

## **El Derecho Internacional en la Constitución y Algunas Propuestas que Den Claridad al Operador Jurídico**

Presentación ante la Comisión de Sistema Político,  
Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral  
(Relaciones Exteriores, Integración Regional y Cooperación Transfronteriza)  
17 de marzo de 2022

Álvaro Paúl D.  
Profesor de Derecho Internacional y DD.HH,  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Doctor en Derecho, *Trinity College Dublin*  
Master en Derecho, Universidad de Oxford

### **Introducción**

Buenos días, les agradezco el privilegio de presentar ante el órgano encargado de redactar una nueva Constitución para el país. Perdón por presentar de manera telemática, pero tengo clases dentro de muy poco.

Antes de preparar esta presentación, revisé las distintas iniciativas constituyentes presentadas en el tema “Relaciones Exteriores, Integración Regional y Cooperación Transfronteriza”, que su comisión nos envió. Al hacerlo, pude notar que ellas tienden a declarar principios en el actuar internacional, definen políticas de Estado, regulan la cooperación transnacional entre pueblos originarios y buscan la integración de la Región. Nosotros no podemos decir mucho sobre eso, porque establecer o no esos principios es algo prudencial, que ustedes deben definir. Lo que sí me llamó la atención, es que no hay muchas propuestas sobre un tema jurídico fundamental en la materia, que no puede estar ausente en el principal instrumento jurídico nacional, cual es el Derecho Internacional Público.

En efecto, si bien se observan algunos toques de Derecho internacional en unas cuantas iniciativas, especialmente en referencia a tratados de derechos humanos y a tratados de libre comercio, solo dos iniciativas tratan de este tema en forma más orgánica, la 870, de la convencional Carrillo y otros, y la 949, del convencional Chahín y otros. La Comisión haría bien en profundizar en el tema del Derecho internacional. A mi juicio, el mejor modo de hacerlo sería tomar una de estas iniciativas como punto de partida. Para ello, a pesar de que ambas tienen aciertos, la 949 es la más completa para iniciar este estudio. Además, la 870 tiene unas imprecisiones en la materia, que podrían generar dificultades interpretativas (por ejemplo, en lugar de decir que el Parlamento Plurinacional “aprueba” los tratados, dice que los “ratifica”, cuestión que sólo corresponde a quienes llevan adelante la representación del Estado en el ámbito internacional). Otro motivo para usar como base la iniciativa 949, es que recoge los avances de las reformas de 2005, que

representaron un gran avance en la regulación del Derecho internacional, pues clarifican varias interrogantes que se presentaban en la vida de los tratados, como el modo como se aprueban las reservas, los mecanismos para derogar y modificar las normas de los tratados, etc. Hago presente que al decir que conviene basarse en la iniciativa 949, no estoy haciendo ningún juicio de valor sobre las iniciativas en lo que va más allá del Derecho Internacional.

Ahora, partiendo de la base de esta iniciativa, me referiré a algunos temas de orden técnico que convendría incluir en la Constitución, para que se aclaren algunos vacíos que existen en la regulación actual.

### **Breves cuestiones sobre el Derecho internacional**

Antes de hablar sobre el contenido de esta presentación, describiré un par de cuestiones fundamentales del Derecho internacional público. Lo más importante que hay que saber, es que, del mismo modo en que en el Derecho nacional hay leyes y decretos, en el Derecho internacional también hay fuentes que obligan. Las principales son los tratados internacionales y la costumbre.

Las constituciones de Chile han regulado en forma bastante parca el Derecho internacional, dando lugar a muchas dudas. La regulación de la Constitución original de 1980 tampoco aportó mucho, en el sentido de que, en gran medida, su contenido viene de constituciones anteriores. Las modificaciones de 1989 y 2005, sí hicieron varias reformas que significaron un gran avance.

La regulación más detallada que se da en la Constitución es la del mecanismo de aprobación de tratados. Este mecanismo opera sobre la base de que el Presidente es el encargado de llevar adelante las relaciones internacionales del Estado, pero entiende que el Presidente podría tratar de aprobar tratados que se impongan como ley a nivel nacional, esquivando la actuación del Congreso, que es el encargado de aprobar las leyes. Por eso, antes de que el Presidente pueda ratificar un tratado, es necesario que le pida al Congreso su aprobación.

### **Necesidad de dar claridad al operador jurídico**

Ahora me referiré a un par de temas que convendría tener en cuenta, para dar una mayor claridad al operador jurídico. Para cada uno de estos temas, les dejaré unas propuestas de normas que ustedes pueden usar si les parecieran adecuadas.

#### **1) Uso del *soft law***

Dentro de las distintas realidades jurídicas, existe el llamado *soft law* (Derecho blando). Esto se refiere a instrumentos internacionales que no son tratados, pero que expresan una expectativa de comportamiento. Este *soft law* no obliga, y es bueno que no sea así, porque en general se aprueba por el Ejecutivo, sin pasar por el control democrático

del Congreso. El problema es que, en ocasiones, nuestros tribunales aplican el *soft law* como si fuera Derecho, lo que es inadecuado. Por eso, sería bueno que hubiera una norma que reconozca la utilidad del *soft law* —como su ayuda para la interpretación—, pero que también reconozca sus limitaciones. Así, podría establecerse que, por ejemplo, el *soft law* puede ser usado por tribunales sólo en forma auxiliar, para interpretar el Derecho vigente, pero sin que pueda crear o ir contra nuestro Derecho<sup>1</sup>.

En relación con este tema, vimos que algunas propuestas hacen referencia a tratados internacionales y a los “instrumentos internacionales”. El problema de poner juntas estas dos realidades es que son distintas. La expresión instrumento internacional incluye a los tratados, pero también se refiere a instrumentos que no obligan, y que no han sido aprobadas por el Congreso, que no tienen esta legitimidad democrática. Por eso, recomendaría que se regulen de forma separada.

Propuesta de norma:

*Los tribunales nacionales podrán usar instrumentos internacionales no vinculantes para interpretar el Derecho vigente, siempre y cuando no contradigan la legislación nacional o internacional, y no creen Derecho en materias que el legislador no ha regulado.*

## 2) Autoejecutabilidad de tratados

Un segundo tema es el de la autoejecutabilidad de los tratados. Ocurre que no todas las normas de los tratados buscan ser aplicadas directamente por los tribunales de justicia o por los órganos de la Administración (algunas son programáticas, o requieren de una ley nacional para poder ser aplicadas, como ocurre, por ejemplo, con normas de naturaleza criminal<sup>2</sup>). En ocasiones, los tribunales se han confundido y han aplicado directamente algunas normas, a pesar de que ellas requerían de un desarrollo por parte de una ley posterior. Esto implica que los tribunales asuman el rol de legisladores. Por eso, una solución para evitar confusiones sobre la autoejecutabilidad, es establecer que sea el Congreso el que, al momento de aprobar un tratado, defina cuáles de sus normas serán autoejecutables, para que no quede duda sobre este tema.

Propuesta de norma:

*Al momento de aprobar un tratado, el Congreso determinará cuáles de sus normas son autoejecutables. El Presidente de la República deberá dejar constancia de esta determinación en el decreto promulgatorio del tratado.*

<sup>1</sup> Sobre el *soft law*, puede verse PAÚL, Álvaro, “Soft Law: Ni Derecho ni tan blando”, en *Temas de Derecho Internacional para el Diálogo Constitucional*, 2021, pp. 209-234.

<sup>2</sup> Sobre este tema, puede verse más en FUENTES TORRIJO, Ximena y PEREZ FARIAS, Diego. El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno. *RUCN* [online]. 2018, vol.25, n.2, pp.119-156.

### 3) Costumbre internacional

Por último, sobre la costumbre internacional. Como les decía, una de las fuentes principales del Derecho internacional es la costumbre internacional. Hoy en día se entiende que ella se incorpora automáticamente a la legislación nacional (aunque la Constitución no lo dice). El problema de esta incorporación es que esta fuente del Derecho internacional entraría como ley a nuestro ordenamiento jurídico, pero sin ningún control democrático. Esto no sería tan problemático (en muchos países ocurre así), si no fuera porque nuestros tribunales determinan cuándo algo es costumbre internacional y, como ha afirmado una especialista en Derecho internacional, doña Ximena Fuentes, ellos no siempre están capacitados para saber si algo es o no costumbre internacional, y cuáles son los límites de esa costumbre<sup>3</sup>. Por eso, sería una buena idea, primero, decir cómo se incorpora la costumbre internacional a nuestro ordenamiento y, segundo, encargarle a un órgano especializado o ligado con el legislativo, la determinación de qué es costumbre internacional. En algún momento pensé que se podía incluir en el proceso al Ministerio de Relaciones Exteriores, pero ese es un órgano que depende del Ejecutivo, por lo que podría tener fines muy partidistas. Por eso, quizá es mejor incluir solo a la segunda cámara del Congreso, porque tiene una comisión de relaciones exteriores, y porque incluye representantes de diversos sectores políticos.

**Propuesta de norma:**

*La costumbre internacional, esto es, la práctica constante y uniforme aceptada como Derecho, se incorpora automáticamente al ordenamiento jurídico chileno. Los tribunales de justicia deberán aplicarla, siempre que ella haya sido declarada como tal por el Senado, previo requerimiento de un tribunal de la República. Una vez requerido, el Senado deberá pronunciarse sobre el carácter consuetudinario de una norma dentro del plazo de dos meses.*

### **Palabras de cierre**

Espero haberles mostrado con cierta claridad las ideas que vine a presentarles. En todo caso, les enviaré esta minuta y un trabajo que habla sobre el estado actual de la relación entre el Derecho internacional público y la Constitución, que es muy clarificador e incluye algunas propuestas en la materia.

Muchas gracias, y quedo a su disposición por si necesitaran cualquier ayuda o apoyo.

---

<sup>3</sup> FUENTES TORRIJO, "Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno", en Eduardo A. Chía, Flavio Quezada (eds.) Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia), Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago, 2015, p. 182.