral tercero agrega: “*3) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado...*”. Aquí encontramos diferencias apreciables, pues no hay normas equivalentes en nuestro sistema. Los acuerdos ulteriores señalados en la Convención (artículo 31.3.a), se podrían asimilar a una ley posterior que interprete, adicione o elimine una anterior. Pero, la práctica ulterior (artículo 31.3.b) no es aplicable en Chile. Todo fallo judicial debe ser fundado en la ley vigente, y puede variar caso a caso, según su mérito, aunque sea emitido por el mismo juez en asuntos similares, donde tampoco incide su propia jurisprudencia.

Entre los “Medios de Interpretación Complementarios” del artículo 32 de la Convención, se dispone: “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a la circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada, de conformidad con el artículo 31 *“a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”*”.

Nuestro Código Civil atiende estos casos de manera coincidente, pero también, diferente. El artículo 21 del Código Civil señala: *“Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezcan claramente que se han tomado en sentido diverso”*. Esto se asemeja al artículo 31.4 de la Convención, el cual establece *“Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”*.

En cuanto a la interpretación ambigua o irrazonable, artículo 32. A) y B) de la Convención, la norma del artículo 22, inciso segundo del Código Civil señala: *“Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”*, agregando lo establecido en el artículo 24 del mismo cuerpo legal: *“En los casos a que no se pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y la equidad natural”*. Vale decir, en nuestro sistema es la propia ley la que impera dentro de su espíritu general, o la equidad natural que la inspira.

El artículo 23 del Código expresa: *“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”*. Una vez más las reglas de interpretación deben ajustarse al contexto de la ley que se interpreta, o a la propia ley interpretada como regla general.

Sin embargo, el conocido por la teoría como *“Método Teleológico”*, contenido en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, no encuentra equivalencia en nuestro sistema del Código Civil. Está consagrado en la Convención en el artículo 31, numeral primero, al agregar: *“...y teniendo en cuenta su objeto y fin”*. Y se vuelve a considerar

en el artículo 31.3.c, que señala: *“toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”*. Un método que también está contemplado en otros artículos de la Convención de Viena, que reiteran la consideración del objeto y fin del tratado (artículo 33.4.; artículo 41.1.b numeral ii); (artículo 58.1.b numeral ii). Tal vez se podría estimar el ya mencionado artículo 19 inciso segundo del Código Civil, cuando alude a una expresión obscura, *“recurrir a su intención o espíritu”*, pero agrega: *“claramente manifestados en ella misma”*. Tal es, en la propia ley, por lo que considerar el objeto y fin de una norma, en definitiva, enmendar la labor deficiente o poco clara del legislador no está previsto como un medio de interpretar la ley en nuestro Código Civil. Una diferencia notable entre el Código y la ya referida Convención.

El Profesor Rioseco, ya citado, sintetiza diciendo: *“La Convención de Viena, siguiendo la tendencia del Derecho Internacional contemporáneo se inclinó, manifiesta e inequívocamente, por el método objetivo. Sin embargo, no desconoce la importancia del objeto y fin del tratado y establece la posibilidad de utilizar, en forma complementaria, el método subjetivo, cuando el objetivo no resulta suficiente para precisar el sentido y alcance del tratado”*⁷⁶. Añade, que las disposiciones de la Convención, en materia de interpretación, fueron adoptadas sin voto disidente, por lo que se estima que son declaratorias del derecho vigente.

Al respecto, agrega la opinión del destacado Jurista Eduardo Jiménez de Aréchaga (*“El Derecho Internacional Contemporáneo” 1980*), que sostiene respecto el artículo 31, c), párrafo 3 de la Convención: *“c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”*; *“No es posible negar el impacto que los desarrollos ulteriores del orden jurídico pueden tener respecto de los tratados*

⁷⁶ ibidem

existentes ni su influencia en el proceso interpretativo; El que omita cualquier referencia al hecho de si esas normas son las vigentes en el momento de la ejecución del tratado, omisión que permite sostener que éste será un problema a determinarse en cada caso⁷⁷.

Concluye el Profesor Rioseco, aludiendo al llamado “efecto útil”, que significa preferir la interpretación en su sentido menos oneroso, o en sentido restrictivo, como podría ser las limitaciones a la soberanía.

La Convención en su artículo 33, finalmente, se refiere a la “Interpretación de los tratados autenticados en dos o más idiomas”. Son de orden práctico idiomático y no van al fondo de los métodos de interpretación. Cabe eso si resaltar, que, según el artículo 33, numeral 4, se dispone: *“cuando la comparación de los textos auténticos revele que una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”*. Una vez más se alude a éste método, como ya fue consignado.

⁷⁷ ibidem

CONCLUSIONES

Analizar el Derecho Internacional es mucho más complejo que una ley interna, en especial desde el ámbito de que sucede cuando este es adoptado por un Estado y forma parte, en cierta forma, de la legislación interna respectiva.

No existe una respuesta única, correcta, sobre que sucede con las normas internacionales incorporadas en un ordenamiento jurídico, ni siquiera una norma general propuesta por el Derecho Internacional. Esto se complica aun más en nuestro país, debido a que tampoco hay precisión al respecto.

Nuestra legislación, en particular nuestra Constitución Política de la República, es muy escasa y vaga sobre el Derecho Internacional, lo cual en el presente año 2021 es inaceptable por las siempre crecientes relaciones internacionales. Solo se hace mención de una sola de las fuentes internacionales, los tratados, dejando fuera, por ejemplo, la costumbre internacional. Agregando a esto, ni siquiera hay claridad sobre como se incorporan los tratados, ni que valor o jerarquía gozan una vez incorporados.

El desarrollo de este trabajo permite responder todas las distintas interrogantes que se originan por esta ausencia de precisión, desde un punto de vista tanto nacional como internacional, y de experiencias de derecho comparado, respecto la *'Incorporación del Derecho Internacional en el Orden Nacional'* y temas que tienen estrecha relación.

Podemos afirmar que existen notorias diferencias entre el Derecho Internacional con el Derecho Interno, destacando su origen, sujetos de derecho, sus fuentes y como han de interpretarse cada uno, esto último por medio de los tratados y una ley interna.

Podemos afirmar que nuestra legislación da mayor consideración a aquellas normas que velan por la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como se evidencia por el límite establecido en el artículo 5 de la presente Constitución, que incluye a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos.

Podemos afirmar que, no obstante de no haber un procedimiento propio para la incorporación de los tratados internacionales, se ha hecho un esfuerzo para evitar confusiones al momento de aplicar lo establecido en el artículo 54, número 1 de la Constitución, por los cambios que se han aplicado a dicho artículo, por muy pequeños que sean.

Respecto jerarquía, si bien no hay nada establecido de forma expresa sobre que sucede con el Derecho Internacional incorporado, en este ámbito, el desarrollo de este trabajo evidencia que si existen detalles que han permitido a la doctrina llegar a conclusiones casi unánimemente aceptadas.

Como ultimo punto, tal como se ha destacado a lo largo de los distintos capítulos, se debe respetar y cumplir con aquellas obligaciones internacionales que se compromete, de forma voluntaria, el Estado. Pueden haber distintas formas de incorporación, distintas jerarquías establecidas, distintas materias consagradas en alguna fuente de Derecho Internacional, pero nunca hay duda con que el Derecho Internacional es tajante con que ha de cumplirse, *pacta sunt servanda*.

Considerando que Chile se encuentra actualmente en un proceso de cambio de su norma fundamental, es esperable que las falencias y carencias que se han detectado y expuesto en este trabajo, puedan ser remendadas.

BIBLIOGRAFIA

Biblioteca Nacional congreso de Chile. Constitución 1980. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>

Cámara de Diputados de Chile. Fallo Rol 309. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/fallos/rol309.pdf/>

Constitución Política de Colombia [fecha de consulta Junio de 2021], Disponible: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>

Julio A. Barberis. El Concepto de Tratado Internacional. [Abril 2021]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16461.pdf>

Alan Matías Feler. Soft Law como herramienta de adecuación del Derecho Internacional del Derecho Internacional a las nuevas coyunturas. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adecuacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>

Humberto Nogueira Alcalá. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649907.pdf>

Arango Olaya, Mónica. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. [fecha de consulta: Junio de 2021]. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>

Biblioteca Nacional congreso de Chile. Constitución 1925. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386>

Biblioteca Nacional congreso de Chile. DFL 1. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

Biblioteca Nacional congreso de Chile. Decreto 100. [fecha de consulta: Mayo de 2021]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Constitución Política del Perú. [fecha de consulta: Mayo 2021]. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf

Organización de los Estados Americanos. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [fecha de consulta: 10 Mayo 2021]. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

pangeaupr. APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL: ¿QUÉ SON EL “SOFT LAW” Y EL “HARD LAW”? . [fecha de consulta: Marzo de 2021]. Disponible en: <https://pangeaupr.wordpress.com/2016/03/18/apuntes-de-derecho-internacional-que-son-el-soft-law-y-el-hard-law/>

Dr. José Dobovšek. INCLUSIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO ARGENTINO. [fecha de consulta: Junio de 2021]. Disponible en: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitas/article/view/1678/2123>

Nogueira Alcalá, Humberto Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 59-88 [fecha de consulta: Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050104>

Ribera Neumann, Teodoro Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 89-118 [fecha de consulta: Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050105>

Henríquez Viñas, Miriam Lorena Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales [en línea]. 2007, 5(1), 119-126 [fecha de consulta: Abril de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82050106>

Daniel Rigoberto Bernal. Capítulo XVI La Costumbre Internacional. [fecha de consulta: Mayo 2021]. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/24150/Capitulo16costumbre2020danielbernal.pdf>

Mauricio Iván del Toro Huerta. El fenómeno del Soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. [fecha de consulta: Marzo 2021]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257/>

Perezcano Díaz, Hugo. Los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. [fecha de consulta: Mayo de 2021]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/201/335>

García-Corrochano, Lucía. Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993. [fecha de consulta: Mayo de 2021]. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/download/7730/7978/>

Cerda Dueñas, Carlos. La nota diplomática en el contexto del Soft Law y de las fuentes de derecho internacional. [fecha de consulta: Marzo de 2021]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n2/art07.pdf>.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.1 [citado 2021-05-22], pp.167-204. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100007>.

CARDENES, Agustín Alejandro. Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?. *Cuest. Const.* [online]. 2012, n.27 [citado 2021-04-23], pp.41-71. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200002&lng=es&nrm=iso. ISSN 1405-9193.

ABELLO GALVIS, Ricardo. La Corte Constitucional y el derecho internacional Los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2004. *Estud. Socio-Juríd* [online]. 2005, vol.7, n.1 [fecha de consulta Junio de 2021], pp.305-382. Disponible: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000100009&lng=en&nrm=iso. ISSN 0124-0579.

Miriam Lorena Henríquez Viñas. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004

BECERRA RAMIREZ, Manuel. Comentarios sobre las tesis P. IX/2007 Y P. VIII/2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2007, respecto de la jerarquía de los tratados en el orden jurídico mexicano. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2008, vol.8 [citado 2021-05-12], pp.861-866. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100034&lng=es&nrm=iso. ISSN 1870-4654.

COSSIO DIAZ, José Ramón. Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en derecho mexicano. Anu. Mex. Der. Inter [online]. 2008, vol.8 [citado 2021-05-12], pp.867-882. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100035&lng=es&nrm=iso. ISSN 1870-4654

Thomson Reuters. Doctrina clásica: Mecanismo de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al Derecho interno. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/2013/06/doctrina-clasica-mecanismos-de-incorporacion-de-los-tratados-internacionales-sobre-derechos-humanos-al-derecho-interno/>

Naciones Unidas. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. [fecha de consulta: Abril 2021]. Disponible en:

<https://www.un.org/es/documents/ijcstatute/chap2.htm>