



Diálogo sobre

El Derecho Internacional, la Constitución y el Derecho Interno.

UNA VISIÓN NACIONAL Y COMPARADA

María Pía Silva Gallinato y Matías Vargas Börgel (coordinadores).

Seminario Internacional organizado por el Tribunal Constitucional y por el
Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, realizado el 8 y el 9 de mayo de 2025

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL • NÚMERO 78, AÑO 2026



Diálogo sobre

El Derecho Internacional, la Constitución y el Derecho Interno.

UNA VISIÓN NACIONAL Y COMPARADA

Seminario Internacional organizado por el Tribunal Constitucional y por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, realizado el 8 y el 9 de mayo de 2025

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL • NÚMERO 78, AÑO 2026

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE
Teléfono [56] 227 219 200
Huérfanos N° 1234, Santiago de Chile
www.tribunalconstitucional.cl

Cuaderno del Tribunal Constitucional

Coordinado por Ministra María Pía Silva Gallinato y Matías Vargas Börgel.
Abril 2026

Obra de distribución gratuita. Prohibida su venta o comercialización.
Todos los derechos reservados al Tribunal Constitucional

Primera edición: 100 ejemplares
Diagramación: wonderstudio.cl

CONTENIDOS

Presentación	
MARÍA PÍA SILVA GALLINATO.....	7
Conferencia Inaugural: “Los caminos del diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales”	
JAVIER GARCÍA ROCA (ESPAÑA).....	12
Primer Panel. Diálogo entre el derecho nacional e internacional.	
Una mirada nacional y comparada	32
Mesa de trabajo 1: Tratamiento del derecho internacional en la Constitución. Control de constitucionalidad de los tratados: distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables	
» Normas autoejecutables y no autoejecutables de los tratados internacionales y sus alcances en el derecho interno	
MARÍA TERESA INFANTE CAFFI.....	34
» La autoejecutabilidad de los tratados en Chile	
ÁLVARO PAÚL DÍAZ	52
Mesa de trabajo 2: Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución.	
» Regulación constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.	
MARÍA PÍA SILVA GALLINATO.....	62
» La jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de la evolución reciente del derecho internacional.	
MANUEL MONTEAGUDO VALDEZ	71
Segundo Panel. Control de Convencionalidad y recepción de las sentencias de los Tribunales Internacionales	78
Mesa de trabajo 1: Recepción de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: el control de convencionalidad.	
» Integración del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.	
NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA.....	80

» Recepción de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: el control de convencionalidad. ANDREA MUÑOZ SÁNCHEZ.....	84
» Recepción de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: el control de convencionalidad. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE.....	95
» La experiencia de la judicatura brasileña en los diálogos transnacionales. LUCAS NOGUEIRA ISRAEL.....	106
Tercer Panel. Mecanismos de cumplimiento de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales.....	114
Mesa de trabajo 1: Cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales de Derechos Humanos. Una mirada nacional e internacional.	
» Una breve mirada a las reparaciones, cumplimiento y supervisión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI.....	116
» Cumplimiento de decisiones internacionales de derechos humanos en Chile: tensiones, mecanismos e institucionalización. TOMÁS PASCUAL RICKE.....	125
» Estado del arte sobre las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos en el momento internacional 2025. Una mirada desde la academia XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI.....	133
Mesa de trabajo 2: Recepción de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales en la elaboración de los mensajes presidenciales y en el proceso legislativo	
» La consideración de los tratados internacionales en las iniciativas legislativas. EDGARDO RIVEROS MARÍN.....	148
» Recepción de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales en la elaboración de los mensajes presidenciales y en el proceso legislativo. WILLIAM GARCÍA MACHMAR.....	154
Cuarto Panel. Las sentencias estructurales y sus desafíos.....	161
» Sentencias estructurales y derechos humanos. Virtudes y tensiones. Una mirada nacional y experiencias comparadas GONZALO GARCÍA PINO.....	162

PRESENTACIÓN

Buscando crear espacios de reflexión respecto de problemáticas que se vinculan con la labor jurisdiccional confiada al Tribunal Constitucional, en actividad organizada por primera vez junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, durante los días 8 y 9 de mayo de 2025 se desarrolló en Santiago el Seminario Internacional que llevó por título “*Diálogo sobre el Derecho Internacional, la Constitución y el Derecho Interno. Una visión nacional y comparada*”.

El evento se celebró en dependencias de una y otra institución y contó con la participación de destacadas figuras nacionales y extranjeras en el ámbito jurídico, incluyendo juezas y jueces, académicos/as y autoridades de gobierno, quienes, ante numeroso público, intercambiaron ideas acerca de la relación entre el derecho internacional y el orden jurídico interno. En ese marco se analizaron experiencias nacionales y comparadas vinculadas tanto a la recepción de los tratados en las constituciones, la legislación y la judicatura constitucional y ordinaria, como al cumplimiento de los compromisos internacionales, en especial, de aquellos que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos y de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Seminario se inauguró el 8 de mayo de 2025 en la Sala de Audiencias del Tribunal Constitucional con un discurso del catedrático de derecho constitucional doctor Javier García Roca, quien, refiriéndose a “*Los caminos del diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales*”, explicó la profunda vinculación que existe en Europa entre el derecho constitucional y el internacional.

La actividad continuó con la participación de diversos expertos en un primer Panel, que se denominó “*Diálogo entre el derecho nacional e internacional. Una mirada nacional y comparada*”, en el que se trató, especialmente, respecto del control de constitucionalidad de los tratados internacionales a cargo de la Judicatura Constitucional, la distinción entre las normas autoejecutables y las no autoejecutables contenidas en dichos cuerpos normativos y el problema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos en la Carta Fundamental.

En un segundo Panel se expuso sobre el “*Control de Convencionalidad y recepción de las sentencias de los Tribunales Internacionales*”, con especial énfasis en aquellas emanadas de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, para detenerse en examinar la forma concreta en que dialogan los tribunales nacionales con los de la justicia internacional. En tal oportunidad, se reflexionó particularmente, acerca del control de convencionalidad y la articulación y coordinación que existe o debiera existir entre la judicatura nacional cuando aplica el derecho interno y el sistema interamericano de derechos humanos.

El Seminario continuó en dependencias de la Cancillería con un tercer Panel, referido a los “*Mecanismos de cumplimiento de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales*”. Al efecto se dieron a conocer distintas visiones y experiencias acerca de tal cumplimiento; algunos expositores además se explayaron sobre la recepción de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales tanto en la elaboración de los mensajes presidenciales como en el proceso legislativo llevado ante las Cámaras. En fin, el seminario finalizó con un Panel dedicado a “*Las sentencias estructurales y sus desafíos*”.

Detrás del éxito del Seminario estuvo el Director Jurídico de la Cancillería, profesor Claudio Troncoso Repetto, quien, junto a un espléndido grupo de colaboradores, trabajaron junto a esta Ministra y a Matías Vargas Börgel, -jefe de Gabinete de la Presidenta del Tribunal Constitucional, Daniela Marzi Muñoz-, a quien agradezco especialmente por su abnegada labor tanto en la organización del seminario como en la coordinación de esta obra.

La obra que ahora presentamos, y que se inserta en la colección de Cuadernos del Tribunal Constitucional, recopila la gran mayoría de las ponencias que se expusieron en el seminario a que hemos aludido. Tales exposiciones condujeron a un rico intercambio de ideas entre distintas visiones acerca de uno de los temas más candentes y complejos del derecho público actual, cual es la forma en que deben dialogar el orden interno con el internacional para nutrirse de los aportes de uno y otro en la salvaguarda de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado Constitucional de Derecho.

Magistrados, profesores, autoridades de gobierno y expertos internacionales han confluído en estas páginas con un propósito compartido: encontrar respuestas, desde distintos ángulos, a los nudos más complejos de la necesaria relación que existe entre el derecho nacional y el internacional. El resultado es una obra de consulta que, más allá de su valor descriptivo, aspira a orientar decisiones concretas, aportando criterios rigurosos para abordar un problema que no admite respuestas simples. Las contribuciones aquí reunidas no agotan el debate, pero lo articulan con una profundidad y una amplitud comparada que difícilmente puede encontrarse en un solo volumen.

Al poner a disposición de la comunidad esta obra, el Tribunal Constitucional de Chile busca aportar a la divulgación de estas reflexiones, esperando que ellas sirvan de insumo tanto para el quehacer jurisdiccional como para la discusión doctrinal y legislativa que este desafiante tema exige y continuará exigiendo, estimulando con ello la formulación de nuevas preguntas y dando respuesta a algunas de las ya existentes.

María Pía Silva Gallinato

Ministra del Tribunal Constitucional de Chile



De izquierda a derecha: Héctor Mery, Mario Gómez, Nancy Yáñez y Catalina Lagos (ministros del TC), Javier García Roca (U. Complutense de Madrid, España), Ricardo Pérez Manrique (juez Corte IDH, Uruguay), Daniela Marzi (presidenta del TC), María Pía Silva (ministra del TC).



Álvaro Paul (PUC, Chile), Sofia Sagües (U. Bs. Aires, Argentina), Andrea Muñoz (Ministra de la Corte Suprema), Miriam Henríquez (UAH, Chile), Ximena Gauché (U. de Concepción, Chile), María Teresa Infante (U. de Chile); Manuel Monteagudo (juez TC, Perú), Lucas Noguera (Corte Suprema, Brasil), Raúl Mera (ministro del TC).

CONFERENCIA INAUGURAL

*“Los caminos del diálogo entre el
Tribunal Europeo de Derechos Humanos
y los tribunales constitucionales”.*



JAVIER GARCÍA ROCA (ESPAÑA)¹

1- Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Vicepresidente de la International Association of Constitutional Law. Presidente Emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ex Presidente de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional y Letrado de carrera. Investigador principal de seis I+D con fondos europeos. Autor de numerosas publicaciones de gran impacto.

Agradezco sinceramente la invitación del Tribunal del Constitucional para participar en este evento académico, en especial, a su Presidenta, Doña Daniela Marzi, y a los ministros Doña María Pía Silva, y Don Miguel Ángel Fernández quienes se pusieron en contacto conmigo. Es para mí un honor estar aquí. He trabajado durante años como Letrado al servicio del Tribunal Constitucional en España, y dedicado muchas investigaciones a los procesos constitucionales, y luego al diálogo jurisdiccional entre los tribunales constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y más tarde a su comunicación horizontal con la Corte Interamericana, unas experiencias que explican mi interés por este asunto y mi agradecimiento por la oportunidad de discutir con ustedes.

Se me propone que aborde en esta conferencia introductoria un objeto transversal y muy amplio: el *“Diálogo sobre el derecho internacional, la Constitución y el derecho interno”*. Sería imposible de hacer en poco tiempo. Me veo obligado a delimitar un objeto más reducido para mi exposición de acuerdo con el título que he dado a este trabajo, pero valdrá como introducción a los temas que vamos a estudiar.

Ha cambiado profundamente el contexto de las relaciones entre ambos derechos en las últimas décadas. Se han producido dos fenómenos en apariencia contradictorios y que son realmente complementarios: una *“constitucionalización del derecho internacional”* y *“una internacionalización del derecho constitucional”*. La fusión de ambos derechos es cada vez mayor y estimo que va a orientar el futuro de la justicia constitucional y de la justicia convencional de forma cada vez más intensa: vivimos tiempos de una *“europeización de las jurisdicciones constitucionales”* y de una americanización.

El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de la análoga Convención Americana son el paradigma de esta nueva realidad. Es en este terreno donde la fusión de ambos derechos es mayor, y creo que es aún más en América Latina que va por delante en esta tendencia.

He descrito la situación en un libro *“La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos”*. El Convenio es una especie de *“constitución material”*. No en el sentido que usaba la expresión Constantino Mortati, ni tampoco por su supremacía formal o jerarquía constitucional, pero sí en su supremacía material. Las decisiones hermenéuticas de buena parte de los derechos están europeizadas. Desde una perspectiva realista, podemos decir que los europeos tenemos varias constituciones, vivimos en un *“pluralismo de constituciones”*, como suelen decir los autores anglosajones, de declaraciones de derechos. Una situación que impulsa un constante diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), los tribunales constitucionales y otros órganos judiciales nacionales.

Hablaré de Europa, pero pueden ustedes leer mis ideas en clave comparada con América, porque el fenómeno es esencialmente el mismo. Ya lo he hecho muchas veces en varios libros colectivos y en escritos míos con expertos iberoamericanos como son Pablo Saavedra y Humberto Nogueira, buenos amigos que están aquí presentes. El sistema americano y el europeo de protección supranacional de derechos son distintos, pero muy parecidos y arrancan de una raíz universal común, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros textos y precisamente por eso tiene sentido compararlos.

Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales que prevén una protección jurisdiccional exterior al Estado y pueden accionar las víctimas, erigidos en verdaderos titulares de derechos subjetivos con rango fundamental, son otra cosa que meros tratados. Tienen una triple naturaleza sui generis. Es el caso del Convenio Europeo que, al tiempo de un tratado internacional, es un "*instrumento constitucional del orden público*", en palabras del propio TEDH, así como una pasarela con el Derecho de la Unión Europea que ha recibido este rico acervo convencional en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Cumple una función que se aproxima a una constitución que dentro del Consejo de Europa mantiene conectados varios ordenamientos jurídicos interrelacionados.

Esto es más o menos lo que dice el artículo 10.2 de la Constitución Española y otras muchas constituciones europeas e iberoamericanas como son la portuguesa, la rumana, o la mexicana, que mandan interpretar los derechos internos desde una apertura amistosa al derecho internacional de los derechos humanos. La cláusula estaba, asimismo, en el artículo 5 de la reforma de la Constitución de Chile, que finalmente no fue aprobada. Hay pues una obligación de interpretar los derechos internos de conformidad con los tratados internacionales: un tipo específico de "*interpretación conforme*" o *secundum conventionem*.

Lo que les voy a contar lo escribí hace años y publiqué en una versión inicial en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*: "*El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo*". Pueden allí leerlo pues es accesible en línea. Es un artículo antiguo, pero que he ido actualizando cada año en el curso de justicia constitucional que organiza Roberto Rómboli en la Universidad de Pisa según he ido aprendiendo y parte de ello lo explicaré ahora. El pensamiento jurídico y las Constituciones tienen entre sus variables el tiempo, porque el derecho es de alguna manera una ciencia experimental fundada en casos y conflictos. Los derechos fundamentales son inevitablemente un *case-law*, porque las normas reconocedoras de derechos no tienen supuestos de hecho o no los agotan; las leyes sólo pueden especificar una parte de la textura muy abierta de los derechos.

Son tiempos digitales, tiempos recios diría Santa Teresa de Jesús, y nos movemos bajo el impulso de la inmediatez y la impaciencia, por eso diré lo que

quiero decir de manera sintética y luego continuaré explicando mi narrativa hasta donde pueda. Mi tesis se funda en tres cosas. Hay una interacción o fertilización recíproca de las jurisprudencias constitucionales y europeas sobre derechos: una *cross-fertilization*. También una análoga interpretación constitucional y convencional de los derechos -unos mismos criterios- en el amplio espacio europeo que está en permanente diálogo con el espacio americano y el incipiente africano. Finalmente, se ha construido un derecho común, como ocurrió en la Edad Media, que no impide el derecho nacional, mediante la lenta y progresiva creación de estándares jurisprudenciales a través de argumentaciones e interpretaciones.

Estas tres cosas crean una eficacia de "*cosa interpretada*" de las sentencias europeas. La tradicional "*vinculación a las sentencias constitucionales*" de la que ha hablado mucho la doctrina italiana, alemana y española se parece mucho a esta cosa interpretada convencional, tal y como lo llama la Corte Interamericana. El Tribunal Europeo no se atreve a usar esta terminología -a diferencia de la doctrina científica-, porque es más prudente, pero es el mismo fenómeno: la construcción de una "*cosa interpretada*" mediante unos estándares comunes extraídos de concretas ponderaciones de derechos que tienen una eficacia armonizadora y garantista de los mismo.

Esta lógica de la cosa interpretada se debe contrapesar con otra lógica derivada de un principio de subsidiariedad, ya que es una protección internacional para los Estados parte que ratificaron un tratado. Los tribunales supranacionales en algún momento tienen que detenerse y ser deferentes con los Estados, pero no sabemos muy bien dónde. En Europa se usa la imprecisa técnica del "*margen de apreciación nacional*", que he analizado en varios estudios, si bien no sabemos muy bien cuándo se aplica ni en qué derechos ni con qué intensidad. Una variante de la justicia del pretor: una interpretación tópica antes que sistemática. Por el contrario, en América Latina, no se reconoce en las sentencias de forma expresa y habitual a los Estados parte un margen de apreciación nacional, pero como el antiguo presidente de la Corte Interamericana el juez Pérez Manrique que me escucha ahora sabe muy bien, de vez en cuando la Corte se detiene en su control con prudencia, aunque no emplee un nombre para eso.

Para calibrar la verdadera importancia de esta transformación, hay que leer miles de casos. El empleo de un método positivista es esencial, no es una cuestión fácilmente aprehensible desde la filosofía jurídica. El Tribunal Europeo dicta nada menos que un millar de sentencias cada año y aunque su importancia se identifica con un número que denota un escalafón de relevancia, y hay en su página web diversas herramientas que divulgan la jurisprudencia, es bastante difícil seguir esa jurisprudencia precisamente por su abundancia y por venir en extensas sentencias. ¿Puede hacerse una interpretación constitucional, general y abstracta, en millares de sentencias? Son unas resoluciones que se proyectan sobre casi todo v.gr.: sobre

el non bis in idem en materia tributaria y penal, sobre el derecho de propiedad y sus limitaciones, sobre la regularidad de las elecciones, sobre la contaminación atmosférica, o sobre la tortura u otros malos tratos prohibidos, etc. Un océano de jurisprudencia europea en el que para el intérprete es difícil orientarse para navegar y que se expande irradiando constantemente sobre muchos temas.

Además, es un océano de jurisprudencia dictada por diversos tribunales que deben dialogar y entenderse mediante una empatía. Se ha hablado de un triángulo de jurisdicciones sobre derechos, respectivamente las del TEDH, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales constitucionales de los Estados miembros. En realidad, también participan en este diálogo otros tribunales nacionales inferiores como son los tribunales supremos, los tribunales superiores de justicia o las audiencias, en definitiva, la jurisdicción ordinaria en sus diversos órdenes. Pues a veces piensan por sí mismos con sus propias posiciones o no siempre siguen con la debida lealtad la jurisprudencia europea. No están desprovistos de una autonomía interpretativa y de vez en cuando difieren de lo que dice su tribunal constitucional o interpretan la doctrina europea de manera discutible. La imagen más apropiada quizás sería la de un cuadrilátero de jurisdicciones en una situación de concurrencia en una misma materia: los derechos nacionales e internacionales.

A veces el diálogo judicial es multilateral y participan en él varios sujetos en vez de ser bilateral, que es una situación más frecuente y sencilla. Un juez de Italia puede preguntarle mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión si tiene que resolver un asunto aplicando una doctrina del Tribunal Europeo: un diálogo a tres bandas.

En realidad, sólo mediante un método empírico e inductivo, puede reducirse a orden lo que ocurre. Estimo preciso crear categorías doctrinales inducidas en ese océano de resoluciones judiciales, que expliquen el funcionamiento real del sistema y no teorizaciones escasamente realistas. Sin conocer bien la jurisprudencia no puede especularse.

La herramienta más frecuente es la de una interpretación conforme. Una doble interpretación conforme de la ley, conforme a la Constitución y conforme al CEDH de las normas legales que regulan los derechos. Pero, en otras ocasiones, se produce una aplicación directa del convenio como ley y puede hasta llegar a inaplicarse una norma legal. Un fenómeno que con poca frecuencia ocurre en Europa donde predomina un control convencional concentrado, y suele bastar con practicar una interpretación conforme, en ocasiones manipulando un poco y mutando las normas reconocedoras de derechos. La ductilidad y flexibilidad de las normas constitucionales, un derecho por principios -como nos ha enseñado Zagrebelsky- favorece una exégesis de conformidad y una amplia gama de sentencias interpretativas.

Ahora bien, la interpretación de los derechos constitucionales y convencionales es cada vez más una variante de interpretación constitucional, no viene realmente orientada por los criterios de derecho internacional que establece el Convenio de Viena sobre los tratados, sino que se han construido unos criterios propios *more constituzionale*.

Es efectivamente una interpretación constitucional, pues se usa la proporcionalidad y otros criterios típicos de derecho constitucional. Los derechos fundamentales son una materia constitucional y con mayor razón después de la entrada en vigor del Protocolo 11 al sistema del Convenio, que introduce un amparo directo de los ciudadanos ante Tribunal Europeo. Todavía no ocurre así en América, donde subsiste el filtro de la Comisión, y llevará un tiempo la transformación, pero ese es otro debate. Ciertamente subsisten las previsiones del Convenio de Viena y a veces se siguen, pero no siempre son de utilidad. Una interpretación de la Corte Interamericana en una opinión consultiva intenta reconducir al Convenio de Viena todos los criterios interpretativos que se usan, pero me parece forzado, porque los criterios empleados en la práctica son otros muy distintos y no estaban presentes en Viena: la proporcionalidad, la interpretación evolutiva, la búsqueda de derechos reales y efectivos, un sano antiformalismo, tolerancia u *open mind societies*, *rule of law*, etc.

Los derechos solo se pueden comprender desde una interpretación evolutiva, diga lo que diga la Corte Suprema de Estados Unidos en los últimos años, pues se ocupan de instituciones sociales que se transforman naturalmente. El matrimonio no puede ser hoy lo mismo que en tiempos de Ulpiano y el Derecho Romano, y no tiene por qué serlo ya que las sociedades modernas son otras: ha cambiado el contexto cultural. El sistema jurídico se va acomodando con reajustes estructurales a los cambios en los sistemas sociales y políticos, como expuso Luhman.

Los arriba citados -entre otros- son los criterios que manejan realmente el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, llámense como se llamen -principio pro homine, por ejemplo, en este lado del Atlántico-, pero son criterios propios de una interpretación constitucional. Por eso sostengo que se ha producido una transformación constitucional del Convenio Europeo, que ocupa un lugar central en varios ordenamientos jurídicos interconectados.

Pongamos un ejemplo. Cuando el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, condenó a los secesionistas de Cataluña por incumplir reiteradamente las leyes -el Código Penal entre ellas-, el Estatuto de Autonomía, el Reglamento del Parlamento de Cataluña y la propia Constitución, la tercera parte de la sentencia se destinó a abrir un diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la ausencia de violaciones de los derechos fundamentales y garantías constitucionales en los procesos de aquellos dirigentes políticos. El Tribunal Supremo miró por el retrovisor al Tribunal Europeo y dedicó una buena parte de una sentencia penal

no únicamente a la prueba de los hechos y a desvirtuar la presunción de inocencia sino a mostrar que no hubo violación alguna de los derechos humanos. Esta imagen del retrovisor ofrece una buena visión de la realidad del funcionamiento del sistema.

A su vez, ¿a dónde mira el Tribunal Europeo? Pues, para comprender los derechos e interpretarlos adecuadamente, mira hacia arriba, abajo y alrededor (look up, look down, look around) ha explicado el Juez Garlicki. Mira a los comités de Naciones Unidas, mira a lo que le dicen los tribunales nacionales internos al sistema europeo en la fase ascendente de los casos, pero también mira fuentes externas al mismo como puede ser la Corte Interamericana, o el tribunal constitucional de Canadá o el de la India, según sean los asuntos. Existe un escenario global de trabajo en red: no hay realmente fronteras.

La diferencia más importante entre una protección supranacional y una jurisdicción constitucional está en el principio de subsidiariedad. El protocolo 15 al sistema del Convenio le habla de subsidiariedad y de preservar un margen de apreciación nacional. También hay un fuerte debate en América Latina sobre las identidades nacionales, especialmente por parte de algunos gobiernos. ¿Qué es la subsidiariedad? ¿Quiere decir que cuando existe una violación de derechos el Tribunal Europeo o la Corte Interamericana, no la pueden revisar y deben mirar para otro lado con acusada indiferencia? No puede significar eso, porque supondría el final de un sistema de protección colectiva y efectiva de los derechos que es tal y como suele calificarse el modelo. Reconocer derechos efectivos y reparar sus violaciones es una condición de supervivencia del modelo y, sobre todo, la esencia de una identidad europea que deben respetar las identidades nacionales, las cuales deben insertarse cómodamente y relacionarse dulcemente con aquélla. "*Subsidiaridad*" quiere decir que la responsabilidad primaria en la protección de los derechos, la obligación de reparar corresponde a los propios Estados, en primer lugar.

En este sentido, si existen lesiones sistemáticas de un derecho en un ordenamiento jurídico hay que modificar la ley nacional o crear un recurso efectivo o cambiar la jurisprudencia interna y tomarse en serio el respeto a la jurisprudencia europea. Recordemos que existe una verdadera obligación internacional de reparación y cumplimiento. No cabe esperar con desidia a que se siga condenando al Estado en reiteradas ocasiones posteriores. Es, asimismo, menester colaborar con diligencia en la ejecución y el cumplimiento de las sentencias del TEDH. La subsidiariedad no puede entenderse como un escudo de indemnidad: una patente de corso para violar los derechos sin incurrir en una responsabilidad internacional amparados por las supuestas identidades nacionales. Es preciso que los Estados sean los primeros que reparen los derechos antes de que lleguen las denuncias de lesiones al Tribunal Europeo o, en su caso, inmediatamente después.

Un problema ciertamente es que el intérprete se mueve dentro de un océano de jurisprudencia, cuyos estándares, matices y excepciones pueden ser difíciles de seguir. Ante este obstáculo, el Tribunal Europeo ha creado diversas herramientas de divulgación y conocimiento de su doctrina que facilitan mucho las cosas: la identificación de las sentencias con un número de orden según su relevancia, así pueden tener la enjundia de un case report, o recibir un número del uno al tres, de manera que es poco probable que se lean por muchos operadores jurídicos sentencias calificadas como de nivel tres, cuando menos si no afectan al propio país. También se han escrito unos informes por derechos, que son muy útiles, al igual que los cuadernos que redacta la Corte Interamericana. Asimismo, hay una base de datos que se llama knowledge sharing (ECHR-KS), una muy buena pestaña dentro de la página web del TEDH, en donde se da a conocer la regulación de los derechos, creando una lengua franca. Surge así una cultura común, tal como sugería Stefano Rodotà, quien decía que los derechos tienen territorios, pero no fronteras.

Esta cultura de los derechos es en buena parte global y no sólo europea o latinoamericana. Algunos fuimos con la Asociación Internacional de Derecho Constitucional a la Corte Suprema de la India en donde nos explicaron la discusión en torno al derecho al sufragio de los analfabetos: have and have not. ¿Es mejor que las leyes permitan el voto de los analfabetos en un país -un continente- con un elevadísimo número de personas iletradas pero que son ciudadanos decentes? El debate se ha producido también en México. Si la Corte de la India razona algo sobre el derecho de sufragio de los analfabetos, de los pobres, es previsible que pueda tener impacto en los órganos judiciales de buena parte del mundo, en los países con situaciones semejantes. La digitalización permite un inmediato trabajo en una red: un diálogo judicial fundado en la contracción del tiempo y del espacio. La globalización de los derechos está en la naturaleza de los mismos.

¿Qué es diálogo? Pues no lo sé muy bien. Probablemente, no lo sepa nadie. Tenemos ya muchos estudios y un debate teórico en el que han participado muchos y yo también. Traeré a colación el buen libro de Giuseppe de Vergottini *“Más allá del diálogo entre las Cortes”* cuya traducción prologué; el maestro reprocha con rigor que se llama diálogo a cualquier cosa; e insistía en que un verdadero diálogo reclama de un método comparado que lleve a la construcción de normas. Pero dudo que este concepto jurídico, estricto y riguroso, de diálogo del profesor de Bolonia sea el más útil a los efectos que nos ocupan. Prefiero una comprensión amplia y flexible que se adapte bien a un extenso espacio convencional de setecientos millones de justiciables y cuarenta y seis Estados miembros en el que coexisten culturas jurídicas muy diversas. Vaya usted a explicarle a un juez ordinario que no está siguiendo un buen método comparado... Los jueces no hacen doctrina. Bastante es con que se convengan de que deben leer y tener en cuenta sentencias de tribunales internacionales.

Una idea realista de diálogo judicial arranca de un complejo contexto formado por una interrelación de declaraciones de derechos, y de resoluciones motivadas de muy diversos tribunales. Este contexto obliga a esforzarse en buscar con empatía, de manera dialogística, una ausencia de contradicciones entre decisiones y argumentaciones en conflictos de derechos semejantes. Reclama al juzgador ponerse en el lugar de otros sujetos de diversos ordenamientos jurídicos interrelacionados. Porque no hay pasarelas o recursos nomofilácticos superiores que impidan la fragmentación del derecho internacional. Más adelante les contaré sobre diversos escenarios y caminos de este diálogo, pero es un fenómeno jurídico difícil de definir y es mejor ser flexibles. Lo más importante es mantener una interpretación finalista que impida que se produzcan contradicciones entre las resoluciones judiciales de distinto nivel en provecho de los mismos justiciables y de la mayor protección de los derechos, que es el objetivo que debe siempre prevalecer.

El diálogo judicial se basa en un pluralismo de constituciones. En España tenemos declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas -como pasa en las constituciones provinciales en Argentina-, en la Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en un profuso número de tratados, resoluciones y pactos de Naciones Unidas. Todos esos contenidos normativos deben tenerse en cuenta. Un pluralismo de declaraciones que dialogan y con frecuencia tienden a entenderse en el sentido del último reconocimiento: el más moderno. Por ejemplo, si el matrimonio en el Convenio Europeo se predica del hombre y la mujer, y en la Carta de Derechos Fundamentales no se dice entre quién, pues acaba entendiéndose antes o después en el sentido de la última declaración para permitir el matrimonio igualitario.

El diálogo puede ser facultativo, pero en algunos escenarios normativos tiene un carácter obligatorio. Dentro de la Unión Europea, es obligatorio que el juez plantee la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si duda de la validez o de la interpretación y aplicación de la norma. Pero en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es así. Sin embargo, empiezan a usarse unas opiniones consultivas del Protocolo 16 que son una especie de cuestiones prejudiciales o de inconventionalidad que los altos tribunales de los Estados pueden plantear, y así España acaba de ratificarlo. El diálogo en el sistema del Convenio es facultativo con ambas técnicas, no viene expresamente impuesto en las normas, aunque sea necesario. Se funda en la necesidad de tener en cuenta las elaboraciones ajenas de otros tribunales.

En mis Lecciones de Derecho Constitucional, he intentado explicar los derechos fundamentales de los españoles a la luz de la Constitución y del sistema del Convenio, manejando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y asimismo

las del Tribunal Europeo y el TJUE mediante una interpretación conforme y sistemática. Esta incorporación supone un gran esfuerzo para el intérprete. La inercia habitual consiste en seguir explicando los derechos fundamentales nacionales como si no existiera la Corte Interamericana o el Tribunal Europeo, y cada país viviera en una isla, pero eso ya no puede hacerse. El impacto de la jurisprudencia en Europa surge también a la hora de aplicar el derecho propio y no solo el derecho del Convenio que no es tampoco ajeno.

Así las cosas, no creo que exista un predominio de una jurisdicción sobre otra. ¿Quién dice la última palabra? Nadie. El modelo en red no funciona en clave de jerarquía sino mediante centros nodales. La propuesta y pregunta la formula Jeremy Waldron, un filósofo del derecho, pero no es realista; no parece fundada en el manejo habitual de la jurisprudencia. Si fuera tan sencillo, sería estupendo. Pero en una estructura de concurrencia de jurisdicciones y de trabajo en red están constantemente todos los sujetos matizándose unos a otros, ya sea en la fase ascendente o en la descendente. Nadie tiene todo el poder. No es un escenario donde quepa la última palabra. Un tribunal puede tener la competencia para pronunciarse en último lugar, pero es difícil pensar que no necesite de la colaboración de otros sujetos para implementar sus decisiones.

Decir la última palabra, por otro lado, no es a veces lo más importante, a menudo es más importante decir la primera palabra y abrir un debate. Fijar los términos o el marco de una controversia. A menudo lo hacen los jueces nacionales con sus preguntas, otras el Tribunal Europeo que invita un Estado a que modifique su ley o su jurisprudencia para adecuarlo a los estándares europeos. No siempre es un problema central quien dice la última palabra en este modelo de diálogo; es más importante abrir una controversia en un debate abierto.

Una red de trabajo afecta, asimismo, al clásico debate sobre la jerarquía de los tratados, en este caso, sobre derechos. La jerarquía de estos tratados puede no ser ya tan decisiva. Sobre el sistema interamericano ha escrito mucho al respecto Carlos Ayala y con agudeza. Pero, de cara a hacer una interpretación conforme de los derechos en casos de colisiones, la jerarquía de los mismo es un poco indiferente. Los órganos jurisdiccionales vienen obligados a hacer una interpretación conforme, tanto si esos tratados tienen una jerarquía constitucional, o superior a la constitución -una solución que no es extraña en América Latina- como simplemente supralegal o legal. La cuestión puede ser distinta, sin embargo, de cara a la inaplicación de las leyes. Hay países en Europa igualmente donde el CEDH tiene rango de ley o rango de constitución y en los dos modelos los jueces tienen que interpretar los derechos en las leyes conforme al Convenio Europeo. Es inevitable, porque no se trata realmente de un problema de jerarquía de fuentes internas sino de relaciones entre ordenamientos igualmente válidos. La posición en España del Convenio no la fija verdaderamente el Tribunal Constitucional

sino el propio CEDH y el Tribunal Europeo. Sin embargo, me parece muy recomendable que esa obligación de interpretación conforme, que se desprende de las obligaciones internacionales asumidas, se introduzca en la ley orgánica del poder judicial o en otras leyes procesales relevantes, al modo de un recordatorio para jueces y administraciones, de la misma manera que en España dicha Ley lo establece para la interpretación conforme a la Constitución.

En suma, el diálogo judicial es una conversación entre varios sujetos que se comunican, en el que caben disidencias y matizaciones o discrepancias medidas, se usa un mismo lenguaje jurídico y análogos criterios interpretativos, existen normas multinivel reconocedoras de derechos muy parecidas, se enjuician supuestos de hecho semejantes, y se busca con empatía -con mentalidad dialogística- que no existan contradicciones en sus doctrinas.

A modo de muestra, el TJUE no está vinculado jurídicamente al TEDH, porque la Unión Europea no está adherida al sistema del Convenio, pero dice "*tener en cuenta*" su jurisprudencia. No se precisa mucho, pero tenerlo en cuenta connota que deben evitarse las incompatibilidades o contradicciones y perseguirse la influencia. Eso es el diálogo en una concurrencia de jurisdicciones.

Escribir las sentencias de manera dialogística, supone incorporar de algún modo las opiniones de los demás tribunales en las motivaciones propias en la medida en que puedan ser asumidas. En sentido contrario, tenemos a la Corte Suprema de Estados Unidos, que se cierra con acusado localismo al diálogo con el derecho internacional de los derechos y su jurisprudencia se va empobreciendo por su nacionalismo y aislacionismo. Por otro lado, el buen ejemplo de Sudáfrica, en donde la Constitución manda a los órganos judiciales tener en cuenta el derecho internacional sobre los derechos, e incluso, si no hay un precedente para resolver el caso, admite que pueden utilizar precedentes de derecho extranjero por su misma razonabilidad y carácter disuasorio.

Ustedes en Chile deben seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Evidentemente, no es vinculante la doctrina del Tribunal Europeo, pero si hay un precedente importante v.gr. sobre el derecho de sufragio de los presos -el Caso Hirst- en ausencia de jurisprudencia de la Corte Interamericana es muy probable que algún órgano judicial lo cite por la misma fuerza persuasiva de sus argumentaciones. Esta actitud mejora la motivación de las resoluciones judiciales, es lo que se llama un enriquecimiento recíproco (cross fertilization). Por eso, si el Tribunal Constitucional de Hungría dicta una decisión en la que se descuelga abiertamente del trabajo en red, de esta colaboración en la argumentación y la motivación jurídicas, tendrá que explicarlo mucho. Mientras un tribunal puede fortalecer sus opiniones e incrementar su legitimidad y capacidad disuasoria con precedentes coincidentes de otros sistemas y diversos países.

Claro que igualmente hay diálogo cuando existe un disenso o matices y distinciones del precedente europeo si varían los hechos o el contexto o las normas. Una conocida sentencia de la Audiencia Nacional en España se dedica en su mayor parte a la crítica de la doctrina del Tribunal Europeo, no obstante, en su parte final concluye afirmando que, pese a su discrepancia, debe aplicar la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Discrepar, matizar es diálogo también. Se puede intentar cambiar la jurisprudencia mediante un recíproco enriquecimiento en la fase ascendente o modularla en la fase descendente o de ejecución. Por eso nadie tiene realmente la última palabra.

El Convenio Europeo “*is a judge made convention*”. Buena parte del funcionamiento real del sistema no está en la letra de las normas del Convenio sino en los usos que han creado la jurisprudencia y las buenas prácticas. Los británicos, muy acostumbrados a una interpretación literal, con frecuencia se quejan del Tribunal Europeo, y se preguntan ¿dónde está escrita esa regla o principio que la Corte utiliza?, ¿dónde está escrito el caso de las ancianas suizas y la afirmación de que, si Suiza incumple el protocolo de Kyoto sobre contaminación medioambiental, en definitiva, el derecho internacional, y unas ancianas sufren el riesgo del calentamiento global en exceso con serias amenazas para su vida y la salud y este incumplimiento redundará en la violación de derechos fundamentales? Se trata de un caso que ha sido muy polémico.

Sin embargo, deben existir límites a esta jurisprudencia expansiva. Así, por ejemplo, un tribunal internacional no debería revisar los hechos apreciados por los jueces internos, la prueba judicial. Pero es más complejo, pues si se invocan las garantías del proceso debido, la presunción de inocencia, puede ser difícil no hacerlo. Por otra parte, el amparo europeo o “*acceso directo*” -como se llama en inglés- en teoría no es un recurso de casación, no está pensado para unificar la doctrina legal e interpretar el derecho nacional. Pese a ello, la jurisprudencia europea en materia de derechos humanos tiene una inevitable eficacia armonizadora del mundo de los derechos, y algunos tienen una acusada configuración legal.

El Tribunal Europeo se ha convertido en el tribunal comparatista por excelencia, como ha explicado Vergottini. El derecho comparado es probablemente el principal criterio de la interpretación constitucional hoy en día. Nosotros los españoles buscamos desde antaño pretextos para discutir todas las semanas, forma parte de nuestra malhadada y caínita identidad nacional. Pues bien, cuando llegó el intenso conflicto sobre la constitucionalidad de la Ley de amnistía nos preocupamos por ver cómo estaba regulada esta institución en todo el mundo, si la amnistía tiene que estar expresamente prevista en la Constitución o no, si puede emanar sólo de una ley o de una convención constitucional, qué delitos deben venir excluidos, que límites habían fijado a las autoamnistías el TEDH y la Corte Interamericana, etc. Es un impulso natural del intérprete ante las confusiones acudir a la experiencia comparada de otros países del mismo entorno para encontrar respuestas.

Por eso cuando el Tribunal Europeo tiene que resolver un asunto lo primero que hace, y asimismo, la Corte Interamericana es indagar cómo está la regulación nacional en los Estados: afrontar un derecho comparado regional, buscar un mínimo regulador común o un consenso europeo. Se encuentra entonces a menudo con discrepancias en la ordenación: tres Estados prevén A, seis Estados dicen B, diez Estados dicen C, y otros carecen de regulación, no siendo A, B y C lo mismo. Según la situación de la regulación en los Estados, puede el TEDH integrar y crear un estándar europeo o puede mantener un amplio margen de apreciación nacional, depende del caso y también del contexto y del momento. Pero conocer el derecho comparado regional de los Estados sobre el que se proyecta la decisión supranacional es muy importante, para no sembrar en falso en tierras estériles.

Hay diversos tipos de diálogo según los sujetos. Entre el Tribunal Europeo y los tribunales constitucionales del sistema, entre el Tribunal Europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión que está ubicado en otro ordenamiento jurídico, hay un diálogo horizontal y transoceánico entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, una veintena de líneas de jurisprudencia en que a veces se citan ambas cortes, y otras no, pero se corrobora que se leen e incluso se deja testimonio en los antecedentes en las propuestas que hacen las partes o los *amicus curiae*. También hay un esporádico diálogo incluso con jueces de fuera del sistema, como ocurrió con la Corte de Canadá en el caso Hirst.

Existen también diversas variantes de diálogo según el tipo de la actividad judicial y cognitiva que se realiza. Intentaré sistematizar algunos de estos caminos, la riqueza de las situaciones es grande, como corrobora la práctica de un método inductivo según la jurisprudencia.

Primero, existe influencia en las jurisprudencias: importación y exportación son términos que se emplean. Se incorpora una categoría de un país a otro o se orienta una solución propia con otra ajena. A veces la influencia es unilateral, pero puede ser bilateral o recíproca. Muchos tribunales citan al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, y muy pocos al Tribunal Constitucional de Andorra. No siempre es una influencia bilateral: la Corte Constitucional de Alemania no cita a casi nadie o sólo al Tribunal Supremo de Estados Unidos, el cual no cita a nadie. Cada uno tiene sus rarezas.

Segundo, a veces se hace un verdadero derecho comparado que concluye con la construcción de una norma por el TEDH. En el contexto autoritario de Hungría, se les ocurrió a sus autoridades nada menos que fijar una prisión permanente de 40 años. Una interesante política criminal: populismo punitivo. El Tribunal Europeo, sin perder la tranquilidad, se distanció y sostuvo que iba a hacer un estudio comparado sobre la duración de la prisión permanente y concluyó que todo lo que pasara de 25 años parecía desproporcionado. Es una forma inteligente de argumentar que la prisión permanente, así como toda prisión, tiene que permitir

la reinserción social como fin constitucionalmente impuesto por lo que debe tener un límite razonable en su duración, que permita al preso volver a integrarse en una comunidad tras resocializarse.

Tercero, en otras ocasiones, el diálogo intenta construir un consenso regional: un common background europeo. No puede haber tortura ni malos tratos en Europa ni pena de muerte ni castigos corporales ni reprimir las manifestaciones pacíficas con violencia desproporcionada. Progresivamente, sentencia a sentencia, se genera un consenso europeo frente a las resistencias y obstáculos de los Estados y se armoniza la legislación en torno a unos estándares comunes. Fue larga en el tiempo la serie de sentencias sobre castigos corporales en las escuelas y en los ejércitos en el Reino Unido que intentaba mantener un estándar tradicional contrapuesto al europeo y a la dignidad humana; no menos larga fue la saga de sentencias de Turquía sobre el uso de la fuerza frente a manifestaciones pacíficas.

Cuarto, casi siempre se practica una interpretación conforme, es el criterio más frecuente. Se impone la obligación de interpretar los derechos nacionales de conformidad con la jurisprudencia europea, integrando constituciones y leyes con los estándares europeos, para eso puede hacer falta en algún caso forzar un poco la ley, manipularla -como dice la doctrina italiana- mediante una sentencia interpretativa, e incluso la Constitución. El problema es hasta dónde puede hacerse. ¿Hasta alterar la literalidad de la norma haciendo una mutación? Este es el debate. Quinto, puede hacerse un control de convencionalidad concentrado y abstracto. Suele ser un control normalmente concreto y en torno a hechos el del TEDH, pero a veces tiene dimensiones abstractas y ligadas a la ley. En un caso con Bulgaria, el Tribunal Europeo detectó que no había normas legales que protegieran la situación de la mujer en situaciones de maltrato frente a la violencia doméstica. Las mujeres estaban en una situación en la que podían ser agredidas por su pareja y no recibir protección, por eso le pidió a Bulgaria que aprobara una ley que dispensara una protección a las mujeres. La ausencia de ley devenía en una suerte de inconvencionalidad por omisión. El Tribunal Europeo es ciertamente más prudente o autocontenido, menos audaz, activista o constitucional, que la Corte Interamericana, pero existen igualmente casos de control abstracto en que se pide directamente que se modifique la ley para adecuarla a las obligaciones internacionales.

Sexto, en otras oportunidades el diálogo consiste en que el Tribunal Europeo incorpora y crea un estándar nuevo. Por ejemplo, en España es frecuente la creación de comisiones parlamentarias de investigación, de manera que mayoría y oposición se las tiran a la cabeza como un arma arrojadiza y agresiva. Intentando frenar abusos, el TEDH ha trasladado la presunción constitucional de inocencia a las comisiones parlamentarias de investigación. Una importante decisión garantista con un serio impacto transformador del derecho parlamentario, pero

que -me temo- será muy complicado de aplicar, porque un Parlamento no es un tribunal sino el corazón de la política y funciona con una lógica diversa. En un caso con Polonia, se dijo que la situación del sometido a investigación en una comisión parlamentaria no podía empeorar respecto de si estuviera ante la justicia. El Tribunal Constitucional español ha incorporado este estándar europeo. Estamos pues discutiendo en qué medida el debido proceso se puede trasladar al ámbito parlamentario. Algo nuevo pero que ya se había discutido por ejemplo, en Perú donde se habla de un proceso debido parlamentario.

También, podemos pensar en la protección frente al ruido mediante derechos fundamentales. El sistema europeo contempla el derecho a la vida privada y familiar, y la jurisprudencia europea protege a quien vive cerca de los aeropuertos de Barajas en Madrid o de Heathrow en Londres y el ruido no le permite vivir en familia o de forma privada ni conciliar el sueño. Pero la protección frente al ruido y el derecho a la vida familiar no están reconocidos expresamente en la Constitución española -tampoco en la Convención Americana de Derechos Humanos- y el Tribunal Constitucional ha debido incorporar una garantía nueva de manera algo forzada y a caballo de varios derechos clásicos.

Séptimo, el Tribunal Europeo hace menudo de perro de presa (public watchdog) y protege su jurisprudencia frente a los incumplimientos. Unos jóvenes independentistas catalanes -el caso Stern Taulats- compraron una foto del Rey y le prendieron fuego tras ponerla boca abajo, algo de muy mal gusto. Unos hechos por los que fueron condenados penalmente, desestimándose un amparo por el Tribunal Constitucional de forma discutible. Sin embargo, el Tribunal Europeo consideró que la sentencia del Tribunal Constitucional y la condena penal violaban el Convenio, estimando certeramente que debía prevalecer la libertad de expresión. Debía considerarse la quema de una foto en un happening como una idea chocante, molesta y contraria a la mayoría de la opinión pública, pero debía permitirse el ejercicio de la libertad de expresión en defensa de opiniones republicanas e independentistas. Se entendió que una condena a una pena privativa de libertad no era acorde con la amplia comprensión europea de la libertad de expresión ligada a la crítica política. Una tendencia consolidada en la jurisprudencia de Estrasburgo. La sentencia fue discutida por algunos en España, pero en líneas generales, puede convenirse que no es lo mismo quemar una bandera que se arranca con fuerza de una delegación del gobierno o un edificio público, que la compra de una bandera o una foto del rey por un activista con su propio dinero y prenderle fuego con la finalidad de expresar una crítica política. Esa es la jurisprudencia también de la Corte Suprema de Estados Unidos.

Más tarde llegó el caso Frago Dacosta cuando unos trabajadores huelguistas se manifestaban en Vigo delante de un arsenal naval, pidiendo que les pagaran unos salarios que les adeudaban y llevaban unos días protestando de sus

condiciones laborales para lo que se valían de altavoces. Tuvo lugar un acto militar de homenaje a la bandera, y los sindicalistas, en un manifiesto excesivo, insultaron con gritos a la bandera en el contexto de sus protestas, exigiendo que les pagaran y se produjera una negociación colectiva. Fueron acusados de desacato y de ultraje a la bandera, recibiendo una condena penal. Acudieron el amparo ante el Tribunal Constitucional quien resolvió con escasas razones -bien es verdad que con votos particulares- que este caso no era igual que el precedente de la quema de la foto del Rey (Stern Taultas) y que debía estimarse legítima la condena. Llegó de nuevo el caso al Tribunal Europeo quien, como era previsible, volvió a condenar España por violar varios derechos y entre ellos la libertad de expresión.

En suma, puede considerarse también un camino de diálogo que el Tribunal Europeo se asegure de que se cumplan sus estándares, y hacer visible a los Estados que no merece la pena incumplirlos, porque es una cuestión de tiempo que antes o después se imponga en una nueva sentencia la vinculación a la doctrina europea.

Octavo, hay igualmente diálogo cuando los tribunales nacionales refuerzan las exigencias de la jurisprudencia del TEDH. Tenemos una jurisprudencia europea muy interesante en materia de torturas y malos tratos en la que se pide que no se puede archivar una querrela en estos delitos por el juez sin realizar una suficiente investigación y explicitar una motivación reforzada, es decir, antes de archivar la querrela hay que investigar suficientemente los hechos y hacer una motivación más intensa que en otros casos dado el bien preciado, la integridad personal, que se protege. El Tribunal Constitucional en distintas sentencias reseñó esta doctrina, la sintetizó en estándares claros y le pidió a los tribunales penales que la aplicaran. Aquí el Tribunal Constitucional actuó como un mediador entre los jueces y magistrados penales y el TEDH, recordando a los primeros sus obligaciones. Lo mismo ha hecho la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En síntesis, aunque los jueces nacionales se pueden conectar directamente con los pronunciamientos del Tribunal Europeo, no es de esperar que estén leyendo todos los días la jurisprudencia de Estrasburgo, y es por ello frecuente que el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo sean mediadores y le expliquen la doctrina que deben aplicar a los jueces y tribunales nacionales.

Noveno, otras veces el Tribunal Europeo les da una palmadita en la espalda y avala lo que han dicho el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo en controversias difíciles: la confirmación o aval de las decisiones nacionales. Los secesionistas catalanes estuvieron año y medio incumpliendo las sentencias del Tribunal Constitucional en diferentes casos, antes de que estos graves incumplimientos de las leyes, reconocidos en decisiones jurisdiccionales, así como en trámite de ejecución de sentencias, desembocaran, por un acuerdo del Gobierno con la autorización de la mayoría absoluta del Senado, en la aplicación de una intervención federal o coercitiva del Estado (art. 155 CE). Este control

extraordinario sobre los órganos de las Comunidades Autónomas llevó a adoptar medidas como fueron la destitución del Presidente y de los Consejeros de la Generalitat y la disolución del Parlamento para convocar a elecciones autonómicas, todo ello con la voluntad de volver pronto a una situación de acatamiento a la Constitución. Los miembros de la Mesa del Parlamento y otras autoridades que fueron suspendidas en el ejercicio de sus cargos fueron de amparo ante el Tribunal Constitucional y, más tarde, en acceso directo al Tribunal Europeo invocando lesiones de derechos fundamentales que fueron desestimadas en este control externo.

Décimo, vamos hacia una fusión en el recurso de amparo entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. En América Latina es una tendencia clara en la medida en que hay que hacer un control de convencionalidad difuso. Pero el europeo tiende a efectuar un control de convencionalidad concentrado. El Tribunal Constitucional Federal Alemán en distintas sentencias ha establecido que, en el amparo constitucional, hay que tener en cuenta como parámetro de control no solo la Constitución sino el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y ha empezado a aplicar como parámetro de enjuiciamiento las tres declaraciones. En cambio, el Tribunal Constitucional Español -con acusada inercia- no sigue esta vía y tiene como exclusivo parámetro la Constitución. Si bien debería ser una Constitución interpretada de conformidad con el Convenio y con la Carta, según el artículo 10.2 CE. Avanzar con rigor en la línea del Tribunal alemán acaso requeriría alguna reforma en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español y probablemente de la Constitución. Pero es un camino que debería andarse. No tiene sentido alguno que se le pregunte al Tribunal Constitucional si ha existido una violación de la Constitución y que el Tribunal resuelva esa pretensión sin importarle lo más mínimo si ha habido una violación del Convenio Europeo o de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, porque este juicio timorato, entre otras razones, es inadecuado por razones de economía procesal, es tan sólo pan para hoy y hambre para mañana. En un escenario que se aproxima a un pluralismo de constituciones no tiene sentido seguir la estrategia de un avestruz y esconder la cabeza bajo tierra.

Hay algún caso en que el Tribunal Constitucional lo ha hecho así y ha actuado desde el aislacionismo, pero la experiencia revela que puede ser peor el remedio que la enfermedad. Es el caso del despido objetivo por enfermedad laboral interrumpida. La ley estimaba que si el trabajador no asistía regularmente al trabajo y se producían reiteradas bajas por enfermedad, se presumía que existía un abuso que hacía lícito un despido disciplinario por parte del empresario. La ley establecía pues una presunción legal *iuris et de iure*, sin prueba en contrario frente a un trabajador. Un modelo o una técnica de otra época, ya que -estimo- viola el

derecho a la defensa al causar una situación de indefensión al impedirse el ejercicio del derecho de prueba. Sin embargo, el Tribunal Constitucional resolvió que la ley era constitucional, bien es verdad que con distintos votos disidentes. Más tarde, los recurrentes llevaron un caso de despido en aplicación de esta ley al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien admitió que la ley no era contraria a la Constitución, porque así lo había dicho el Tribunal Constitucional, pero consideró que sí era contraria a varios convenios de la OIT que aplicó directamente. Un control de convencionalidad alternativo del control de constitucionalidad, algo que no sentó muy bien al Tribunal Constitucional. ¿Qué es lo que finalmente pasó? Que luego vino el legislador y cambió la ley y le dio la razón al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, porque se derogó el despido disciplinario por enfermedad interrumpida. A mi entender, nada de esto habría ocurrido si el Tribunal Constitucional hubiera ligado de manera lógica y razonada el control de la ley según los tratados y el control de constitucionalidad. Actuando como un avestruz, dejó en las manos de la jurisdicción laboral un camino muy amplio para oponerse a una sentencia de estricta constitucionalidad que era además escasamente convincente.

En definitiva, creo que hay una influencia recíproca de las distintas jurisdicciones sobre derechos, que esto además sirve a la integración europea, y acabará por crear -junto a otros instrumentos- un pueblo, un demos, y una identidad europea. Acaso pueda ocurrir lo mismo en esta región, el día en que los derechos fundamentales sean los mismos en el espacio que protege la Convención Interamericana, un espacio real de decisión, se habrá creado así una identidad latinoamericana que no existía antes de la Corte. Si bien no sabemos muy bien que es el diálogo judicial, todos estos tipos de escenarios y caminos que he puesto de manifiesto buscan armonizar las decisiones en estándares convencionales, contribuyen a la garantía de los derechos fundamentales y a la creación de un derecho común.

Muchas gracias por su paciencia.

PANELES

PRIMER PANEL

“Diálogo entre el derecho nacional e internacional. Una mirada nacional y comparada”.

SEGUNDO PANEL

“Control de Convencionalidad y recepción de las sentencias de los tribunales internacionales”.

TERCER PANEL

“Mecanismos de cumplimiento de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales”.

CUARTO PANEL

“Las sentencias estructurales y sus desafíos”.

PRIMER PANEL

*“Diálogo entre el derecho nacional e internacional.
Una mirada nacional y comparada”.*



MESA DE TRABAJO 1

Tratamiento del derecho internacional en la Constitución.
Control de constitucionalidad de los tratados: distinción
entre normas autoejecutables y no autoejecutables.



MARÍA TERESA INFANTE CAFFI²

Normas autoejecutables y no autoejecutables de los tratados internacionales y sus alcances en el derecho interno.

1. LA AUTOEJECUTABILIDAD Y LA NO AUTOEJECUTABILIDAD DE LOS TRATADOS Y EL DERECHO INTERNO

La perspectiva expuesta en Chile por el Tribunal Constitucional de Chile (TC) respecto de esta materia, invita a examinar la aplicación de estos conceptos en el plano interno y ante el derecho internacional. Su alcance en el derecho interno se relaciona especialmente con el efecto de los tratados y la competencia y/o deber del estado de adoptar normas para su ejecución. Admite también ser abordado según el enfoque de que los tratados pueden incluir disposiciones programáticas, cuya aplicación requerirá sucesivas medidas.

Un punto de partida para analizar el tema puede basarse en el supuesto, de que si bien el derecho interno incide en la determinación de si un tratado se aplica directamente en el derecho interno³, la cuestión de la autoejecutabilidad de las normas involucra además, elementos de derecho internacional, que se refieren a la capacidad para generar efectos jurídicos, en el sentido de imponer comportamientos, la adopción de medidas y la posibilidad de ser invocado ante los órganos internos del Estado, incluyendo los judiciales.

Según el Tribunal Constitucional, en un tratado pueden coexistir disposiciones que se apliquen directamente y otras que requieran de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. Este enfoque distingue, en consecuencia, entre normas autoejecutables y no autoejecutables, concluyéndose que, en el segundo caso, tales normas no se

2.- Profesora de la Facultad de Derecho y del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Ex Directora del Instituto de Estudios Internacionales. Ex coagente de Chile en tres asuntos ante la Corte Internacional de Justicia. Ex Directora de Fronteras y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores y ex embajadora de Chile en el Reino de los Países Bajos, Representante Permanente ante la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ). Miembro del Instituto de Derecho Internacional. Jueza del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

3.- K. Kaiser, "Treaties, Direct Applicability" (febrero de 2013) <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1468>.

encuentran vigentes. Este punto de vista ha recibido observaciones en cuanto a si corresponde realizar tal inferencia⁴.

Se debe tener en cuenta que esta afirmación se ha incluido en un procedimiento de control de la constitucionalidad de un tratado cuyas disposiciones pueden referirse a materias propias de leyes orgánicas constitucionales.

Se trata, en consecuencia, de una materia que plantea una dimensión de derecho internacional y otra de derecho constitucional, y que, según la perspectiva que se adopte, tiene repercusiones para la interpretación y aplicación de los tratados. Benadava, en diversos trabajos, abordó la incorporación del derecho convencional en el derecho chileno, postulando que en los tratados que no son auto ejecutables (non self-executing) no basta su promulgación y publicación, sino que deberán dictarse normas legislativas para su aplicación interna⁵. Esto habilita la vía de su invocación ante órganos administrativos y judiciales. Jiménez de Aréchaga explica a su vez, que “*la estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (“self-executing”) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o exigibilidad*”⁶.

En la práctica chilena, conociendo de una presentación en virtud del Artículo 82, N° 2 de la Constitución Política (actual artículo 93 N° 3), respecto de la constitucionalidad del Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 (Rol 309-2000), el Tribunal Constitucional sostuvo que:

- » Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “*self executing*” y “*non self executing*”.
- » Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.
- » Las segundas, para su entrada en vigor requieren de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuentes en el derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para darles una vigencia efectiva.

4.- O. Urrutia S., “Control preventivo y cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en los tratados internacionales: el problema con la doctrina del Tribunal Constitucional chileno”, Estudios Constitucionales, 20, 2022, 1, pp.56-80.

5.- S. Benadava, Derecho Internacional Público, Lexis Nexis, 2004, pp. 84-85; “Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos”, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales”, Santiago, T. LIX, 1962, 1a parte, pp. 1-28.

6.- E. Jiménez de Aréchaga, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, Revista IIDH, enero/junio 1988, p.29.

Según el Tribunal Constitucional, entonces “*pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras*”⁷.

Las normas no autoejecutables “*no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece*”⁸.

Los requirentes habían solicitado la declaración de inconstitucionalidad de todo el Convenio por no haber sido aprobado en la Cámara de Diputados con rango de ley orgánica constitucional y por contravenir las Bases de la Institucionalidad.

Asimismo, en su razonamiento el Tribunal Constitucional expresó que estaba consciente de la gravedad de la declaración de una inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y que, por tanto, “*el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución*”⁹.

El mismo razonamiento fue recordado en la Sentencia sobre la Constitucionalidad del Acuerdo que Aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belén, Brasil, durante el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Rol N° 383-2003 (5 de septiembre de 2003)¹⁰.

En este caso, el Gobierno formuló observaciones al requerimiento e, invocando la sentencia dictada en los autos Rol N° 309, sostuvo que el artículo IV, inciso segundo, de la Convención impugnada por los requirentes era una norma no autoejecutable, “*... es decir, imponía a cada Estado Parte la obligación de, utilizando sus potestades públicas, sancionar la normativa necesaria para dar eficacia a este precepto internacional. Por ello la norma impugnada no era aplicable directamente, sino que requería de medidas internas para darle plena eficacia. Ella, por si sola, no le otorgaba jurisdicción a ningún Estado. Para tal efecto, se requería adecuar o modificar previamente la legislación interna de cada Estado Parte*”¹¹. Tampoco, podía entrar en colisión con la Constitución, al no contener normas de aplicación directa.

7.- Considerando Cuadragésimo Octavo. <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/Tomo-v-vi-vii-para-web.pdf>. p. 210.

8.- Ibid.

9.- Ibid, Considerando Tercero de la Sentencia Rol N° 309, de 2000.

10.- <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/Tomo-v-vi-vii-para-web.pdf>. p. 740

11.- Ibid, p. 748.

El artículo IV, inciso segundo de la Convención, disponía que: *“Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.”*

La sentencia resolvió el requerimiento sobre la base de una inconstitucionalidad de forma, basada en que la votación en la Cámara de Diputados no se había conformado al quórum exigido para las leyes orgánicas constitucionales (Artículo 63, inciso segundo de la Constitución, actual artículo 66 inciso segundo).

Posteriormente, en los autos Rol N° 1483-2009 relativos al Control de Constitucionalidad del proyecto de Acuerdo aprobatorio de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Convención de Naciones Unidas), de 20 de diciembre de 2006, la sentencia del 29 de septiembre de 2009 destacaría algunos puntos atinentes a la autoejecutoriedad de un tratado internacional¹².

En efecto, al examinar la naturaleza de la disposición contenida en el artículo noveno de la Convención individualizada, recordó la tesis del precepto no autoejecutable, definiéndolo como aquella que *“impone a cada Estado Parte la obligación previa de hacer uso de su propia potestad pública para sancionar las normas que sean necesarias para darle a ésta efectiva vigencia”*¹³.

En consecuencia, esa disposición *“no otorga jurisdicción alguna”* a los Estados, ya que para ello deberán adecuar su propio ordenamiento jurídico interno. Remarcó el Tribunal Constitucional que ese artículo de la Convención no regulaba por sí mismo una materia que fuera propia de la ley orgánica constitucional referida en el artículo 77 de la Constitución. En este caso, declinó pronunciarse sobre la disposición cuestionada (artículo noveno).

El Tribunal Constitucional aludió, asimismo, a la Ley N° 20.357 (de 18 de julio de 2009), respecto de la cual el Tribunal sí ejerció un control preventivo obligatorio y cuyo artículo 6° configuró el delito de desaparición forzada de personas¹⁴. Acerca de dicha ley, el TC ejerció un control de constitucionalidad sobre la norma referida al artículo 43, que otorgaba una nueva atribución al Ministerio Público para investigar delitos de lesa humanidad¹⁵.

Otro caso de interés para conocer del tratamiento de la autoejecutabilidad es el planteado en los autos Rol N° 1988-11 (24 de junio de 2011), relativo al Convenio

12.- <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/017-Tomo-XVII-PDF.pdf>. p. 386

13.- Ibid, Considerando Octavo, p. 388.

14.- Ibid, Considerando Décimoprimerero.

15.- Sentencia de 11 de junio de 2009, Rol N°1.403-2009. Mencionada en <https://www1.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/017-Tomo-XVII-PDF.pdf> - pp.388-389

Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91)¹⁶, a raíz de un requerimiento de un grupo de Senadores.

En este caso, el Gobierno sostuvo la improcedencia del requerimiento dado que -a juicio de ese Poder- las disposiciones objetadas del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales requerían de un acto legislativo para su implementación, por lo que eran normas non self executing (no autoejecutables), y cabía en consecuencia, aplicar la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional (sentencias Roles N° 309, 1483 y 1504), según la cual debería decidirse sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad una vez que se dictasen los preceptos necesarios para implementar las disposiciones del tratado respectivo. Ello dado que los preceptos de un tratado que requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior no pueden entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional¹⁷.

La tesis de los requirentes fue que las disposiciones del UPOV 91 no eran meramente programáticas, sino que se estaba frente a un tratado autoejecutable. Agregándose que el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución Política, que regula el control preventivo de constitucionalidad de los tratados que se encuentran sometidos a la aprobación del Congreso Nacional, no distingue entre tipos o clases de tratados.

Para efectos del control de constitucionalidad de sus disposiciones, el Tribunal Constitucional recordó lo que había afirmado anteriormente, en cuanto a que: *“(...) en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no autoejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe –en esta instancia jurisdiccional– pronunciarse sobre su constitucionalidad”*¹⁸.

La Sentencia destacó que, en aplicación de la tesis que supone apreciar el carácter autoejecutable o no autoejecutable de las normas de un tratado internacional en cada caso concreto, en la sentencia recaída en el Rol N° 1.483 sobre la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, había declinado pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo noveno de dicho tratado, por estimar que se trataba de un precepto no autoejecutable, esto es, aquel que *“impone a cada Estado Parte la obligación previa de hacer uso de su propia potestad pública para sancionar las normas que sean necesarias para darle a éste efectiva vigencia”*¹⁹.

16.- <https://www1.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/022-Tomo-XXII-PDF.pdf> - p.130

17.- Ibid, p. 137.

18.- Rol N°309, Considerando cuadragésimoctavo, letra a). Citado en Rol N°1988, c. décimocuarto, en Ibid, p. 151.

19.- Rol N°1483, Considerando octavo. Citado en Rol N°1988, Considerando décimoquinto, en Ibid, p. 152.

Y variando en cierto modo la jurisprudencia anterior, el Tribunal admitió que si, a su juicio, la obligación que imponen las normas de un tratado de desarrollar sus enunciados normativos a través de disposiciones legislativas o administrativas internas permite inferir, razonablemente, que se configurará una inconstitucionalidad de fondo que es posible prever de inmediato haciendo la correspondiente declaración, no resulta posible postergar el examen de constitucionalidad aunque se trate de una disposición non self executing. Esta conclusión tiene por objeto *“proteger cabalmente la supremacía constitucional en forma acorde con la naturaleza misma del control preventivo de constitucionalidad como el que se ejerce en esta oportunidad”*²⁰.

En este caso, el Tribunal Constitucional se explayó además sobre algunos criterios elaborados en anteriores sentencias para determinar si se estaba en presencia o no de disposiciones autoejecutables, entre ellas, el lenguaje de las disposiciones y si se otorgaban nuevas atribuciones a los órganos jurisdiccionales del Estado²¹.

En una opinión contraria a la sentencia, si bien se reafirmó la tesis de la no autoejecutabilidad del Convenio, los ministros Carmona y García destacarían lo ya expuesto por el TC en el caso Rol N°309/2000, en el sentido de que, entrañaría gravedad para un Estado en el ámbito internacional, que se declarasen inconstitucionales las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno. Por tanto, *“el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución”*²². Una frase similar a la del Considerando cuadragésimo en autos Rol N° 309.

De estos casos, se deduce que la autoejecutabilidad y la no autoejecutabilidad se refieren a características importantes de un tratado internacional, en la instancia de control constitucional chileno.

Esta distinción alude a algunos rasgos de las normas de los tratados internacionales en sus relaciones con dos ámbitos distintos: por una parte, la validez de ciertas cláusulas que por su redacción no pueden ejecutarse directamente en el plano interno, y por otra, la relación que se establece con el derecho interno de los Estados y la forma como esas cláusulas llegan a aplicarse en el ámbito doméstico.

Se trata, además, de una cuestión vinculada a la suficiencia del tratado para ser aplicado sin requerir normas internas que den contenido más específico a sus disposiciones²³. Se asemeja este tema también, aunque no es idéntico, a aquel

20.- IBID, Considerando decimoséptimo. p. 152.

21.- Ibid, pp. 192-193.

22.- Considerando 11° del voto disidente. <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/022-Tomo-XXII-PDF.pdf>, p.195.

23.- D. Pérez Fariás, El Efecto Directo de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2015, pp.90-91. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/136019/El-efecto-directo-de-los-tratados-internacionales-en-el-derecho-chileno.pdf?sequence=1>.

que concibe el derecho de los tratados como propio de un orden independiente del derecho interno y que, por tanto, solo puede integrarse al orden jurídico del Estado mediante actos legislativos de adopción o transformación²⁴.

Es un punto de análisis, a la luz de lo antes expuesto, que se relaciona con la existencia y eficacia de los tratados en el orden interno. ¿Por qué preocupa este tema? Para comprender mejor como un tratado puede ser aplicado por los organismos del Estado y ser invocado por las personas ante los órganos internos. En el fondo, se trata, además, de ejecutar el tratado, determinar qué es lo que busca su celebración. Nogueira, quien ha examinado la autoejecutabilidad de los tratados sobre derechos humanos, propone buscar en la intención de las partes la respuesta a si un tratado garantiza el derecho para que las personas exijan, ante los organismos del Estado, la aplicación de una norma en su favor²⁵.

2. PLURALIDAD DE PUNTOS DE VISTA Y METODOLOGÍAS QUE ESTÁN EN JUEGO

En la materia, se observan al menos dos enfoques para analizar sus puntos esenciales:

- a) Un punto de vista sociológico – filosófico, que sirve de fundamento a un razonamiento jurídico. En este predomina la tesis de que los tratados no pueden ser parte del derecho interno, a menos que haya un proceso de transformación o adaptación. El dualismo, aunque el orden constitucional no se defina así explícitamente, implica hacer uso de este método para abordar el tema. Esta posición critica la autoejecutabilidad de un tratado cuando se refiera a materias propias de ley, como una regla general²⁶. La razón de este enfoque se asocia a la tesis de que la ley debe ser el resultado de una deliberación de los órganos democráticos del Estado, cuyo poder reside en los Estados y no en otra esfera, y que en la concepción de una constitución democrática los tratados requieren de un aporte del órgano legislativo para adquirir sustancia en el orden interno²⁷. La referencia al principio democrático se hace parte de este argumento²⁸.

Por otra parte, la influencia de la tradición jurídica en el Reino Unido es evidente: no hay tratados sin legislación de implementación²⁹. Esta apreciación es una

24.- J.M. Arrighi, *“Aspectos teóricos de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”*, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXIV_curso_derecho_internacional_1997_Jean_Michel_Arrighi.pdf. Pp.41-42; D.Alland, *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, pp.355-356.

25.- H. Nogueira, *“Constitución y Tratados Internacionales”*, *Revista Iux et Praxis* 1997 2(2), p. 37.

26.- Fuentes Torrijo, X., & Pérez Fariás, D. (2019). El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, 25(2), pp.119-156.

27.- J.M. Valdivia, «Alcances Jurídicos del Convenio 169», *Estudios Públicos*, 121, 2011, p. 42.

28.- *Ibid*, p. 68.

29.- <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9010/CBP-9010.pdf>. Section 3 International Law and Internal Legal Systems.

consecuencia de la separación de poderes, y de la búsqueda de responder a la necesidad de que los tratados sean ejecutables internamente. La transposición de este enfoque no deja de tener cierta lógica, por lo que es importante la consideración – que se ha seguido en la tradición jurídica del país – en cuanto a que las materias objeto de los tratados deben considerarse en relación con los preceptos constitucionales y legales, a fin de precisar si pueden ejecutarse directamente o requieren de legislación o normas para tal efecto.

En la perspectiva de Chile se puede plantear la pregunta acerca de cómo se relaciona el enfoque antes expuesto con lo previsto en el artículo 93 de la Constitución N°1 y 3. Según esos preceptos, corresponde al Tribunal Constitucional:

“1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;...”

“3º 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;...”

La pregunta deriva de la hipótesis según la cual, si las disposiciones de un tratado son externas al derecho interno a menos que se transformen, ¿corresponde al Tribunal Constitucional ejercer este tipo de control respecto de cláusulas que versan sobre materias que se califican como no autoejecutables? En autos del TC Rol N° 288 (1999) se lee que *“después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas”*³⁰, lo cual es una forma de responder la interrogante antes expuesta, acerca de la posición que se espera de los órganos del Estado chileno respecto de un tratado, cualquiera sea la naturaleza de la disposición correspondiente.

- b) El enfoque constitucional constituye una segunda dimensión de esta materia, y a ese respecto, se han expresado diversas opiniones y distintos métodos analíticos, algunos de los cuales no coinciden con la idea de que lo no autoejecutable es equivalente a carecer de fuerza normativa³¹. Al respecto, se ha expuesto en la primera sección de este estudio, cómo se ha apreciado el tema en sentencias del Tribunal Constitucional. En general, los resultados son variados y ciertamente, se relacionan con las características del orden constitucional de cada país.

30.- <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/Tomo-v-vi-vii-para-web.pdf>. p.101.

31.- E. Aldunate Lizana, *“La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”*, Revista Ius et Praxis, 16, 2010, 2, p.202; M. Núñez Poblete, Ponencia sobre *“Las representaciones internas del derecho internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, en II Coloquio de Jurisprudencia Constitucional, Valdivia, 2009, citado por E. Aldunate, op.cit., p. 193, cita 17.

Este enfoque se ha desarrollado, entre otras razones, en relación con la naturaleza de las disposiciones de un tratado. Especialmente, acerca de su vigencia y de la aplicabilidad directa de sus disposiciones, o las razones para estimar que los tratados no son aplicables a menos que se adopte una norma de derecho interno que los incorpore. La idea de que las reglas contenidas en los tratados suelen poseer un valor programático, es una variante de dicha postura.

La perspectiva de la no autoejecutabilidad que parece razonable desde el punto de vista jurídico, no da toda la respuesta acerca de la potestad del tratado para regular una cierta materia, sino que más bien es ordenadora de la evaluación de una disposición convencional que por sí misma no despliega todos sus efectos sin una legislación que la desarrolle o implemente. Si bien pareció seguir la tesis de la necesidad de legislación específica el caso de la Ley N° 20.357 (2009), que tipificó los crímenes contenidos en el Estatuto de Roma, el proceso legislativo no fue una mera transcripción de las normas de ese tratado, sino que una adaptación de sus disposiciones al orden jurídico nacional, indicando las penas aplicables a quienes se les atribuyesen tales actos.

En la práctica, los puntos planteados se vinculan con otros de mayor alcance, cuales son la posibilidad de que un Estado se vincule por acuerdos (tratados) mediante la sola acción del Gobierno, ya sea porque esos acuerdos desarrollan disposiciones contenidas en un tratado aprobado por el Legislativo, o porque se celebran al amparo de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, o en seguimiento de una ley vigente.

Asimismo, también se ha planteado si a esos acuerdos celebrados de forma simplificada se aplican las mismas reglas que a los celebrados con la solemnidad de la aprobación del Legislativo. Es la perspectiva general que han planteado juristas que trabajaron sobre este tema en el pasado y cuya enseñanza ha servido de base para la doctrina nacional en materia de tratados y derecho interno. Benadava³² y Orrego Vicuña³³, son representantes de esa escuela.

El tema puede tener repercusiones tanto en la acción general del Estado, como cuando un asunto se plantee ante un tribunal interno. Según una doctrina de estricta separación de ambos ordenamientos jurídicos, un tribunal interno no debería aplicar tratados que no han sido incorporados en el orden interno (en el sentido de adoptarse mediante una ley), y sus disposiciones no serían justiciables. Además, en el caso de que las disposiciones de un tratado no se hayan incorporado en el derecho interno mediante un acto legislativo, no podrían aplicarse directamente a personas y hechos, y tampoco devendrían de aquel derechos u obligaciones para las personas.

32.- S. Benadava, *“Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”*, en A. León Steffens, *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 9-59.

33.- F. Orrego Vicuña, *“La incorporación de las normas internacionales al derecho chileno: la práctica respecto de ALALC y el Grupo Andino”*, en F. Orrego Vicuña, *La Participación de Chile en el Sistema Internacional*, Santiago, Edit. Nacional Gabriela Mistral Ltda., 1974, pp.188-248.

En definitiva, como lo expresara Virally, en el monismo y el dualismo se pretende determinar cuál es el poder constitucional responsable para asegurar la conformidad del derecho interno con el derecho internacional. En el monismo, es el poder judicial. En el dualismo, es el poder legislativo³⁴.

En general, en nuestro país, los tratados han enfrentado cuestiones de constitucionalidad en relación con las materias de que tratan (si una materia determinada puede ser abordada por un tratado internacional) y sobre todo, en relación con el quórum requerido para aprobar el tratado o algunas de sus disposiciones. En esta discusión, además de la doctrina, el Tribunal Constitucional ha tenido un papel relevante, en la medida en que su labor ha significado distinguir entre normas susceptibles de un control preventivo de constitucionalidad y aquellas que no lo requieren.

Una apreciación general de este rol muestra que se ha favorecido el método de estudiar si las disposiciones de un tratado poseen la fuerza de ser ejecutables directamente o si requieren de otros actos que las desarrollen o implementen para su aplicación. Esta perspectiva tiene diferencias con aquella que postula que el derecho internacional debe ser transformado en norma interna para efectos de poseer eficacia al interior del Estado. Opiniones críticas a la autoejecutabilidad en general, en cuanto a que no hay cláusulas expresas que dispongan la aplicabilidad directa de los tratados en el ámbito interno, constituyen enfoques complementarios a dicha proposición³⁵. Correa ha planteado, por ejemplo, la adopción de reglas expresas en el sentido de que los efectos de los tratados que hayan de vincular a los tribunales de justicia deberán ser establecidos por una ley de ejecución. En esa hipótesis, los tratados serán solamente antecedentes para interpretar esa ley³⁶.

Se puede recordar que, teniendo en cuenta esta materia, en el proyecto constitucional (no aprobado) de 2023, se proponía que: “*El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle. En la exposición de sus fundamentos señalará los efectos que las normas del tratado podrían tener sobre el ordenamiento jurídico nacional y la específica mención de aquellas que estimare autoejecutables.*” (Artículo 59, a, 1, sobre Atribuciones del Congreso). (Subrayado es nuestro)³⁷.

34.- M. Virally, “*Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne*”, Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.

35.- G.Lambeth Vicent, “*Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales*”, Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, (7), 43-60. <https://doi.org/10.5354/rdep.v0i7.37263>.

36.- R. Correa, “*La Constitución y los tratados internacionales*”, Diario Constitucional, 23.09.2021. https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-constitucion-y-los-tratados-internacionales/#google_vigente.

37.- <https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf>. Se ha propuesto por la doctrina que la Constitución regule el tema. Ver A. Paul, “*Nueva Constitución y Derecho Internacional*”, Revista Chilena de Derecho, 48, 2021, 1, pp. VIII-IX.

Más allá del caso chileno, es interesante analizar lo resuelto por la Corte Suprema argentina, al resolver un recurso extraordinario en el caso Miguel Ángel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y Otro³⁸, mediante la cual se adoptó una posición respecto de los presupuestos para aplicar algunas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en particular el artículo 14, sobre Derecho de Rectificación o Respuesta. En el asunto, se examinó el posible carácter programático de las disposiciones en cuestión y se afirmó que las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos, gozaban de presunción de operatividad, y que los derechos previstos podían ser invocados, ejercidos y amparados sin necesidad de legislación específica.

La operatividad estaría dada por el hecho de que la norma está dirigida a una situación de la realidad en la que la Convención podía operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. Su fundamento se encontraría en que este tipo de tratados no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre Estados, sino establecer un orden público cuyos destinatarios son los seres humanos que pueblan sus territorios. Esa sentencia expone, en consecuencia, la teoría de que cuando se ratifica un tratado celebrado con otro Estado, un Estado se obliga internacionalmente a que “*sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata*”³⁹. A su vez, García Corrochano postula que el ordenamiento jurídico peruano consagra la posición monista de unidad del derecho interno y el internacional, con primacía del segundo, cuyas reglas se integran al derecho interno⁴⁰.

La teoría constitucional en general (no se trata de la chilena en particular) ha tomado en cuenta – sin decirlo expresamente–algunos enfoques expuestos en Estados Unidos y que, ciertamente, son expresión de su propio sistema jurídico. En ese ámbito, esclarecidos trabajos han mostrado en qué situaciones se presenta un tratado ante los tribunales y la relación con el poder legislativo. Según ellos, la Constitución de Estados Unidos adhiere a una Supremacy Clause que busca evitar violaciones a los tratados que pudieren ser atribuibles al país, y por esta vía, se concibe la ejecutabilidad de los tratados ante los tribunales. Este punto fue analizado en el caso Foster v. Neilson por la Corte Suprema de Estados Unidos (1829)⁴¹.

38.- Sentencia de 07-07-1992. Fallos de la Corte Suprema 315:1492. <https://drive.google.com/file/d/12TmXm7OIHDtLuaiNQMyYgAzdc2mauHDP/view>

39.- Ibid, p. 8.

40.- L.García-Corrochano, “Las normas constitucionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993”, Agenda Internacional, 31, 2013, pp. 99-103.

41.- Foster & Elam v. Neilson, 27 US (2 Pet) 253 (1829).

El Artículo. VI de la Constitución de los Estados Unidos dispone:

“Todas las deudas y obligaciones contraídas antes de la adopción de esta Constitución serán tan válidas para los Estados Unidos bajo esta Constitución como lo eran bajo la Confederación.

Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella sean creadas; y todos los tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la ley suprema de la Nación; y los jueces de cada estado estarán obligados a acatarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.” (traducción no oficial).

Según Vázquez⁴², la regla constitucional (*the Supremacy Clause*) dispensa en Estados Unidos de la necesidad de una legislación de implementación a menos que las partes o los negociadores reviertan la regla, y así lo estipulen. Como un ejemplo de este tipo de salvaguarda, Estados Unidos formuló una Declaración al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), según la cual: *The Senate’s advice and consent is subject to the following declaration:*

That the United States declares that the provisions of the Convention are not self-executing”⁴³.

Una declaración similar fue proclamada al ratificar la Convención contra la Tortura (1984):

III. The Senate’s advice and consent is subject to the following declarations:

(1) That the United States declares that the provisions of articles 1 through 16 of the Convention are not self-executing⁴⁴.

El Pacto establece en su artículo 2.2, que *“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”*

De acuerdo con este análisis, las razones por las cuales un tratado podría no ser aplicable judicialmente serían las siguientes:

- » Si las partes (o los creadores del tratado) quisieron que fuera inaplicable judicialmente. Esto es principalmente una cuestión de intención.
- » Si la obligación que impone es de un tipo que, según el sistema de separación de poderes, no puede ser ejecutada directamente por los tribunales.

42.- Carlos Manuel Vázquez, *“The Four Doctrines of Self-Executing Treaties”*, 89 American Journal of International Law (1995), pp. 695-723. https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/facpub/article/2008/&path_info=89AmJIntL695___the_four_doctrines.pdf

43.- https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=3&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=en

44.- https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=en#EndDec

- » Si los artífices del tratado carecen de poder constitucional para llevar a cabo mediante un tratado lo que pretendían realizar.
- » Si una disposición de un tratado puede ser inaplicable judicialmente porque no establece un derecho de acción privada y no existe otro fundamento jurídico para el recurso interpuesto por la parte mediante una acción fundamentada en el tratado. En este último caso, el tratado solo será inaplicable judicialmente en determinados contextos⁴⁵.

De esta explicación se deriva una consecuencia interesante: la cláusula de la supremacía (en el sentido expuesto) que se relaciona con la autoejecutabilidad de un tratado tiene una finalidad esencialmente judicial, a la luz del sistema de derecho interno donde se aplica. De ahí puede surgir la pregunta de si una disposición que no se aplica por los tribunales internos, porque no es autoejecutable, carece de valor obligatorio, o no se encuentra vigente a menos que se adopte una legislación de implementación. Para encontrar la respuesta, se puede introducir un análisis de derecho internacional.

3. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

En efecto, la disposición pertinente existe y tiene efecto jurídico. Que su ejercicio dependa de la acción de un poder del Estado, no implica que sea insustancial. Son diversos los tratados que contienen cláusulas semejantes a la del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre ellos, la Convención para eliminar todas las formas de discriminación racial (1966), la Convención contra la tortura (1984).

Recientemente, se ha puesto de relieve lo dispuesto en el Acuerdo de París (2015) sobre cambio climático, cuyo artículo 5 dispone:

1. *Las Partes deberían adoptar medidas para conservar y aumentar, según corresponda, los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero a que se hace referencia en el artículo 4, párrafo 1 d), de la Convención, incluidos los bosques.*
2. *Se alienta a las Partes a que adopten medidas para aplicar y apoyar, también mediante los pagos basados en los resultados, el marco establecido en las orientaciones y decisiones pertinentes ya adoptadas en el ámbito de la Convención respecto de los enfoques de política y los incentivos positivos para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación de los bosques, y de la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques, y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo, así como de los enfoques de política alternativos, como los que combinan la mitigación y la adaptación para la gestión integral y sostenible de los bosques, reafirmando al mismo tiempo la importancia de incentivar, cuando proceda, los beneficios no relacionados con el carbono que se derivan de esos enfoques.”*

45.- Vázquez, op.cit.

Estas disposiciones tienen rasgos de reglas no autoejecutables, junto a otras que parecen ser directamente aplicables, ya que considera la concurrencia de acciones, políticas y económicas, de parte de diversos Estados, incluyendo en desarrollo.

En su Opinión Consultiva de 23 de julio de 2025, la Corte Internacional de Justicia ha destacado que el Acuerdo de París refuerza las obligaciones relativas a promover y fortalecer los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero conforme al artículo 4 de la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1992)⁴⁶. La CIJ remarca en esta opinión consultiva que, para lograr esos objetivos, el Acuerdo de París establece obligaciones respecto de las cuales cada país formula sus determinaciones (NDCs en inglés), donde subrayan y comunican sus acciones climáticas.

La distinción entre la validez y la aplicabilidad internas de las cláusulas de un tratado, siendo la primera un prerrequisito para la segunda, puede ayudar a comprender la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables. Es una distinción que permite distinguir entre distintos niveles de valor que pueden tener las cláusulas de un tratado. Incluso, si llegare a admitirse que algunas cláusulas de un tratado no son directamente aplicables, otros efectos jurídicos podrían derivarse de ellas. Entre otros, el de no frustrar el objeto y fin del tratado o no adoptar normas legales o reglamentarias contrarias a sus propósitos.

En su estudio titulado *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: a Critical Analysis*⁴⁷, Iwasawa postula que *“a treaty is self-executing when it can be directly applied by courts or executive agencies without the need of further measures”*⁴⁸. Es una definición similar a la propuesta por Jiménez de Aréchaga⁴⁹.

Como doctrina, se aplica también en otros Estados y recibe una atención importante en la teoría de los tratados. La Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso sobre *Jurisdiction of the Courts of Danzig* (1928), aplicó una variante de la definición de autoejecutable y sostuvo que *“Es fácil admitir que, según un principio bien establecido del derecho internacional, el Beamtenabkommen [Acuerdo entre Danzig y Polonia de 1921], al ser un acuerdo internacional, no puede, como tal, crear derechos y obligaciones directos para los particulares. Sin embargo, no se puede negar que el objeto mismo de un acuerdo internacional, según la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por aquellas de algunas normas definidas que creen derechos y obligaciones individuales y que sean exigibles por los tribunales nacionales. Que existe tal intención en el presente caso puede establecerse por referencia a los términos del Beamtenabkommen. El hecho de*

46.- Obligations of States in respect of Climate Change. ICJ Advisory Opinion, 23 July 2025, párrs. 232-233.

47.- Iwasawa, Yuji. (1986). *The doctrine of self-executing treaties in the United States: critical analysis*. Virginia Journal of International Law, 26(3), pp. 627-692.

48.- Ibid, p. 627. (Un tratado es de auto ejecutivo cuando puede ser aplicado directamente por los tribunales o los organismos ejecutivos sin necesidad de medidas adicionales. Traducción nuestra.

49.- Op.cit.

que las diversas disposiciones se hayan plasmado en forma de Abkommen es una prueba corroborativa, pero no concluyente, del carácter y los efectos jurídicos del instrumento. La intención de las partes, que debe determinarse a partir del contenido del acuerdo, teniendo en cuenta la forma en que se ha aplicado, es decisiva. El Tribunal debe aplicar este principio de interpretación en el presente caso."⁵⁰ (Traducción no oficial).

Una diferencia de opinión entre la Corte Internacional de Justicia y la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la naturaleza autoejecutable de un tratado internacional (Carta de Naciones Unidas, artículo 94) y las obligaciones que de éste se derivaban para el Estado, fue objeto de discusión en el asunto *Medellín v. Texas* (2008)⁵¹. Allí, la Corte Suprema argumentó sobre la base de la distinción entre tratados auto ejecutables (con efecto automático interno) y no autoejecutables, y atribuyó al artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas esta última cualidad. En consecuencia, resolvió la Corte que no existía una obligación de aplicar directamente la sentencia de la CIJ dictada en el caso *México c. Estados Unidos (Avena)*, de 2004⁵². Se trataba de la aplicación de disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y el derecho a la notificación consular.

En el plano interno, la situación se refería a si una persona convicta podía invocar obligaciones convencionales asumidas por el Estado, consistentes en ejecutar una decisión de la CIJ. La respuesta del tribunal supremo tuvo varias connotaciones, ya que sostuvo que los Estados no están sujetos a la obligación de honrar una obligación convencional relativa a cumplir una sentencia de la CIJ. Al mismo tiempo reconoció que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares preveía que las autoridades del Estado de detención de una persona informasen a las autoridades consulares de nacionalidad de aquél, sin demora, acerca de la detención.

Desde el punto de vista del derecho internacional, los temas expuestos pueden analizarse desde la perspectiva de la regla del *pacta sunt servanda* y las obligaciones que emanan del principio de la buena fe⁵³.

El Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece el principio del carácter obligatorio de los tratados y del cumplimiento de buena fe se considera que posee una base consuetudinaria⁵⁴.

50.- PCIJ, Advisory Opinion SERIES B.-NO. 75 March 3rd, 1928. Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials who Passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration, pp.17-18.

51.- *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/552/491/>

52.- *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, p. 12.

53.- En general, J. Salmon, "Article 26. *Pacta Sunt Servanda*", en O. Corten & P. Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, pp. 659-687.

54.- R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed, Harlow: Longman, 1996, Vol.1, p. 1206; también, la opinión del presidente de la sesión, R.Ago, en la Comisión de Derecho Internacional, en ILC, 727th meeting, 20 May 1964, para.26, YILC, 1964, vol.I, párr. 26, p.28.

De este principio surge una pregunta acerca del alcance que debe darse al efecto obligatorio. ¿Se trata solo de un efecto en el plano internacional? Pero, si el tratado tiene por objeto atribuir derechos a personas o determinar obligaciones para el Estado que se deberán traducirán en reglas de conducta de las personas, parece interesante abrir la discusión hacia otros enfoques sobre la autoejecutabilidad de un tratado, incluso que no se limite a la justiciabilidad de sus cláusulas. Ello atendiendo que la obligación de cumplir un tratado implica su ejecución, lo cual conlleva tener en cuenta su objeto y la forma en que debe ser cumplido. Troncoso ha señalado que las disposiciones no autoejecutables de un tratado no son meramente retóricas y que imponen obligaciones en cuanto al desarrollo de legislación, incluso de armonización legislativa⁵⁵.

Bajo el título de Observancia, Aplicación e Interpretación de los Tratados, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, Chile es parte), incluye dos disposiciones claves:

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

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 46⁵⁶. Asimismo, el preámbulo de la Convención hace referencia al principio de buena fe y de pacta sunt servanda.*

En 1964, la discusión de estos puntos fue recogida en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional y destacaba, en el artículo 55 de la propuesta, el principio de que *“2. La buena fe exige inter alia, que toda parte en un tratado se abstenga de cualquier acto encaminado a impedir la debida ejecución del tratado o a frustrar de otro modo sus fines”*⁵⁷.

Respecto del artículo 26 de la Convención, la Corte Internacional de Justicia observaría que: *“El artículo 26 combina dos elementos de igual importancia. Establece que «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Este último elemento, en opinión de la Corte, implica que, en este caso, es el propósito del Tratado y las intenciones de las partes al celebrarlo lo que debe prevalecer sobre*

55.- C. Troncoso, *“Derecho internacional, constitución y derecho interno”*, Revista de Derecho Público, 77, 2012, pp.456-457.

56.- El artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) dispone que: *“Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”*.

57.- https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1964_v2.pdf. p.5.

*su aplicación literal. El principio de buena fe obliga a las Partes a aplicarlo de manera razonable y de tal forma que se pueda alcanzar su propósito*⁵⁸. (Traducción no oficial).

Una segunda discusión tuvo que ver con el contenido del artículo 27, en cuanto a si solo se trataba de una cláusula relativa al derecho interno cuyo contenido normativo podía contradecir lo incluido en un tratado e implicar la responsabilidad bajo el supuesto de la no observancia de un tratado.

En esta materia, la discusión se zanjó en favor de incluir la disposición que contiene el artículo 27 en la sección correspondiente. Su interpretación es indicativa de la fuerza obligatoria de un tratado y que su ejecución no depende de las normas internas cuya adopción pueden posponerse o ser contradictorias con lo dispuesto en ese instrumento⁵⁹.

Asimismo, el artículo puede estudiarse como enunciando de un principio que es paralelo y afín a lo dispuesto en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001)⁶⁰. Se recuerda que en el arbitraje *Rainbow Warrior* el tribunal distinguió entre las obligaciones que podían haber sido infringidas y las reglas de responsabilidad aplicables relativas a las consecuencias jurídicas de esa infracción⁶¹. En el primer caso, las reglas sobre tratados eran relevantes, en el segundo, lo eran las de responsabilidad.

En este sentido, es posible aclarar la referencia acerca del alcance de la frase enunciada por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, en cuanto a que no hay una relación necesaria entre el efecto del cumplimiento en el derecho interno, respecto del internacional⁶². En ese caso, la CIJ dijo: *“73. La cuestión sigue siendo, por tanto, si la requisición fue o no fue una violación del artículo III, apartado 2. Esta cuestión se plantea con independencia de la posición del derecho interno. El cumplimiento del derecho interno y el cumplimiento de las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que es una violación del tratado puede ser lícito en el derecho municipal y lo que es ilícito en el derecho municipal puede ser totalmente inocente de violación de una disposición del tratado. Incluso si el Prefecto hubiera considerado que la requisición estaba totalmente justificada en el derecho italiano, ello no excluiría la posibilidad de que se tratara de una violación del*

58.- GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, pp.78-79, párr. 142.

59.- https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1964_v2.pdf. pp.5-6.

60.- El artículo 27 es armónico con lo previsto en el artículo 3 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, CDI, 53° período de sesiones (A/56/10). Anexo a la Resolución A/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

61.- Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XX, pp. 215-284.

62.- C.Salgado, D.Lovera y P.Contreras, “¿Límites de tratados internacionales al poder constituyente? Análisis del caso chileno”, I·CON (2021), Vol. 19 No. 4, p. 1366. <https://academic.oup.com/icon/article/19/4/1351/6523444>.

*Tratado FCN*⁶³. Traducción no oficial). Vale decir, el punto no es la diferenciación, sino que una medida o ley interna puede considerarse perfectamente legal en el Estado, pero contravenir un tratado internacional. No es indiferente, por tanto, lo que ocurre en el plano interno para evaluar el cumplimiento de un tratado.

CONCLUSIONES

El tema examinado se plantea en el ámbito del efecto de los tratados en el plano interno, entendiendo que aquél ya cumplió con las tramitaciones que establece el derecho internacional y el interno para que un Estado sea parte, y se encuentre vigente en el Estado. La dificultad planteada por las cláusulas de un tratado cuya redacción (intención dirán algunos analistas) es interpretada en el Estado de forma que requiere de legislación o de otras normas para su aplicación, es un tema recurrente en los acuerdos tipo marco. De esa redacción, no se desprende que esas disposiciones del tratado no tienen vigencia, sino que su efecto exige que se desarrollen reglas internas que den precisión al contenido de las obligaciones y derechos, así como acerca de los sujetos obligados y de quienes podrán invocarlos, especialmente ante los tribunales.

Asimismo, no se podrían invocar lagunas o falta de normas internas para afirmar que el tratado no está vigente, sino que corresponde adoptar medidas conforme al derecho interno (órganos competentes). Es útil preguntarse si un Estado podría dividir las disposiciones de los tratados en función de la ejecutoriedad para postergar acciones o medidas destinadas a ejecutar las cláusulas generales o programáticas, y si esto puede hacerse discrecionalmente. La respuesta, considerando la jurisprudencia internacional, es más bien negativa.

La distinción entre validez y aplicabilidad es útil también y, por cierto, el derecho interno (en sus diversas jerarquías), cumple su función. Entre otras, el permitir que las personas puedan invocar un tratado internamente y que los órganos del Estado puedan aplicarlo en virtud de su fuerza obligatoria, siendo la adopción de medidas o una primera forma de aplicación.

Y finalmente, desde el punto de vista del derecho internacional, cabe considerar que éste permite diversas formas de conciliación entre el derecho interno y un tratado internacional, por lo que la cuestión de la autoejecutabilidad es un incentivo a la adopción inexcusable de acciones cuando fuere necesario. Como señala Dupuy⁶⁴, los órganos internos pueden colaborar en la implementación del derecho internacional, y hasta un juez nacional y otro internacional (en materia de crímenes, por ejemplo), pueden tener una misma finalidad.

63.- Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15.

64.- P.- M. Dupuy, "International Law and Domestic (Municipal) Law" (abril de 2011) <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1056>.



ÁLVARO PAÚL DÍAZ⁶⁵

La autoejecutabilidad de los tratados en Chile.

1. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LA AUTOEJECUTABILIDAD

En Chile, desde hace más de medio siglo que se habla de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales⁶⁶. El órgano que hoy nos acoge, el Tribunal Constitucional, también lo ha hecho. Sin embargo, no se escribe frecuentemente sobre la autoejecutabilidad. Desde la academia, hay un artículo de Ximena Fuentes y Diego Pérez que considera este tema más en detalle⁶⁷. Tales autores indican que una norma de tratado será autoejecutable —self-executing o directamente aplicable— cuando exista *“la posibilidad de que los órganos públicos nacionales, y muy especialmente los tribunales internos, apliquen directamente las normas contenidas en los tratados, sin necesidad de la dictación de una norma nacional que ponga en operación lo dispuesto en el tratado”*⁶⁸.

En Chile, los acuerdos internacionales ratificados y vigentes son ley de la República, pero esto no es incompatible con que algunos de ellos no sean autoejecutables. En efecto, la falta de autoejecutabilidad se observa también en preceptos de derecho interno. Así, por ejemplo, algunas disposiciones de la Constitución —la norma más importante de la República— requieren de una ley para poder ser ejecutadas a nivel nacional. Lo mismo ocurre con preceptos de legislación ordinaria, que pueden requerir de la aprobación de reglamentos para aplicarse. En definitiva, la no autoejecutabilidad también puede predicarse respecto de normas internas.

65.- Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por Trinity College Dublin, Master en Derecho (MJur) por la Universidad de Oxford, y Graduado de la Universidad de los Andes (Chile). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3882-450X>. Correo electrónico: alvaro.paul@uc.cl.

66.- Por ejemplo, F. ORREGO VICUÑA, *La Participación de Chile en el Sistema Internacional*, Gabriela Mistral, Santiago, 1974, p. 191.

67.- X. FUENTES TORRIJO; D. PÉREZ FARÍAS, «El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno», *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 25, 2, 2018.

68.- X. 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.

Una disposición de un tratado internacional puede no ser autoejecutable por distintos motivos, por ejemplo, por ser una norma meramente programática, es decir, una que presenta un ideal a seguir, pero que no puede ejecutarse directamente. Ilustraremos esto con un ejemplo que puede ser muy básico, pero que sirve para entender esto de forma sencilla. Supongamos que un Estado que carece de un sistema de pensiones ratifica un tratado internacional que consagra en términos amplios el derecho a la seguridad social. Sus habitantes no verán satisfecho su derecho a pensionarse por la simple suscripción de dicho tratado, porque será necesario que el legislador establezca previamente si consagrará un sistema de capitalización individual o uno de reparto, el nivel de cotizaciones que deben aportar los trabajadores, el número mínimo de cotizaciones requeridas para acceder a este beneficio, el monto de la pensión, etc. En definitiva, es necesario dictar leyes para que esta norma del tratado sea aplicada. Si los tribunales tratan de implementar una disposición amplia como ésta, que no es autosuficiente, se estarán arrogando potestades legislativas, lo que afecta la separación de poderes, que es un presupuesto fundamental para el estado de derecho y la democracia.

2. DETERMINACIÓN DE LA AUTOEJECUTABILIDAD

La autoejecutabilidad no se predica respecto de tratados completos, sino que de normas precisas. Puede ocurrir que la totalidad de una convención internacional sea autoejecutable, pero la regla general exige distinguir entre sus disposiciones para determinar cuáles son directamente aplicables. Incluso, un solo artículo de un tratado puede tener párrafos autoejecutables y párrafos que no lo son. Más aún, oraciones dentro de un mismo párrafo pueden tener distinto carácter en cuanto a su autoejecutabilidad. También se ha afirmado, de forma más controversial, que una misma norma puede ser autoejecutable o no, dependiendo de la situación o de quien esté llamado a aplicarla⁶⁹.

Corresponde al derecho nacional sentar las bases para definir la autoejecutabilidad de los tratados en un ordenamiento jurídico determinado. En efecto, el actual presidente de la Corte Internacional de Justicia, Yūji Iwasawa, señala:

“Un Estado es libre para decidir si el derecho internacional tiene fuerza de ley en el derecho interno, y cuál es el rango del derecho internacional en la jerarquía de sus normas jurídicas. Atendido que la fuerza jurídica y el rango del derecho internacional en el derecho interno son determinados por el derecho nacional, es lógico concluir que la aplicabilidad directa del derecho internacional es también determinada por el derecho interno”⁷⁰.

69.- Y. IWASAWA, «Domestic Application of International Law», Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 378, 2016, pp. 185-199.

70.- Ibid., p. 153. La traducción es nuestra.

La primera parte de la afirmación de Iwasawa no dice nada nuevo. Ella sólo recuerda algo que es plenamente aceptado en el ámbito del derecho internacional: que es el Estado quien determina cómo se incorpora el derecho internacional en el ámbito nacional (eso permite que existan Estados dualistas en materia de tratados, como el Reino Unido, que niegan el valor de disposiciones de tratados que no hayan sido replicadas por una ley interna). La segunda parte de la afirmación de Iwasawa usa el razonamiento a fortiori para indicar algo nuevo, algo que no está absolutamente asentado en el derecho internacional: si el Estado tiene el poder de declarar el valor del derecho internacional en el ámbito interno, con mayor razón puede determinar cuáles, de entre las normas a las que se les asignó valor, serán directamente aplicables en el derecho interno.

Al momento de definir las normas internacionales autoejecutables en el derecho interno, los Estados suelen considerar lo que disponen los mismos tratados cuya autoejecutabilidad se estudia (en otras palabras, recurren también al mismo derecho internacional). Según Iwasawa, los Estados habitualmente ponderan elementos subjetivos y objetivos⁷¹.

Los elementos subjetivos apuntan a conocer intenciones, ya sean:

- a) de las partes que negociaron el tratado (para descubrir esta intención, puede acudir al texto del tratado o a sus trabajos preparatorios, que pueden dar pistas sobre la intención que se tuvo al contratar), o
- b) de los órganos internos que participan en el proceso de aprobación y ratificación de tratados (en el caso de Chile, el Presidente de la República y el Congreso, quienes, durante el proceso de aprobación o ratificación de un tratado, pueden dejar constancia de si consideran que el tratado es o no autoejecutable, como ocurrió al aprobarse el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁷²).

Algunos elementos objetivos que pueden tenerse en cuenta son:

- a) La precisión, es decir, si la norma está redactada en términos suficientemente específicos como para permitir su ejecución sin la necesidad de legislar más sobre el tema, es decir, sin que los tribunales o la Administración tengan que definir cuestiones que los llevarían a legislar. El Tribunal Constitucional se refirió a este criterio, al definir las normas

71.- La referencia a algunos elementos subjetivos y objetivos, que se hace a continuación, se toma mayormente de *Ibid.*, pp. 157-184.

72.- Durante su tramitación, el ministro secretario general de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, planteó en el Congreso que *"la mayoría de las normas del Tratado no son autoejecutables"*. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia del Decreto N° 236. Acuerdo Relativo al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de Junio de 1989, Segundo Trámite Constitucional: Senado, p. 37.

autoejecutables como aquellas que “*tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes [...]*”⁷³.

- b) La materia, una cuestión que será determinante. Suele entenderse que algunas temáticas son autoejecutables y otras no. Así, por ejemplo, tratados referidos a extradición o nacionalidad suelen ser autoejecutables, mientras que cuestiones criminales no lo son (en este caso, por la centralidad del principio del *nulla poena sine lege*).
- c) Si el tratado crea obligaciones legales para los Estados, o si sólo establece permisos.
- d) Si los tratados son exclusivamente políticos. Así, por ejemplo, los tratados que rigen sólo relaciones entre Estados no generan una regulación que afecte a las personas.
- e) La reciprocidad, es decir, si los otros Estados parte interpretan los tratados como autoejecutables.

3. LA AUTOEJECUTABILIDAD Y LOS TRIBUNALES NACIONALES

Los más altos tribunales del país se han referido al tema de la autoejecutabilidad en sus decisiones. El Tribunal Constitucional desarrolló el punto de un modo bastante adecuado en su sentencia sobre el Convenio 169. Sin embargo, todavía le falta desarrollar más los criterios para determinar la autoejecutabilidad, pues se refirió sólo a uno de ellos, al de la precisión, y podría referirse a otros, para ser más sutil al momento de calificar los tratados como autoejecutables. La Corte Suprema, por su parte, también ha afirmado que una norma sería “*directamente aplicable por los tribunales nacionales*” cuando su aplicación no requiera “*una implementación adicional*”⁷⁴. Jurisprudencia más antigua de esta Corte ha afirmado que normas penales requieren el establecimiento de sanciones específicas para poder ser aplicadas⁷⁵. Vemos, entonces, que teóricamente se ha hecho algún desarrollo de la autoejecutabilidad, aunque la puesta en práctica podría ser menos rigurosa.

73.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 309, Requerimiento de inconstitucionalidad (preventivo), 04/08/2000 (CONVENIO 169, DURANTE SU TRAMITACIÓN), cons. 48°. Otro par de casos donde se refiere a la autoejecutabilidad se observan en S. SOTO VELASCO, «El Control Preventivo y la Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales en Chile», en Sebastián López Escarcena (ed.) *Temas de Derecho Internacional para el Diálogo Constitucional Chileno*, Ediciones UC, Santiago, 2021, pp. 148-149.

74.- Corte Suprema, Rol 3907/2007, casación en el fondo, 21/01/2009 (CONTRERAS SEPÚLVEDA Y OTROS), cons. 10° (citar este fallo no implica que necesariamente coincidamos con la determinación de la autoejecutabilidad de las normas citadas por la Corte Suprema).

75.- S. BENADAVA CATTAN, «Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos», en Santiago Benadava Cattán, Samuel Durán Bächler, Claudio Grossman Guiloff, Avelino León Steffens, Francisco Orrego Vicuña (eds.) *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 43.

Se ha afirmado que los tribunales nacionales suelen considerar los tratados internacionales como autoejecutables⁷⁶, lo que harían sin plantearse las complejidades que puede tener dicha determinación⁷⁷. En algunos casos, ya es tradicional que consideren ciertas normas como autoejecutables, por ejemplo, en materia de inmunidad diplomática. Más llamativo es lo que ha ocurrido con tratados que rebajan aranceles, en donde los tribunales han dejado sin efecto la legislación nacional y aplicado el arancel que establece la disposición internacional⁷⁸. Sin embargo, hay otros casos aún más complejos, como ocurrió en las sentencias que comentamos a continuación.

El primero de estos casos se refiere al derecho al agua. Como sabemos, algunos sectores de Chile tienen sequías severas. En ese contexto, hubo un fallo en el que la Corte Suprema indicó que existía un derecho internacional al agua, y dispuso que, en virtud de ese derecho, era insuficiente que el Estado entregara sólo cincuenta litros de agua por persona en ciertas zonas afectadas, por lo que debía proveer de cien litros per cápita⁷⁹. Aquí no entraremos a discutir si cincuenta o cien litros son la cantidad adecuada que el Estado debiera entregar a las personas. Lo relevante jurídicamente es que, según la legislación actual, la Administración tiene el poder de definir la cantidad de agua que entregará en este tipo de situaciones. En caso de que hubiera una ilegalidad o algún otro problema en el actuar de la Administración, los tribunales deberán resolverlo, pero no pueden hacerlo aplicando una norma tan amplia como el derecho al agua —que no define una cantidad de litros aceptables—. Si se aplica una disposición así de abierta, la Corte Suprema termina reemplazando a la Administración en su labor.

Otro caso interesante se refiere a una norma concreta del Convenio 169, que dispone: *“En la medida en que [...] sea compatible con el sistema jurídico nacional [...], deberán respetarse los métodos a los que los pueblos [indígenas] recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*⁸⁰. Cuando se tramitó el Convenio 169 en el Congreso, dicha norma generó cierto revuelo,

76.- X. FUENTES TORRIJO; D. PÉREZ FARÍAS, «El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno», cit., p. 122.

77.- Por ejemplo, *Ibid.*, pp. 140-144.

78.- En el caso de la Compañía Molinera San Cristóbal, de 1988, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto un impuesto establecido por la ley, por contrariar lo dispuesto en el tratado del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros), a pesar de que esa ley era posterior al GATT. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, reclamo tributario, 07/03/1988, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXV, 1ª parte, sec. 2ª, pp. 11-12 (CÍA. MOLINERA SAN CRISTÓBAL CON S.I.I.).

79.- En este caso, se pudo ver a la Corte Suprema aplicando soft law como si fuera hard law (incluyendo entre sus fuentes, incluso, folletos). CORTE SUPREMA, Rol 131.140-2020, Recurso de Protección (apelación), 23/03/2021 (DERECHO AL AGUA), cons. 12° d) y 14°. Sobre este caso, véase Á. PAÚL DÍAZ, «El Derecho Internacional como Excusa para Cuantificar el Derecho al Agua (Corte Suprema)», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXV, 2, 2022).

80.- Art. 9.1, CONVENIO N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la organización internacional del trabajo (27/06/1989).

pues los parlamentarios se preguntaron si ella exigía establecer un sistema penal paralelo para los indígenas. Sin embargo, se sostuvo que la norma era clara en afirmar que las tradiciones indígenas debían respetarse sólo en la medida en que ello fuera compatible con el sistema jurídico nacional. Así, si un ordenamiento jurídico establecía un mecanismo único de justicia criminal, no se tendrían que considerar las tradiciones indígenas. En esto estuvieron de acuerdo el Congreso —donde esta discusión fue importante para ver si se aprobaba o no el Convenio 169— y el Tribunal Constitucional. Ambos entendieron que dicha norma no era autoejecutable, pues el legislativo debía establecer una ley habilitante para poder tener en consideración las tradiciones indígenas en materia penal. Sin embargo, un juzgado de garantía de Arica no tomó en consideración lo que resolvieron el Congreso y el Tribunal Constitucional, sino que aplicó la norma del Convenio 169 como si fuera autoejecutable y definió, además, que una mujer aimara no tenía derecho a acudir al sistema penal nacional, sin antes haber acudido a la justicia indígena, yendo incluso más allá de lo que disponía la norma del Convenio.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: RESPETO A LA SEPARACIÓN DE PODERES

La distinción entre la autoejecutabilidad y la no autoejecutabilidad de las normas de tratados internacionales tiene ya un lugar en la doctrina y la práctica nacionales. Sin embargo, los casos referidos en este trabajo muestran que, en materia de autoejecutabilidad, se requiere de un mayor desarrollo teórico por parte de la doctrina y de los órganos del Estado, así como de una mayor coordinación para que las distintas instituciones tengan claro lo que se ha dicho en la materia. En este último punto, la Comisión Experta del segundo proceso constitucional chileno planteó una norma que estaba bien encaminada, al proponer que el presidente de la República, al someter un tratado internacional a la aprobación del Congreso, indicara cuáles de sus normas consideraba ser autoejecutables⁸². Algunos podrán estar más o menos de acuerdo con el contenido y el modo de llevar adelante esta solución concreta, pero iba en la dirección correcta, al dar mayor claridad a los parlamentarios, para que supieran a qué estaban obligando al país y a los distintos operadores del derecho, para que tuvieran más elementos de juicio al momento de aplicar una norma.

81.- JUZGADO DE GARANTÍA DE ARICA, RUC 1201207535-7, RIT N° 648-2013, 04/12/2013, cons. 18°. Para un comentario de este caso, véase Á. PAÚL DÍAZ, «*Tradiciones Indígenas en la Aplicación de la Ley Penal*», Revista de Derecho (Valdivia), vol. 27, 2, 2014, pp. 275-276.

82.- Art. 61.a.1, COMISIÓN EXPERTA, «Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile». Esta norma fue recogida por el Consejo Constitucional. Art. 59.a.1, CONSEJO CONSTITUCIONAL, «*Propuesta Constitución Política de la República de Chile (2023)*». Para un estudio sobre las propuestas de reforma planteadas por los dos proyectos constitucionales chilenos en el ámbito internacional, puede verse Á. PAÚL, «*El Derecho Internacional en los Recientes Proyectos Constitucionales Chilenos*», Revista de Derecho (Montevideo), vol. 23, 45, 2024.

Atendido que la autoejecutabilidad puede ser fácilmente usada como excusa para que el juzgador se atribuya poderes legislativos o administrativos, debe hacerse un llamado a la prudencia, porque no es infrecuente que los órganos traten de aumentar su poder. Por eso, antes de aplicar normas de derecho internacional, los tribunales deben analizar de buena fe si ellas son autoejecutables, además de revisar qué han concluido los demás órganos del Estado sobre la disposición en concreto.

Exigir que se pondere honestamente la autoejecutabilidad de los tratados sólo busca que se respete la decisión del Poder Legislativo, cuya autorización se requiere para ratificar tratados que versen sobre materias de ley. Una vez que se define que una norma es autoejecutable, los tribunales deben aplicarla, pues los órganos del Estado deben asegurar el cumplimiento del derecho vigente, lo que incluye el derecho internacional. Por otro lado, si el Congreso tiene la obligación de legislar para dar cumplimiento a lo que dispone el derecho internacional, debe hacerlo. Sin embargo, si no lo hace, no es el Poder Judicial el llamado a suplirlo, pues éste debe actuar sólo dentro del marco de sus propias competencias. Para exigir el cumplimiento del derecho internacional, pueden usarse armas del mismo derecho internacional⁸³. En el ámbito interno, la democracia requiere de la separación de poderes, y el Poder Judicial tiene la obligación de respetar dicha separación, lo que exige distinguir reflexivamente entre las normas que está llamado a aplicar y aquellas que no.

BIBLIOGRAFÍA

- » BENADAVA CATTAN, S., «*Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos*», en Santiago Benadava Cattán, Samuel Durán Bächler, Claudio Grossman Guiloff, Avelino León Steffens, Francisco Orrego Vicuña (eds.) *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 9-59.
- » BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia del Decreto N° 236. Acuerdo Relativo al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas*, Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de Junio de 1989, Segundo Trámite Constitucional: Senado
- » COMISIÓN EXPERTA, «*Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile*».
- » CONSEJO CONSTITUCIONAL, «*Propuesta Constitución Política de la República de Chile (2023)*».

83.- Por ejemplo, medios establecidos en el tratado respectivo, mecanismos de solución de controversias de carácter diplomático y judiciales, la suspensión o terminación un tratado, o la decisión de imponer contramedidas.

- » CONVENIO N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (27/06/1989).
- » CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, reclamo tributario, 07/03/1988, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, 1ª parte, sec. 2ª, pp. 11-12 (CÍA. MOLINERA SAN CRISTÓBAL CON S.I.I.).
- » CORTE SUPREMA, Rol 3907/2007, casación en el fondo, 21/01/2009 (CONTRERAS SEPÚLVEDA Y OTROS).
- » CORTE SUPREMA, Rol 131.140-2020, Recurso de Protección (apelación), 23/03/2021 (DERECHO AL AGUA).
- » FUENTES TORRIJO, X., «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, pp. 171-193.
- » FUENTES TORRIJO, X.; PÉREZ FARÍAS, D., «El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno», Revista de Derecho (Coquimbo), vol. 25, n.o 2, 2018, pp. 119-156.
- » IWASAWA, Y., «Domestic Application of International Law», Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 378, 2016, pp. 9-261.
- » JUZGADO DE GARANTÍA DE ARICA, RUC 1201207535-7, RIT N° 648-2013, 04/12/2013.
- » ORREGO VICUÑA, F., La Participación de Chile en el Sistema Internacional, Gabriela Mistral, Santiago, 1974.
- » PAÚL, Á., «El Derecho Internacional en los Recientes Proyectos Constitucionales Chilenos», Revista de Derecho (Montevideo), vol. 23, n.o 45, 2024, pp. 113-121.
- » PAÚL DÍAZ, Á., «El Derecho Internacional como Excusa para Cuantificar el Derecho al Agua (Corte Suprema)», Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXXV, n.o 2, 2022, pp. 353-362.
- » PAÚL DÍAZ, Á., «Tradiciones Indígenas en la Aplicación de la Ley Penal», Revista de Derecho (Valdivia), vol. 27, n.o 2, 2014, pp. 271-276.
- » SOTO VELASCO, S., «El Control Preventivo y la Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales en Chile», en Sebastián López Escarcena (ed.) Temas de Derecho Internacional para el Diálogo Constitucional Chileno, Ediciones UC, Santiago, 2021, pp. 141-174.
- » TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 309, Requerimiento de inconstitucionalidad (preventivo), 04/08/2000 (CONVENIO 169, DURANTE SU TRAMITACIÓN).



MESA DE TRABAJO 2

Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución.



MARÍA PÍA SILVA GALLINATO⁸⁴

Regulación constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

¿Los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional? ¿Integran un bloque de constitucionalidad o son los derechos contenidos en dichos tratados los que tienen rango constitucional? ¿Cómo aplica el Tribunal Constitucional los tratados sobre derechos humanos? ¿Pueden declararse estos inaplicables?

Para contestar esas interrogantes me parece necesario partir estas palabras recordando que diversas constituciones contemplan cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los DDHH, las cuales buscan articular tal derecho con el derecho interno. Al efecto existen cláusulas de apertura mínimas, como señala Mariela Morales⁸⁵, algunas de las cuales establecen el rango constitucional atribuido a los tratados de DDHH; otras se abren a la interpretación pro homine y a la interpretación conforme a lo expresado en dichos tratados; por último, incorporan los derechos humanos no enumerados explícitamente por la Carta Fundamental.

En el caso de la Constitución chilena, ésta no define la jerarquía de los tratados de DDHH, no explicita el criterio de interpretación conforme a los derechos consagrados en los tratados ni el de interpretación pro homine y tampoco contiene una norma de incorporación de derechos implícitos.

Sin embargo, según algunos autores, en la actualidad puede apreciarse una tendencia en la jurisprudencia nacional a darle preeminencia a la aplicación de estos tratados ante un conflicto normativo con la legislación interna, aunque existen tesis que apuntan a la armonización interpretativa de las normas nacionales en relación con las normas de un tratado. Las tesis de adecuación y armonización no se basan en criterios jerárquicos de resolución de antinomias y evitan resolver el

84.- Ministra del Tribunal Constitucional de Chile desde 2018. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister con mención en Derecho Constitucional LLM-UC y profesora de esa misma universidad.

85.- Morales Antoniazzi, Mariela (2017), "Inter americanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina", en Von Bogdandy, Armin; Morales, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) Ius constitutionale Commune en América Latina, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute, México, p. 423.

problema conceptual de la jerarquía de fuentes formales⁸⁶, para sostener que la relación entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa se rige más bien por principios de complementariedad, interconexión y convergencia⁸⁷.

En nuestra Constitución la única regla que podría considerarse de apertura al Derecho Internacional de los DDHH es la del inciso 2° del art. 5 de la Constitución actual. Tal disposición establece expresamente que la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, luego de la reforma de 1989, expresa que los órganos del Estado deben respetar y promover tales derechos, “*garantizados en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. La regla constitucional agrega entonces una fuente formal en la que pueden estar contenidos los “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. De este modo, dentro del régimen constitucional, el concepto de tratado internacional de derechos humanos es relevante a efectos de precisar los límites a la soberanía y los deberes del Estado en relación con los derechos humanos.

La disposición en comento ha sido largamente discutida por la doctrina chilena en relación con el problema de la jerarquía que los tratados de derechos humanos tendrían en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, el tratamiento de dichos tratados como una categoría diferenciada a la de los tratados comunes a partir de lo que dispone el inciso 2° del art. 5 de la Carta para darle un rango constitucional y que lleva a un enjuiciamiento a partir de la teoría de las fuentes, ha sido rechazado por gran parte de la doctrina y también por el TC en numerosas de sus sentencias.

Al efecto se ha sostenido que en la Carta Fundamental actual no hay regla que eleve a la jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos, como ocurre en otras constituciones comparadas; en su Capítulo XV, sobre reforma constitucional, no existe un mecanismo de modificación que integre la fórmula de los tratados de derechos humanos operando a través de una especie de constituyente externo; el Tribunal Constitucional está facultado para ejercer un control obligatorio o facultativo de carácter preventivo sobre los tratados (art. 93 Nos. 1 y 3), siendo éstos, por lo tanto, una fuente subordinada a la Constitución; el art. 54 N° 1 inc. 5°, introducido por la reforma constitucional de la ley 20.050 de 2005, no definió la jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento interno, no mencionó criterios de interpretación de los derechos contenidos en ellos, ni dispuso una cláusula de derechos enumerados.

86.- García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2014), *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuaderno del Tribunal Constitucional, N°55, año 2014, Santiago, Chile, p. 888.

87.- Véase al efecto, por ejemplo, la tesis de César Landa (2007), *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Ed. Palestra, Lima, p. 114.

No se puede entonces resolver en Chile el problema de la eventual aplicación de los tratados sobre derechos humanos a través de soluciones jerárquicas para llegar a adscribirlos a una dimensión constitucional. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional al expresar, por ejemplo, que el bloque de constitucionalidad de derechos no constituye su parámetro de control de constitucionalidad por no tener reconocido constitucionalmente los tratados internacionales rango constitucional (STC 2265, c. 18°; 2493, c. 7°; 1340, c. 9°). Además, si bien en algunos casos el TC ha hecho una mención explícita al control de convencionalidad, esta Magistratura no ha resuelto los casos ejerciendo dicho control (STC 2874).

No obstante, como el Tribunal, al enjuiciar las reglas jurídicas que debe examinar está obligado a ocupar como parámetro de control el texto constitucional, puede aplicar las reglas contenidas en tratados sobre DDHH para resolver una causa siempre que lo haga a partir del reconocimiento constitucional de la integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que efectúa el art. 5 inc. 2° de la Constitución.

Y ello resulta porque el art. 5 inc. 2° hace hincapié en los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y no en las fuentes del derecho, es decir, no eleva a jerarquía constitucional dichos tratados sino los derechos que en ellos se contienen.

Nos encontramos entonces ante una regla que refleja una exigencia estatal: los *“derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales”* constituyen un límite a la soberanía (o sea, al poder del Estado) que el Estado está obligado a respetar y promover tales derechos, pudiendo entonces el TC integrar el contenido del derecho convencional dentro del parámetro constitucional sustantivo para señalar el modo en que se produciría una infracción constitucional. Esa comprensión del inciso 2° del art. 5 de la Carta armoniza entonces con los preceptos constitucionales, en especial con los arts. 54 N° 1, 93 Nos. 1 y 3 y con el Capítulo XV sobre reforma de la misma Constitución.

De esta manera, y desde el orden constitucional, como señala el profesor y ex Ministro del TC Gonzalo García Pino⁸⁸, el art. 5 inc. 2° puede conducir al

88.-García Pino, Gonzalo (2017) *“La recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sus dilemas y perspectivas”*, en Control de Convencionalidad Henríquez, Miriam y Morales, Mariela (coord.), Ed. Der 477-483. Parte de estas ideas habían sido ya expuestas en 1997 por el profesor Alejandro Silva Bascuñán en su Tratado de Derecho Constitucional, cuando, al referirse a la eventualidad de que no exista semejanza entre la sustancia del tratado de Derechos Humanos y la de la Constitución, distingue y resuelve los dilemas que plantean las siguientes posibilidades: 1. Concordancia sustancial entre la regla del tratado y la de la Carta; 2. Agregación por el tratado de algún elemento que complete o aclare, sin contradecirla, la Constitución; 3. Incorporación por el tratado de algún beneficio no consagrado por el ordenamiento constitucional; 4. Estipulación de un tratado que sustantivamente contrarie la Carta (Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV, 1997, Ed. Jurídica de Chile pp. 125-128).

reconocimiento de nuevos derechos no están taxativamente asegurados en el texto constitucional, ya que -como señala la propia Carta- todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, o sea, los comunes a todas las personas, constituyen una limitación al poder estatal y, si ellos no están garantizados en la Constitución y lo están en un tratado, pueden ser aplicados por el TC al resolver un conflicto de constitucionalidad (por ejemplo, el derecho a la identidad personal). También los derechos convencionales tienen una función complementaria al contenido de un derecho fundamental específico (por ejemplo: la presunción de inocencia complementa el N° 3 del art. 19 y, específicamente, la disposición que señala que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal). Asimismo, los derechos convencionales sirven para identificar cuál es el núcleo esencial de los derechos fundada dicha interpretación en el principio pro persona (por ejemplo, la prohibición de la esclavitud del art. 6 de CADH se integra con los numerales 2 y 7 del art. 19 de la Constitución).

Lo anterior no obsta al importante alcance y valor que tienen tanto los tratados como la jurisprudencia de la CIDH y de otras cortes internacionales, ya que constituyen elementos que sirven al TC para interpretar los derechos constitucionales y que constantemente son invocada por la judicatura constitucional con tal finalidad.

Por lo tanto, -como expresa el ex ministro de este Tribunal y profesor Gonzalo García - una lectura adecuada del referido artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental “*configura un nuevo orden de cosas. De esta manera, es una especie de tesis del encuentro entre dos continentes constituye. Por una parte, el Derecho Interno y, por la otra, el Derecho Internacional de los DD.HH*”⁸⁹. Así la disposición constitucional se transforma en una especie de puente entre ambos órdenes normativos para, sin llegar a constitucionalizar los tratados sobre derechos humanos, permitir el establecimiento de un estándar de derechos humanos que puede ser recogido dentro de la jurisprudencia constitucional.

Por último, cabe tener presente que el valor del contenido del inciso 2° del artículo 5° se puso de relieve en los dos procesos constituyentes que buscaron establecer una nueva Constitución y cuyos proyectos fueron rechazados por la ciudadanía en 2022 y en 2023. Así los órganos encargados de redactar los proyectos respectivos tuvieron como restricción, en el primer proceso, el respeto de “*los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (art. 135) y, en el segundo la propuesta sometida a plebiscito tenía como base el que “*la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales rarificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes*” (art. 145).

89.- García Pino, Gonzalo (2017), ob. cit. p. 470.

Pues bien, y, por otra parte, en cuanto al control de los tratados internacionales por el TC, según el inciso 5° del N° 1 del art. 54 de la Constitución, *“Las disposiciones de un tratado sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*. Tal regla ha llevado a plantearse si es posible declarar inconstitucional la aplicación de una regla de un tratado internacional en una gestión judicial pendiente, es decir, si cabe el control represivo de carácter concreto de una disposición de un tratado cuando el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por vulnerar alguna regla constitucional y, en especial, un derecho fundamental expresa o implícitamente reconocido en la Constitución.

De acuerdo con la doctrina de la STC Rol N° 1288/2008, la Constitución habilita la inaplicabilidad de un tratado como control ex post y concreto (c. 41°), la cual se funda en que:

- a) La declaración de inaplicabilidad de un tratado sólo producirá un efecto particular en el orden interno y para el caso concreto que constituye la gestión pendiente en el que la norma no se podrá aplicar, sin que se altere de este modo la generalidad de la disposición del tratado ni su vigencia desde el punto de vista del derecho internacional” (c. 42°). Inaplicabilidad no supone entonces la suspensión prohibida.
- b) La Reforma de 2005 que confió a la Magistratura Constitucional la resolución de los requerimientos de inaplicabilidad no hace variar su criterio jurisprudencial previo sobre la calidad de precepto legal para los efectos de la inaplicabilidad. Se sostiene que para el legislador *“es evidente que la ley y el tratado son fuentes del derecho diferentes, pero, para estos efectos, se les ha asimilado siempre”* (c. 67°). Ello ratifica que los tratados, al igual que los *“preceptos legales”* tienen una jerarquía inferior a la Constitución, debiendo sujetarse a ella (STC Rol N° 346).
- c) No obstante, no cabría una declarar la inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional, porque ello vulneraría las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como una infracción a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, 32, N° 15°, de la Constitución). Además, esa declaración generaría el mismo efecto que una ley derogatoria: expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico (c. 58°), por lo que la inaplicabilidad previa no habilita para la declaración posterior de inconstitucionalidad de un tratado.

Por su parte, la tesis que niega la acción de inaplicabilidad en contra de tratados se funda en que ésta cabe respecto de *“un precepto legal”* (numeral 6° del artículo 93 de la Constitución) en circunstancia que los tratados internacionales simplemente no lo son.

- a) Así se ha dicho que los vocablos empleados por art. 93 N° 6 son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía, esto es, de índole legal (rol N° 626-06, c. 1°) y que la impugnación debe dirigirse en contra de normas legales determinadas concernidas en una gestión jurisdiccional (roles N°s 497-06, c. 5°; y 743-07, c. 5°)
- b) En segundo lugar, la tesis contraria está sostenida en una interpretación extensiva de la voz “*precepto legal*” que viene de agregar por la vía interpretativa un requisito que jamás los tratados internacionales han tenido en el orden constitucional. Efectivamente a partir de algunas normas constitucionales (artículo 43, N° 5 de la Constitución de 1925 y artículo 50 N° 1 de la Constitución de 1980) que indicaban que “*la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley*” se realizó un enfoque analógico entre “*ley*” y “*tratado internacional*”. Sin embargo, tal tesis jamás ha sido sostenida en ninguna de esas Constituciones y sólo tuvo un auxilio en el Decreto Ley N°247 de 1974, que condicionó el vigor de los tratados a su promulgación y publicación interna. Cuestión aparte es que esta tesis llevó a desconocer una interpretación de reconocimiento de la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ratificado en 1972, vigente internacionalmente en 1976, promulgado en noviembre de ese año y recién publicado en el Diario Oficial en 1989), generando un efecto de desprotección en materia de derechos humanos por parte de los tribunales ordinarios de la República y que condujo al constituyente de 1989 a modificar el inciso 2° del art. 5 de la Carta para disponer ahora que basta la ratificación y vigencia de un tratado de DD.HH para que el Estado esté obligado a respetarlos y promoverlos.
- c) Se ha dicho, asimismo, que al tener los tratados carácter supra legal, estos escapan al sentido y alcance de la expresión “*precepto legal*” a que alude la Carta Fundamental en su art. 93 N° 6.
- d) Se ha sostenido también que la tesis analógica no se hace cargo de las reformas constitucionales integrales del año 2005, tanto en las competencias del Tribunal Constitucional como de reformulación de los tratados internacionales. En efecto, a partir del artículo 54, numeral 1° de la Constitución, los tratados internacionales tienen un régimen que respeta plenamente su condición de fuente autónoma del derecho. Tiene sus propios modos de originarse y, de una forma particularmente relevante, tiene sus mecanismos de modificación o derogación, puesto que “*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendida en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*” (inciso 5°, del numeral 1°, del artículo 54 de la Constitución). En este punto, se produce una coincidencia entre la tesis amplia y restrictiva respecto de la inaplicabilidad de los tratados, ya que se entiende por ambas

- posiciones, que no es posible concebir que el artículo 93, numeral 7°, de la Constitución concurra a la hipótesis de derogación, siendo la regla del artículo 54, N° 1, norma especial respecto del artículo 93, numeral 7°.
- e) El constituyente el año 2005 no sólo reformuló los tratados como fuente, sino que, al revisar las competencias del Tribunal Constitucional, no tuvo problemas en ampliar las mismas a los tratados internacionales mencionados como tales, para extender el control preventivo y obligatorio a *“las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas”* (leyes orgánicas constitucionales) y controles eventuales durante la tramitación de *“los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”*. Del mismo modo, lo hace la disposición 15° transitoria regulando como tales a los tratados, respetando su naturaleza jurídica y sin asimilaciones forzadas. En consecuencia, hay un reconocimiento particularizado en cuanto fuente lo que no es posible entenderlo analógicamente como un *“precepto legal”*.
- f) No es coherente, por otra parte, que uno de los principales efectos de la inaplicabilidad quede ahora restringido sin recurrir a la tesis analógica. Así es atribución del Tribunal Constitucional resolver *“la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”* (N° 7° del artículo 93 de la Constitución). De este modo, la tesis analógica funciona en unos casos y no en otros. En tal sentido, parece mejor que, conforme a atribuciones tasadas de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución, no opere en toda regla. A todo lo anterior, internacionalistas y otros juristas han agregado el problema de la responsabilidad estatal que se derive de estos desconocimientos, aunque sean parciales o concretos de un tratado (STC Rol N° 8872, c. 42°).
- g) Los tratados celebrados entre Estados y regidos por el derecho internacional no pueden ser derogados, modificados o suspendidos sino en la forma prevista en ellos mismos o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional, por cuanto no pueden vulnerar los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide* (STC Rol N° 8872, c. 7°).
- h) Por último, los efectos singulares de acoger una acción de inaplicabilidad suponen contrariar una de las reglas sobre las cuales reposa el Derecho Internacional, esto es el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que regula las reglas del derecho interno y la observancia de los tratados y conforme a la cual *“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.”* Esta última referencia es relativa a haber adoptado un tratado contrario a reglas de derecho interno, las que no pueden ser invocadas como un vicio del consentimiento estatal (STC 8872, c. 44°).

Las tesis amplias de la acción de inaplicabilidad respecto de un tratado internacional se han desenvuelto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esencialmente, en un plano prácticamente teórico y contradictorio. Se registran muy pocos casos (STC N° 1307 rechazando en el fondo el requerimiento), sin que se haya producido el efecto de inaplicar un tratado internacional.

Asimismo cabe anotar que si bien el pleno hubo de pronunciarse en el caso Jaime Lepe Orellana (caso boinas negras) sobre la inaplicabilidad de normas de *ius cogens* sobre los delitos de lesa humanidad contenidos en el Estatuto de Roma, el TC sostuvo que dichas normas imperativas del derecho internacional son normas consuetudinarias y no preceptos legales propiamente tales para los efectos del numeral 6 del art. 93 configurando un límite al ejercicio de la soberanía y, siendo su determinación y concurrencia concreta una cuestión que le corresponde a los jueces del fondo considerar (STC Rol N° 8872, c. 38° y STC Rol N° 5962, c. 9°).

Por último cabe tener presente que la tesis de que no cabe la inaplicabilidad de disposiciones de un tratado se ha ido consignado en diversas resoluciones de las salas de este Tribunal y en forma más reiterada en este último tiempo, las que han declarado inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad en contra de tales disposiciones por no cumplir con el requisito de dirigirse en contra de preceptos legales (art. 84 N° 4), como son aquellas de las causas Roles N°s 2789, c. 7°; 3705, c. 6447, c. 8° a 11°; 7102, c. 7°.

Concluimos así afirmando que, pese a que no tienen jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos, el Tribunal, aplicando los derechos contemplados en ellos, de acuerdo con lo que dispone el inciso 2° del art. 5 de la Carta Fundamental, ha integrado el contenido del derecho convencional dentro del parámetro constitucional sustantivo para señalar cómo se produciría una infracción a la Carta. Asimismo, ha empleado tales tratados y la jurisprudencia internacional para interpretar los derechos constitucionales, sin ejercer con ello un control de convencionalidad.

También podemos afirmar que no ha existido una postura única en el TC respecto a la posibilidad de declarar o no inaplicable una regla de un tratado internacional a partir de lo que señala el numeral 1 del artículo 54 de la Constitución. Sin embargo, cabe destacar que desde la última vez que el pleno del Tribunal se pronunció sobre una acción de inaplicabilidad en contra de normas internacionales en 2021 (Rol N° 8872), al conocer de requerimientos en contra de tratados sus salas los han declarado inadmisibles por no dirigirse en contra de preceptos legales.

BIBLIOGRAFÍA

- » García Pino, Gonzalo (2017), “*La recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: sus dilemas y perspectivas*”, en Control de Convencionalidad Henríquez, Miriam y Morales, Mariela (coord.), Ed. Der, Santiago, Chile
- » García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2014), Diccionario Constitucional Chileno, Cuaderno del Tribunal Constitucional, N°55, año 2014, Santiago, Chile.
- » Landa, César (2007), Tribunal Constitucional y Estado democrático, Ed. Palestra, Lima.
- » Morales Antoniazzi, Mariela (2017), “*Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*”, en Von Bogdandy, Armin; Morales, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) Ius constitutionale Commune en América Latina, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute, México
- » Silva Bascuñán, Alejandro (1997), Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Ed. Jurídica de Chile.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE:

- » Rol N° 346-04, de 8 de abril de 2002.
- » Rol N° 497-06, de 10 de mayo de 2006.
- » Rol N° 626-06, de 16 de enero de 2007.
- » Rol N° 743-07, de 15 de marzo de 2007.
- » Rol N° 1288-08, de 25 de agosto de 2009.
- » Rol N° 1307-09, de 20 de enero de 2011.
- » Rol N° 1340-09, de 29 de septiembre de 2009.
- » Rol N° 2265-12, de 21 de noviembre de 2012.
- » Rol N° 2493-13, de 6 de mayo de 2014.
- » Rol N° 2789-15, de 25 de marzo de 2015.
- » Rol N° 2874-15, de 15 de noviembre de 2016.
- » Rol N° 3705-17, de 7 de septiembre de 2017.
- » Rol N° 5962-19, de 10 de diciembre de 2019.
- » Rol N° 6447-19, de 31 de mayo de 2019.
- » Rol N° 7102-19, de 12 de septiembre de 2019.
- » Rol N° 8872-20, de 4 de marzo de 2021.



MANUEL MONTEAGUDO VALDEZ⁹⁰

La jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de la evolución reciente del derecho internacional.

INTRODUCCIÓN

Quisiera comenzar expresando mi más sincero agradecimiento al Tribunal Constitucional de Chile y al Ministerio de Relaciones Exteriores por la invitación a participar en este seminario. A lo largo de mi vida profesional, he tenido la oportunidad de visitar Chile en diversas ocasiones para compartir experiencias comparadas, particularmente en materias como la reforma institucional de sus bancos centrales independientes y también sobre la recepción de los tratados internacionales relativos al libre comercio y la inversión en nuestros ordenamientos jurídicos nacionales. Hoy, en mi calidad de juez constitucional, se me presenta una nueva oportunidad para compartir experiencias, pero dentro de un terreno no tan lejano de lo que podemos imaginar.

Debo reconocer de que cuando ejerzo esta nueva función y confronto la pregunta sobre cómo debería ser la recepción, en nuestros mismos ordenamientos jurídicos internos de la fuerza normativa y garantista del derecho internacional de los derechos humanos, no puedo evitar de pensar en la profundidad en que los principios igualmente garantistas del derecho financiero y monetario internacional se han consagrado en nuestras constituciones, leyes y políticas públicas, operando con mecanismos -soft y hard law- desde organizaciones internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). Habiéndose logrado en tales materias un nivel de armonización legal y regulatoria entre países como Perú y Chile, en un grado que históricamente no se había observado antes.

90.- Doctor en Derecho por la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne. Máster en Leyes (LL.M.) por la Universidad de Houston. Ex Gerente Jurídico del Banco Central de Reserva del Perú por más de veinte años. Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú (desde 2022). Miembro sustituto de la Comisión de Venecia y profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Desde luego, el derecho internacional económico y el derecho internacional de los derechos humanos no son lo mismo. Sin embargo, resulta pertinente preguntarse ¿por qué, en el proceso de implementación doméstica de principios internacionales en materia de derechos humanos, en algunos países, emergen períodos de resistencia e incluso de regresión? Ello ocurre a pesar de que algunos segmentos de nuestras sociedades se perciben a sí mismos como profundamente internacionalizados, tanto en lo económico como en lo cultural.

Dejaré esta inquietud abierta, pues considero que la experiencia comparada y, en particular, la peruana, ofrece elementos esperanzadores frente a tales situaciones. Esta constituye, precisamente, la idea matriz de mi intervención: la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos y, especialmente, la determinación de su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno, introduce un contrapeso institucional que, tarde o temprano, opera contra las regresiones. Es decir, nos permite reconectarnos con el derecho internacional, que tiene su propia -y a veces- imparable y lenta evolución. Ahora bien, esta operación no es automática; como resulta evidente, se requiere del concurso inteligente y responsable de los jueces nacionales, quienes, como sabemos, actúan simultáneamente como jueces internos y jueces convencionales. A través de su labor interpretativa, contribuyen a llenar de contenido a nuestros principios, canalizando y engarzando la fuerza garantista del derecho internacional de los derechos humanos. Aun en tiempos de regresión ayudan a construir una “*tradición*,” en el sentido más liberal de la palabra.

Mi intervención se estructurará en torno a dos cuestiones centrales: en primer lugar, qué significa la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el contexto de la evolución reciente del derecho internacional; y, en segundo, cómo ha sido la reciente experiencia peruana al respecto.

I. ¿QUÉ SIGNIFICA LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA RECIENTE EVOLUCIÓN GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Una primera consideración es que, como lo manifiesta la doctrina, tanto en lo económico como en derechos humanos, el derecho internacional se ha vuelto doméstico⁹¹; es decir ya no se ocupa únicamente de las relaciones interestatales,

91.- Slaughter y Burke-White refieren a cómo el derecho internacional ingresa directamente a resolver conflictos entre las autoridades nacionales y sus subordinados. A.M. Slaughter y W. Burke-White, *The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)*, Harvard International Law Journal, Volume 47, p. 2 (2006). Petersmann también sostiene que el reconocimiento universal de los derechos humanos significa en buena cuenta la constitucionalización de esta parte del derecho internacional, a la que incluso adiciona a otros aspectos como la discriminación en materia de comercio o inversiones. E.-U. Petersmann, “*Human Rights and International Economic Law in the 21st Century—the Need to Clarify their Interrelationships*,” JIEL 2001, 3.

sino que ahora ingresa a terrenos que estaban reservados a la soberanía interna: la relación de los Estados con las personas sujetas a su jurisdicción. Se ha vuelto un derecho “*intraestatal*.” Y aunque para muchos resulta inaceptable, la consecuencia de esta realidad es que el Estado nacional ya no decide solo la situación jurídica de los individuos. Puede ser corregido por la jurisdicción internacional o incluso, en el caso del arbitraje de inversiones del sistema del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), objeto directo de una responsabilidad económica⁹². Por ello, cuando se habla de la internacionalización del derecho lo que ocurre es que, no solamente hacemos operaciones transnacionales (por efecto de la globalización), sino que al interior de nuestros ordenes jurídicos ingresa a otra capa u otro corpus jurídico, complementario y eventualmente definitorio. Kelsen, que no vivió esta dimensión así de abierta de la internacionalización del derecho, no tenía reparo en reconocer que el derecho internacional constituía -por definición- una limitación a la soberanía del Estado⁹³.

La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos es precisamente uno de los mecanismos de recepción del fenómeno de la internacionalización. Pero antes de avanzar en ello, quisiera relevar algo elemental que es el carácter universal de los tratados internacionales de derechos humanos. Éstos, a diferencia de los tratados de libre comercio e inversión, no son acuerdos recíprocos donde se intercambian concesiones. Se trata de sistemas multilaterales más antropocéntricos que estado-céntricos (en palabras de Mirkin-Guetzévitch⁹⁴), en el sentido de consagrar principios y garantías de derechos fundamentales que deben regir en todo un espacio transnacional. Por ello es que la recepción doméstica de un sistema internacional común, que se pretende reconocedor de principios universales cobra una importancia gravitante. Así, la gran cuestión de la que se han ocupado diversos textos constitucionales y la jurisprudencia comparada, desde el constitucionalismo de los derechos humanos de la postguerra es precisamente cómo resolver los conflictos que puedan surgir entre una norma consagrada en el Tratado internacional de derechos humanos y una norma nacional, sea esta constitucional, legal o reglamentaria.

Ahora bien, el principio de jerarquía -en términos generales- es un principio garantizador de derechos para los ciudadanos y a priori, uno podría imaginar

92.- Los laudos emitidos por los tribunales arbitrales que ordenan a los Estados el pago de una indemnización en favor de inversionistas extranjeros pueden ser ejecutados directamente dentro de los países miembros de la Convención de CIADI, sin necesidad del mecanismo del Exequatur y sin perjuicio de los regímenes de inmunidad previstos en cada legislación interna (artículos 54 y 55 del Convenio del CIADI)

93.- H. Kelsen “*Teoría pura del derecho*” p. 190 (13.ª ed.). Buenos Aires: Eudeba, 1975.

94.- Cuando Burgorgue-Larsen se ocupa de la internacionalización del derecho constitucional se remite las ideas de Boris Mirkin-Guetzévitch que anuncia desde 1933 un derecho internacional que ya no es enteramente “*estado-céntrico*” sino mas bien “*antropo-céntrico*”. Laurence Burgorgue-Larsen, “*Les 3 Cours regionales des droits de l’homme in context*” la justice qui n’allait pas de soi, p. 374-5 (Ed. Pedone deuxième édition 2023).

que los conflictos entre regla internacional y nacional en materia de derechos fundamentales no tendrían que ser muchos, pero evidentemente no es así y se han planteado, a lo largo de esta reciente evolución diversas soluciones. En términos muy simplificados, tenemos de un lado a los países -pocos sin duda- que consagran expresamente el rango constitucional de los tratados de derechos humanos; Perú uno de ellos en la Constitución de 1979 (Artículo 105: Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución). De otro lado, se encuentran un buen número de constituciones que prevén que los tratados internacionales -en general- tienen una autoridad superior a la Ley y otras que señalan explícitamente la primacía de los tratados de derechos humanos sobre la Ley. Además de la jerarquía propiamente dicha, algunas constituciones, legislaciones o pronunciamientos de cortes constitucionales han consagrado el mandato de “*la interpretación conforme,*” es decir interpretar en conformidad con los tratados de derechos humanos e incluso con la jurisprudencia supranacional y “*cláusulas abiertas*” en favor del reconocimiento de otros derechos que son inherentes a la persona o a la dignidad humana. Ha habido otros desarrollos en el sentido de que el conflicto debe resolverlo el juez nacional considerando la norma más favorable al individuo en el ejercicio de su control difuso⁹⁵, o casos en que la propia Corte Supranacional encuentra una mejor protección en la norma interna (caso 5 pensionistas de la CIDH)⁹⁶. Todo esto en la lógica pro-homine o antropocéntrica.

Con todos los matices, la mayoría de soluciones ha estado orientada a reducir el conflicto y buscar la integración de la norma nacional con la internacional (ejemplos paradigmáticos los vemos en Portugal, España, muchos países de América Latina, y la propia Inglaterra con el Human Rights Act de 1998). Como Burgogue-Larsen reseña con mucha precisión, en algunos casos estas disposiciones y sobre todo las más pro norma internacional se han consagrado en momentos de “*ruptura*” política (España, países de Europa del este y el propio Perú). Pero también esta autora apunta que no siempre el contexto ha sido de severa ruptura política; como fue el caso del Human Rights Act en tiempos de Tony Blair, o cuando en la Francia de Pompidou, el Consejo Constitucional en 1971 reconoció el rango constitucional a los derechos fundamentales enunciados en el preámbulo de la Constitución. Esto también nos puede estar revelando el carácter universal del proceso de reconocimiento de los derechos humanos⁹⁷.

95.- Por ejemplo, luego de la reforma de 2011 la Constitución mejicana en su artículo 1 estableció que “(...) *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*”

96.- Corte IDH. Caso “*Cinco Pensionistas*” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Ver párrafos 101-103.

97.- Ver Burgogue-Larsen supra en pp. 377-380.

II. LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

El artículo 105 de la Constitución de 1979 que transcribimos antes y que elevó a rango constitucional a los tratados relativos a derechos humanos no fue recogido por la actual Constitución (de 1993), pero ésta sí mantuvo otros principios como el de la “interpretación conforme”, así como las “cláusulas abiertas” que acabamos de referir y, por su puesto, la posibilidad de recurrir a instancias internacionales una vez agotada la vía interna⁹⁸. Además, naturalmente la Constitución de 1993 recogió el principio de la supremacía de la Constitución⁹⁹ y en consideración a este bagaje constitucional la jueza Saquicuray resolvió inaplicar en 1995 una primera Ley de amnistía¹⁰⁰ en favor de los militares encausados en la masacre de Barrios Altos, al considerar que la misma violaba la Constitución y la Convención Americana. La jueza ejerció el control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución, según el cual “(...) *En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*”

Posteriormente se aprobó una segunda Ley de amnistía prohibiendo su inaplicación por los órganos judiciales (ley 26942), lo que trajo la anulación de la resolución de la Jueza por la instancia superior¹⁰¹. Sin embargo, esta decisión de inaplicar leyes de amnistía inconvencionales fue seguida por diversas cortes en América Latina¹⁰² y, más tarde el Perú terminó siendo condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, empleando las mismas disposiciones, desde inicios de los años 2000 va a concluir de manera consolidada que, aun cuando no existe una disposición similar al artículo 105 de la anterior Constitución, es posible llegar a una conclusión equivalente de modo que “*los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además,*

98.- La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana establece que “*Las normas relativas a los derechos y a las 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 ratificados por el Perú.*”

99.- Artículo 51 de la Constitución peruana.

100.- Ley 26479 de 14 de junio de 1995.

101.- Ver explicación detallada del control difuso de la jueza Saquicuray en César Landa, “*El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza a Saquicuray*” *Ius et Veritas* 6(11), 171–179. Núm. 11 (1995)

102.- Ver evolución jurisprudencial en: Veronika BÍLKOVÁ, Anne PETERS & Pieter van DIJK, “*REPORT ON THE IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN DOMESTIC LAW AND THE ROLE OF COURTS*” adopted by the Venice Commission, 100th plenary session (Rome, 10-11 October 2014) (Study No. 690/2012- CDL-AD(2014)036)

*detentan rango constitucional.*¹⁰³ También hará explícita la vinculatoriedad interpretativa de las sentencias de la CIDH “*incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.*”¹⁰⁴ Este principio quedó además positivizado en el Código Procesal Constitucional del año 2004 y reproducido en el Nuevo del año 2021¹⁰⁵.

Pero en tiempos recientes van a ocurrir dos movimientos contrarios: De un lado, el año 2023 los jueces del Tribunal Constitucional vamos a discrepar sobre nuestro entendimiento de la obligatoriedad de cumplimiento de las resoluciones de supervisión de la CIDH. Quedamos en minoría quienes sostenemos que correspondía acatar las órdenes de esta instancia supranacional de no ejecutar el indulto al presidente Fujimori por resultar inconveniente¹⁰⁶. Y de otro lado, en noviembre de 2024, un Ley volvió a modificar el Código Procesal Constitucional para limitar la fuerza interpretativa vinculante de la jurisprudencia internacional en materia de DDHH, únicamente a los procesos donde sea parte el Perú¹⁰⁷.

CONCLUSIÓN

Quiero concluir señalando que a pesar de las “*idas y venidas*” del derecho interno en materia de derechos humanos y en particular las resistencias de algunos a su recepción, el solo estatuto constitucional de los tratados internacionales en derechos humanos con las variantes que hemos sintetizado funciona como un contrapeso que reconectará a los ciudadanos y ciudadanas con la evolución y universalización de los derechos humanos.

103.- Fundamento jurídico 26 de la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. N.O 0025-2005-PI y 0026-2005-PI/TC el artículo 22, inciso c), de la Ley N°26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (abril 2006)

104.- Fundamento jurídico 12 de la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N. 2730-2006-PA/TC, LAMBAYEQUE, ARTURO CASTILLO CHIRINOS (Julio 2006)

105.- Artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional de la Ley 31307

106.- Auto del Tribunal Constitucional EXP. N.° 02010-2020-PHC/TC 21 de noviembre de 2023 pedidos de aclaración en favor de Alberto Fujimori Fujimori

107.- Ley 32153 de 4 de noviembre de 2024.

SEGUNDO PANEL

“Control de convencionalidad y recepción de las sentencias de los tribunales internacionales”.



MESA DE TRABAJO 1

Recepción de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: el control de convencionalidad.



Nancy Yáñez Fuenzalida Pía¹⁰⁸

Integración del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.

El presente trabajo tiene por objeto examinar la forma en que el Tribunal Constitucional chileno ha integrado el derecho internacional de los derechos humanos en su jurisprudencia, particularmente en causas donde ejerce las competencias que le asigna el artículo 93 N° 6 de la Constitución, esto es requerimientos de inaplicabilidad de preceptos legales por inconstitucionalidad. El análisis se centra en identificar los criterios hermenéuticos utilizados por la magistratura constitucional, así como el impacto que dicha integración ha tenido en el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales.

Como punto de partida, es preciso recordar que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido tradicionalmente reconducida a la cláusula contenida en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución. Sin embargo, la interpretación del alcance de esta disposición dista de ser pacífica, tanto en la doctrina como al interior del propio Tribunal Constitucional, lo que ha dado lugar a una jurisprudencia marcada por tensiones y enfoques diferenciados.

Desde la perspectiva que se adopta en este trabajo, los tratados internacionales de derechos humanos han ido configurando progresivamente un verdadero baremo de constitucionalidad del sistema jurídico chileno. En tal sentido, estos instrumentos no solo cumplen una función integradora, sino que además proveen principios y estándares normativos relevantes para la interpretación del catálogo de derechos fundamentales y para el fortalecimiento de su protección jurisdiccional. Esta función ha sido reconocida de manera creciente por la jurisprudencia constitucional, cuya evolución resulta particularmente ilustrativa para comprender los alcances actuales de la argumentación constitucional en relación con la integración del derecho internacional de los derechos humanos.

108.- Ministra del Tribunal Constitucional de Chile desde el año 2022. Ejerció la presidencia de este tribunal entre los años 2022 y 2024. Es abogada de la Universidad de Chile, Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame. En forma previa a asumir el cargo de ministra fue directora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

Una primera cuestión para dilucidar es si la jurisdicción constitucional chilena ha ejercido un control de convencionalidad en su jurisprudencia. Para ello, el análisis se articula a partir de una distinción conceptual entre una concepción fuerte y una concepción débil del control de convencionalidad. En su acepción fuerte, este control supone un deber jurisdiccional de inaplicación o invalidación de aquellas normas internas que resulten incompatibles con los estándares convencionales en materia de derechos humanos, junto con un mandato de interpretación conforme del ordenamiento jurídico interno. En su concepción más débil, en cambio, el control de convencionalidad opera como una directriz programática dirigida principalmente a los poderes públicos no jurisdiccionales, orientada a la adecuación normativa interna y a la observancia de los compromisos internacionales del Estado.

Desde esta óptica, no se observa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un ejercicio sistemático de control de convencionalidad en sentido fuerte, orientado a garantizar la supremacía del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos. No obstante, sí es posible advertir una tendencia progresiva a la aplicación del derecho internacional convencional como mandato de interpretación conforme, en los términos derivados de la cláusula de integración del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución. Se trata, por tanto, de un ejercicio de hermenéutica constitucional que incorpora al razonamiento judicial normas, principios y valores provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, configurando una modalidad morigerada de control de convencionalidad.

Este enfoque conduce necesariamente a interrogarse sobre las fuentes de la interpretación constitucional. En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tendido a privilegiar una concepción relativamente restrictiva, que reduce el bloque normativo de referencia a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile. En general, el Tribunal se ha distanciado de una concepción más amplia subsumible en la noción acuñada en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que refiere al *corpus iuris* internacional, entendida como un conjunto integrado no solo por normas convencionales, sino también por otros instrumentos internacionales, tales como declaraciones o la interpretación fidedigna hecha por los órganos encargados de aplicar las normas de derecho internacional, concepción que ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 16, del 1 de octubre de 1999, párrafo 115.

Cabe tener en consideración que esta noción ampliada de *corpus iuris*, resulta particularmente relevante en la medida en que enriquece el ejercicio hermenéutico de los tribunales constitucionales y domésticos, permitiendo una interpretación evolutiva de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y una aplicación coherente del principio *pro homine*. Asimismo, se aviene con las reglas

de interpretación contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ampliando el espectro normativo relevante para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

En cuanto a la fundamentación observable en el razonamiento jurisdiccional del Tribunal Constitucional chileno con base en el derecho internacional de los derechos humanos, es posible identificar al menos un primer período jurisprudencial caracterizado por una interpretación restrictiva del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución (STC 804-07, c°12; 1288-08, c. 41°, 42° y 48°; 2387 (acumulada a 2388), c. 12°; 2493-13, c. 13°). En esta etapa, el Tribunal sostuvo que, si bien dicha norma contiene un mandato de respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ello no implica que los tratados internacionales de derechos humanos adquieran rango constitucional. Las consecuencias jurídicas de esta posición han sido ampliamente analizadas y criticadas en la doctrina, y se reflejan en una jurisprudencia no exenta de disensos internos, como puede apreciarse, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 2874-15, relativa a la constitucionalidad de la justicia militar a la luz del caso Palamara Iribarne vs. Chile, en cuyos considerandos se evidencian posiciones divergentes.

Pese a esta diversidad de enfoques, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional revela una utilización cada vez más consistente de los tratados internacionales de derechos humanos como criterios relevantes para la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento. Así, se ha invocado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, la Convención contra la Tortura, el Acuerdo de Escazú, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros instrumentos. (STC 11969-21; 13.164-22; 13.011-22; 13.053-22; 13.454-22; 14.900-23; 15.276-24; 15.664-24; 15.368-24, entre otras).

En la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha recurrido de manera creciente a la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana como criterio de interpretación, ampliando progresivamente la noción de *corpus iuris* relevante para el ejercicio hermenéutico constitucional. Ello ha permitido definir el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos a partir de una interpretación evolutiva, así como reforzar la idea de una protección multinivel de los derechos fundamentales, basada en la complementariedad entre el derecho internacional y el derecho interno. Para ello se ha utilizado el estándar interpretativo desarrollado tanto

en la jurisprudencia contenciosa de la convención, artículo 62 de la Convención Americana y también la consultiva en el artículo 64 del mismo instrumento, para interpretar en clave evolutiva los derechos fundamentales en el sistema normativo, pero también haciendo propia la idea de la protección multinivel, que conduce a la colaboración entre el derecho internacional y complementariedad entre el derecho internacional y el derecho nacional.

Esta tendencia se refleja, por ejemplo, en la jurisprudencia relativa al derecho a un justo y racional procedimiento, en la que el Tribunal ha incorporado los estándares derivados de la Convención Americana para examinar cuestiones como el plazo razonable y el derecho al recurso (STC 16.377-25; 16.072-24; 15.136-24; 13.294-22, entre otras). Asimismo, en materia de probidad y lucha contra la corrupción, el Tribunal ha efectuado un análisis sistemático a partir de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, reconociendo el impacto estructural de este fenómeno sobre la institucionalidad democrática, los derechos humanos y la confianza ciudadana (STC 13.951-23; 13.214-22).

De particular interés resulta también la jurisprudencia relativa al acceso a la información ambiental, en la que el Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter constitucional del principio de publicidad, tanto a partir del artículo 8° de la Constitución como de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Escazú. En diversos fallos (Roles N°s 13.053-22, 13271-22 y), el Tribunal ha incorporado tempranamente los estándares convencionales, así como la Opinión Consultiva N° 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desarrollo posterior en la jurisprudencia contenciosa del máximo órgano interamericano, reforzando la vinculación entre medio ambiente y derechos humanos.

En definitiva, la evolución jurisprudencial descrita da cuenta de un proceso de diálogo progresivo entre el Tribunal Constitucional chileno y el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, en el marco de una lógica de protección multinivel que busca armonizar el derecho internacional con el derecho constitucional interno. Si bien persisten desafíos relevantes -especialmente en relación con la interpretación de ciertos instrumentos internacionales de alta sensibilidad política, como el Convenio N° 169 de la OIT-, la jurisprudencia reciente muestra una apertura creciente y una superación paulatina de enfoques restrictivos anteriores.

En este contexto, es posible sostener que la jurisprudencia constitucional chilena se encuentra en un proceso de consolidación de estándares internacionales de derechos humanos como parte integrante de su razonamiento judicial, lo que evidencia un desarrollo más coherente y robusto del sistema constitucional de protección de derechos fundamentales.



ANDREA MUÑOZ SÁNCHEZ¹⁰⁹

Recepción de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: el control de convencionalidad.

I. INTRODUCCIÓN

Primero que todo, deseo expresar mi agradecimiento por la invitación realizada por el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Relaciones Exteriores para ser parte de este panel.

En este marco, me centraré en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de la justicia ordinaria, en particular, del modo en que la Corte Suprema ha incorporado la doctrina del control de convencionalidad.

Sin duda, es en relación con las decisiones adoptadas por los órganos judiciales que la Corte Interamericana analiza el derecho interno del Estado en cuestión, en conjunto con lo establecido por la Convención Americana, para resolver los casos sometidos a su conocimiento¹¹⁰. Se concreta así un diálogo y cooperación entre las jurisdicciones¹¹¹.

Este diálogo ciertamente promueve innovaciones y conlleva desafíos a los tribunales nacionales. Así, en la interacción entre el Poder Judicial y el sistema interamericano, la judicatura chilena no solo ha incorporado la jurisprudencia de la Corte Interamericana en sus decisiones, sino que también ha asumido un rol proactivo en la interpretación y aplicación del derecho interno conforme a los estándares de la Convención¹¹², concretando así el **control de convencionalidad**.

En cuanto al caso chileno, se han evidenciado deficiencias constitucionales que dificultan la implementación adecuada del control de convencionalidad en el país.

109.- Abogada de la Universidad de Chile. Profesora titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales por más de 20 años, donde también ejerció los cargos de Secretaria Académica, Decana Subrogante y Miembro del Consejo de la Facultad. Fue integrante del Consejo Directivo de la Academia Judicial; Fiscal de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional; miembro de la Comisión Nacional de Ética Pública y abogada integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago. Desde 2014 es ministra de la Corte Suprema, integra la Cuarta Sala de este Tribunal y está a cargo de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial

110.- CAMARILLO, Laura y ROSAS, Elizabeth. S/f. El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. [En línea] <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36250.pdf>> [Consulta: 21 de abril de 2025]. p. 129.

111.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Op. Cit. p. 521.

112.- Ibid. p. 522.

En relación con este punto, la profesora Miriam Henríquez ha destacado que la Constitución Política de la República de Chile: a) no define explícitamente la jerarquía de los tratados en general ni tampoco de derechos humanos en particular; b) no explicita el criterio de interpretación conforme a los derechos consagrados en tratados ni el criterio de interpretación pro homine; y c) no contiene una norma de incorporación de derechos implícitos. Al respecto, vale recordar que la única disposición en la Constitución chilena que podría interpretarse como una apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra en el artículo 5, inciso segundo, que establece que los derechos humanos, tanto los consagrados en la normativa constitucional como en los tratados internacionales, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía¹¹³.

Esta cláusula de apertura a las normas convencionales en derechos humanos ha sido activamente considerada por la Corte Suprema en el conocimiento y en la resolución de casos de vulneraciones a los derechos fundamentales.

Para ello, la Corte ha recurrido al artículo 5° inciso segundo de la Constitución, interpretándolo de forma sistemática junto a los artículos 1° y 19 N° 26 de la misma Carta Fundamental, y en coherencia con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas de ius cogens y lo prescrito en los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos ratificados por Chile¹¹⁴.

Así, en un relevante fallo sobre extradición pasiva dictado el 19 de noviembre de 2013 en la causa Rol N° 9031-2013, la Corte Suprema aplicó de manera expresa, por primera vez, el control de convencionalidad, señalando que este:

“(…) constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y ius cogens, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso”¹¹⁵.

113.- HENRÍQUEZ, Miriam y NÚÑEZ, José Ignacio. 2019. Control de convencionalidad en Chile. Un soliloquio en “el laberinto de la soledad”. En: HENRÍQUEZ, Miriam y MORALES, Mariela. 2019. El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile. Editorial DER, Chile. pp. 380-381.

114.- NOGUEIRA, Humberto y AGUILAR, Gonzalo. 2018. Control de convencionalidad interno. La aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, las jurisdicciones nacionales. Editorial Librotecnia, Chile. p. 62.

115.- CORTE SUPREMA, Rol N° 9031-2013, 19 de noviembre de 2013. Considerando décimo segundo. Disponible en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/j4fPPKxZw88sHGb>.

Por lo mismo, en lo que sigue, analizaré la evolución del concepto de control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Suprema, examinando tendencias y casos concretos que evidencian su aplicación y la manera en que el derecho internacional de los derechos humanos ha sido integrado.

II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

A partir de la interpretación del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, la Corte Suprema ha expresado en su jurisprudencia un concepto de control de convencionalidad que se remite directamente a lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“CUARTO: (...) los tribunales tienen la obligación de efectuar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención (...).

En tal sentido, la CIDH ha declarado que (...) el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”¹¹⁶.

En esa misma dirección, vale destacar lo resuelto por la Corte Suprema en el cumplimiento de la sentencia del caso “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile”, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 29 de mayo de 2014. El fallo interamericano, entre otras medidas, dispuso “adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias”.

Para cumplir con ello, en forma inédita, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, luego de la realización de una audiencia pública especial donde recibió las alegaciones orales de los intervinientes de las causas nacionales aludidas por la sentencia de la Corte Interamericana, acordó declarar que los fallos condenatorios citados habían perdido los efectos que les son propios.

La Corte Suprema argumentó su decisión en el ejercicio del control de convencionalidad:

“9° Que el mandato constitucional impone, igualmente, a los órganos del Estado la carga de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en virtud de lo cual la doctrina en materia de derechos humanos ha sido

116.- CORTE SUPREMA, Rol N°792350-2020, de fecha 15 de diciembre de 2020. Considerandos 4°. Disponible en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/GoENp2TWFsQgkqx>.

conteste en asignar a los jueces nacionales el deber de velar por el respeto y garantía de los derechos que los Estados parte del sistema tienen que concretar. Así, mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos, dependiendo las consecuencias de este análisis de las funciones que cada operador de justicia tiene, siendo obligación de todos, las autoridades e integrantes del Estado, interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por éste”¹¹⁷.

Por otro lado, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, en diciembre de 2020 y en abril del 2021, en el contexto de la discusión de diversos aspectos que podrían incorporarse en una nueva Constitución relacionados con el ejercicio de la jurisdicción, reflexionó sobre la aplicación del control de convencionalidad por los tribunales chilenos.

En este contexto, manifestó que, reconociendo “*el carácter supraconstitucional de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su debida aplicación por cada juez y jueza, estos y estas han de velar para que los efectos de las disposiciones de dichos instrumentos no resulten ensombrecidas por la aplicación de leyes internas contrarias a su objeto y fin, de manera que corresponde a toda la magistratura poner en ejercicio el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos sometidos a su conocimiento y la norma internacional de Derechos Humanos de que se trate*”¹¹⁸.

III. SENTENCIAS DESTACADAS

Como he señalado, en estas últimas dos décadas la Corte Suprema ha demostrado en su jurisprudencia una actitud crecientemente receptiva hacia la aplicación de normas convencionales.

Esta postura se ha visto reforzada, principalmente, por la intervención de la Corte en casos relacionados con graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar, en los que la aplicación de estándares internacionales ha sido determinante para evaluar la actuación del Estado y establecer responsabilidades, tanto penales como civiles. Este contexto ha propiciado un entorno favorable para el ejercicio del control de convencionalidad por parte del máximo tribunal.

117.- CORTE SUPREMA, AD- 1386-2014, 16 de mayo de 2019. Considerando 6°. Disponible en: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/C27Xq6t8ouhhEwW>.

118.- CORTE SUPREMA. Conclusiones Jornadas de Reflexión de la Corte Suprema Año 2021. AD-1088-2020. 17 de junio de 2021. Disponible en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/fHgyPwtYrRTEGt8>.

Asimismo, una consecuencia positiva y significativa de la incorporación de los estándares interamericanos en la resolución de conflictos ha sido la integración de la perspectiva de género en el ejercicio jurisdiccional, de la mano con los lineamientos contenidos en la “*Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial*”, aprobada por el Tribunal Pleno en febrero de 2018.

Considerando lo anterior, a continuación, analizaré fallos y materias relevantes en los que la Corte Suprema ha aplicado el control de convencionalidad, con especial énfasis en aquellos ligados a crímenes de lesa humanidad perpetrados en dictadura, así como en la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos a mujeres privadas de libertad.

a) Influencia del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de justicia transicional

En primer lugar, en casos de violaciones de derechos humanos perpetrados en dictadura, es preciso mencionar aquellas materias en que el máximo tribunal ha hecho aplicación expresa del control de convencionalidad, aludiendo y refiriéndose en sus sentencias directamente a este instituto.

Del mismo modo, también es preciso mencionar el ejercicio de convencionalidad implícito emprendido por la Corte Suprema, en la medida en que ha formulado en importantes líneas jurisprudenciales la necesidad de evaluar la adecuación de las normas internas a las normas convencionales, sin hacer un reconocimiento expreso de la figura del control de convencionalidad.

Hecha esta distinción revisaré, primero, aquellos casos destacados que expresan tendencias de jurisprudencia en los que la Corte Suprema ha realizado un reconocimiento expreso del control de convencionalidad.

En este grupo cabe incluir la revisión que la Corte realizó respecto de sentencias condenatorias que fueron dictadas por Consejos de Guerra en dictadura, en atención a lo señalado en las sentencias del caso “*Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*”¹¹⁹, así como respecto de la evaluación de la excepción de cosa juzgada para ejercer la acción civil reparatoria en caso de crímenes de lesa humanidad perpetrados en el mismo período de tiempo.

En primer lugar, y en relación con la sentencia interamericana, hay que recordar que la Corte IDH ordenó al Estado poner a disposición de las víctimas un mecanismo efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en su perjuicio, en procesos que pudieron tomar en cuenta prueba y/o confesiones obtenidas bajo tortura.

119.- Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Accesible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_300_esp.pdf.

El mecanismo dispuesto en este caso fue el recurso de revisión penal, que habilita a la Corte Suprema para revisar extraordinariamente las sentencias firmes en que se haya condenado a alguien por un crimen o simple delito para anularlas, cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que sean de tal naturaleza que basten para establecer la inocencia del condenado.

De este modo, el antecedente nuevo alegado en los recursos de revisión presentados en este contexto se refirió precisamente a la adopción, por parte de la Corte Interamericana, de la sentencia en el Caso “*Maldonado Vargas y otros Vs. Chile*”.

En este sentido, es relevante considerar lo resuelto por la Corte Suprema en el caso Rol N°27543-2016, de 3 de octubre de 2016. En este fallo, el máximo tribunal asumió la obligación jurídica determinada por el control de convencionalidad interno de hacer cumplir de buena fe las obligaciones convencionales con la voluntad de hacerlas efectivas, concretando el derecho a un recurso efectivo precisado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

*“Undécimo: En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (...)”*¹²⁰.

Así las cosas, la Corte Suprema, al conocer de los recursos de revisión presentados por las víctimas, reconoció expresamente el control de convencionalidad como un deber de adecuar las normas internas a las convencionales, a fin de asegurar su efecto, cuestión que además corresponde a una labor que precisa ser ejecutada ex officio por el Poder Judicial.

Por otro lado, la Corte Suprema también se ha pronunciado expresamente respecto del control de convencionalidad en casos sobre reparación civil relativos a casos de violaciones de derechos humanos perpetrados en dictadura. En particular, la Corte Suprema ha dejado sin efecto la aplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que regula la excepción de cosa juzgada, cuando ha estimado que la preservación de un derecho fundamental así lo requiere para mantener su vigencia y respecto.

A través del ejercicio manifiesto de control de convencionalidad, la Corte Suprema determina que las normas internas relativas a la excepción de cosa juzgada no pueden prevalecer sobre las reglas propias del derecho internacional

120.- CORTE SUPREMA, Rol N°27543-2016, de fecha 3 de octubre de 2016. Considerando 11°. Disponible en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/zsDj7R4nsaTCcZF>.

de derechos humanos que ordenan, en este caso, el deber de reparar íntegramente las graves violaciones a los derechos humanos derivadas de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Por otra parte, como adelantábamos, es relevante señalar también algunos casos en que la Corte Suprema ha ejercido el control de convencionalidad en sentencias y decisiones, aun cuando no mencione expresamente esta figura.

Dentro de las temáticas en que el máximo tribunal ha desarrollado una jurisprudencia integradora de las normas convencionales, es posible mencionar la imprescriptibilidad de la acción penal en crímenes de lesa humanidad, la inaplicabilidad del decreto ley de amnistía y el rechazo de la aplicación de la prescripción parcial o “*media prescripción*” en casos de delitos de lesa humanidad perpetrados en dictadura.

En el caso de la imprescriptibilidad de la acción penal, la Corte Suprema ha aplicado directamente los convenios de Ginebra, a fin de dejar sin aplicación las normas comunes de prescripción de la acción penal¹²¹.

Por otro lado, en el caso de la aplicación del Decreto Ley 2.191, la Corte ha rechazado su concurrencia considerando distintos argumentos, los cuales se relacionan con la prevalencia de las normas del derecho internacional de los derechos humanos por sobre disposiciones internas que puedan obstaculizar o impedir las investigaciones penales respecto de los crímenes de lesa humanidad favoreciendo la impunidad de los eventuales hechos¹²².

Finalmente, y respecto del empleo de la media prescripción en casos de delitos de lesa humanidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema también ha reconocido la primacía de las normas del derecho internacional de los derechos humanos para descartar su aplicación, considerando dentro de sus argumentos tanto la plena aplicación del derecho internacional que impone al Estado de Chile la obligación de declarar la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad en cuya prohibición debe incluirse la media prescripción, así como la afectación al principio de proporcionalidad de la pena que implica la aplicación de la prescripción gradual¹²³.

121.- En ese sentido, ver sentencias de la Corte Suprema Roles N°17.518-2019, 10.622-2019, 26.419-2018, 33.547-2018 y 29.534-2018. Estos fallos se encuentran disponibles en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/GkTTzcg6xoQG28Z>.

122.- Al respecto, ver sentencias de la Corte Suprema Roles N°20.983-2020, 43.575-2020 y 144.242-2020. Estos fallos se encuentran disponibles en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/RD53CFCBmtsSDHR>.

123.- Durante el año 2024, la Corte Suprema dictó 18 sentencias en la materia. En todos los fallos detectados el máximo tribunal denegó la aplicación de la media prescripción o prescripción gradual. Tales corresponden a las siguientes sentencias de la Corte Suprema: Roles N°5.321-2022, 85.178-2020, 85.173-2020, 20.856-2020, 65.364-2021, 1.537-2020, 89.037-2021, 65.353-2021, 104.843-2023, 14.483-2021, 63.418-2021, 44.144-2020, 135.568-2020, 31.940-2022, 22.276-2022, 10.047-2022, 63.094-2020, 112.449-2020. Estos fallos se encuentran disponibles en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/LQFQc5QjRt7TaAB>.

Debido a esta argumentación es que la Segunda Sala de la Corte no ha dado lugar a la media prescripción en delitos de lesa humanidad desde el 31 de enero de 2020¹²⁴.

b) Influencia del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de los derechos de las mujeres privadas de libertad

En los últimos años, el sistema internacional de protección de los derechos humanos ha promovido la adopción de estándares específicos de igualdad de género para las mujeres privadas de libertad, los que, en consonancia con el compromiso demostrado por la Corte Suprema con el principio de igualdad y no discriminación, han dado lugar a una creciente y progresiva jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, que visibiliza elementos que concretan la discriminación contra las mujeres, niñas y demás poblaciones en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres privadas de libertad, aplicando tratados internacionales e instrumentos internacionales de diferente índole.

A nivel interamericano, destaca la Opinión consultiva OC-29/22, de 30 de mayo de 2022, sobre *“Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad”*.

A pesar de que estos estándares han sido invocados por las defensas en el proceso penal chileno durante la última década, su aceptación y aplicación en los tribunales se consolidó a raíz de la pandemia de COVID-19, principalmente a través de apelaciones y recursos de amparo.

Inicialmente, los argumentos se centraban en la situación de mujeres embarazadas o madres lactantes, pero gradualmente se extendieron a otras mujeres en condiciones de vulnerabilidad, como aquellas con enfermedades graves, adultas mayores, madres de hijos con enfermedades o personas pertenecientes a diversas identidades sexogenéricas¹²⁵.

A continuación, se destacarán fallos relevantes dictados por la Corte Suprema en dos momentos: i) la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, y ii) la sustitución de las penas privativas de libertad por el arresto domiciliario.

En relación con la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, se han dictado fallos en los que, basándose en la normativa internacional de protección de los derechos de las mujeres privadas de libertad, se ha dejado sin efecto esta medida en casos de mujeres embarazadas, especialmente cuando el embarazo es de riesgo, o cuando sus hijos padecen enfermedades o requieren

124.- Sentencia Corte Suprema, Rol N°8.065-2018, de fecha 31 de enero de 2020.

125.- Ponencia presentada por la Ministra de la Excm. Corte Suprema, Sra. Jessica González Troncoso, en el panel N° 4 sobre Mujeres privadas de libertad, del Encuentro Regional: “Aplicación de la Prohibición de la Tortura: el rol de la judicatura en su prevención con perspectiva de género”, celebrado el día 05 de diciembre de 2024 en Santiago de Chile.

cuidados especiales, ya sea que se encuentren privados de libertad junto a ellas o fuera del recinto penitenciario. Estas decisiones judiciales, al hacer referencia a la normativa internacional, han considerado que la necesidad de cautela puede ser satisfecha con medidas menos restrictivas, como el arresto domiciliario¹²⁶.

En esta materia destaco un reciente fallo dictado por la Corte Suprema en la causa Rol N° 7510-2025, de fecha 25 de marzo de 2025, en el que se acogió el recurso de amparo presentado por la defensa, dejando sin efecto la medida de prisión preventiva y sustituyéndola por la privación de libertad total en el domicilio de la imputada.

En este fallo, y en virtud de lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y las Reglas de Bangkok, el máximo tribunal expresó lo siguiente:

“7°) Que, en el caso en estudio, según aparece del mérito de los antecedentes, la amparada permanece actualmente en prisión preventiva en el centro penitenciario, con un hijo de pocos meses de vida y que ha sufrido un cuadro de endometriosis, por lo que existe un riesgo de salud para ella por las precarias condiciones en que se encuentra;

8°) Que, en este contexto, conforme a las disposiciones reseñadas precedentemente, mantener la medida cautelar respecto de la amparada en un recinto carcelario, puede generar graves perjuicios para su salud y la de su hijo, lo que obliga a esta a Corte a adoptar medidas con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, implican dejar sin efecto la medida de prisión preventiva, sustituyendo dicha cautelar, por la privación de libertad total en el domicilio de la imputada”¹²⁷.

Por otro lado, en cuanto a la sustitución de penas privativas de libertad por arresto domiciliario total, se observa que, durante la emergencia del COVID-19, algunas Cortes de Apelaciones, reconociendo la especial vulnerabilidad de las mujeres privadas de libertad, accedieron a esta modificación.

A pesar de la ausencia de normativa interna expresa, la medida se justificaba en virtud del control de convencionalidad y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile. En estos casos, se invocó el derecho a la salud y a la vida digna de las reclusas y sus hijos. Este criterio se extendió posteriormente a casos postpandemia, siendo aceptado por la Corte Suprema, inicialmente en votos

126.- Ibid.

127.- CORTE SUPREMA, Rol N° 7510-2025, de fecha 25 de marzo de 2025. Considerandos 7° y 8°. Disponible en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/GywtMYfSWKWEKt>.

de minoría, los cuales con el tiempo han alcanzado mayoría y, en algunos casos, incluso la unanimidad¹²⁸.

Un ejemplo de esto es el fallo de la Corte Suprema dictado en la causa Rol N° 9886-2024, de fecha 20 de marzo de 2024, en el que se acogió de manera unánime un recurso de amparo presentado en favor de una mujer migrante que no recibió atención médica adecuada durante los días previos al parto y dio a luz en condiciones insalubres e indignas. En este caso, la Corte ordenó la sustitución del cumplimiento restante de la pena privativa de libertad por arresto domiciliario total.

En esta sentencia, el máximo tribunal aplicó el control de convencionalidad señalando:

“1°) Que si bien en la legislación nacional no hay precepto que autorice expresamente la sustitución de la pena de presidio por un arresto domiciliario total, debe recordarse que, por mandato del inciso 2°, del artículo 5 de la Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2°) Que, en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional entre la que se destaca primeramente y a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y, con posterioridad, y mayor especificidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará).

En este contexto, particularizando el tratamiento internacional, deben colacionarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) (...).

4°) Que, por lo demás, debe tener presente en el caso de marras —dado que la hija lactante de la amparada permanece junto a ella al interior del recinto penitenciario—, lo preceptuado en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, en orden a que en todas aquellas medidas concernientes a los niños que adopten, entre otros, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá el interés superior del niño como consideración primordial¹²⁹.

128.- Ponencia presentada por la Ministra de la Excm. Corte Suprema, Sra. Jessica González Troncoso. Op. Cit.

129.- CORTE SUPREMA, Rol N° 9886-2024, de fecha 20 de marzo de 2024. Considerandos 1°, 2° y 4°. Disponible en el siguiente enlace: <https://cloud.pjud.cl/index.php/s/HbEkBCJ4WqGKTnK>.

De acuerdo con estos estándares, la Corte Suprema concluyó:

“6°) Que, en este contexto, conforme a las disposiciones reseñadas precedentemente, mantener la ejecución de la condena de la amparada en el interior de un recinto carcelario, dados los graves perjuicios que conlleva para el desarrollo y vida futura de su hija, obliga a esta Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, es la suspensión del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente cumple la amparada, sustituyendo dicha forma de satisfacción de la sanción, por el de arresto domiciliario, máxime si es la propia Carta Fundamental la que reconoce en su artículo 19, N° 7, letra d) que la privación de libertad puede materializarse en el domicilio de una persona, lo que se condice de mejor manera con las circunstancias personales descritas anteriormente y la normativa internacional sobre la materia”.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Nuevamente, agradezco la invitación realizada por el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Relaciones Exteriores para participar de este panel.

Me parece que la complejidad del tema expuesto, en cuanto las materias que alcanza, así como su dinamismo a lo largo del tiempo, precisa que su doctrina y aplicación sea revisada, discutida y promovida regularmente.

En el Poder Judicial, tanto el ejercicio del control de convencionalidad como la aplicación y el cumplimiento de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son temas recurrentes en las discusiones y reflexiones que se desarrollan en los distintos niveles de la magistratura. Esto responde a la conciencia del deber internacional que recae especialmente sobre este poder del Estado, en la garantía y protección de los derechos humanos.

Espero que estas reflexiones hayan sido de utilidad y provecho para esta instancia, conformada por colegas y miembros de tribunales que, al igual que la Corte Suprema que represento, ven en su labor el desafío de dar cumplimiento al mandato de defender los derechos de los justiciables, en especial aquellos relativos a sus derechos fundamentales.

Muchas gracias.



RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE¹³⁰

Recepción de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos por la jurisdicción ordinaria y la constitucional: el control de convencionalidad.

Este panel convoca a introducirse en un tema polémico, pero que, considerando las bases del orden jurídico interno e internacional, se aprecia que los problemas que plantea pueden ser abordados a partir de una sólida base interpretativa.

Actualmente el dualismo jurídico ha sido superado y hoy se puede pensar en sistemas jurídicos interrelacionados de reconocimiento y protección de los derechos humanos que responden a valores y principios universalmente admitidos y que se articulan a nivel doméstico, regional y universal y se nutren recíprocamente de sus aportes a partir de lo que se ha denominado “*el diálogo de tribunales*”. a cuestión, entonces, radica en determinar cómo se articulan y coordinan para lograr el fin último de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas.

Se hará referencia en primer término a un primer período anterior al Caso Almonacid Arellano y las respuestas que daban los tribunales nacionales a la aplicación de los tratados sobre derechos humanos y a la interpretación que de las mismas realizan los tribunales internacionales. Posteriormente se abordará el desarrollo del control de convencionalidad, se hará una referencia al abordaje en Chile y se propondrán algunas conclusiones.

I. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES PREVIO AL CASO ALMONACID ARELLANO

Se puede decir que, a partir de distintas formas de incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cada sistema nacional, los tribunales dieron señales muy claras en torno al deber jurídico de aplicarlo en sus sentencias.

Si el control de convencionalidad supone un diálogo o cooperación entre la jurisdicción interna e internacional, entonces es relevante considerar la respuesta que ha tenido esta doctrina en los tribunales domésticos.

130.- Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) de Uruguay. Presidió la SCJ en 2016. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 2019 (mandato hasta 2031). Presidente de la Corte IDH años 2023/2024.

Pues bien, analizando la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales y Altas Cortes de la región se advierte que, pese a la consagración sin hesitaciones del control de convencionalidad en el año 2006 por la Corte IDH¹³¹, de forma previa, varios órganos jurisdiccionales internos de Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) aplicaban las mismas consecuencias, sin denominarlo con el término actual.

Esto es importante porque permite apreciar que el control de convencionalidad no se erige como una imposición de un tribunal internacional a los Estados de forma arbitraria o injustificada; sino que surge de la propia dinámica y esencia de los derechos humanos que supone la interacción y el intercambio de interpretaciones y saberes y que se explica por la común esencia de su contenido (la dignidad humana).

Es decir, encuentra su razón de ser en la propia naturaleza de los derechos fundamentales, que rompe el paradigma de la teoría clásica de la soberanía de los Estados.

Ingresando al análisis de fallos en el ámbito interno de los Estados del SIDH, cabe citar algunos de interés.

Antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) entendía que la interpretación de la Convención a nivel interno debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH¹³².

En el caso Giroidi, la CSJN señaló que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debía servir de guía en la interpretación de las normas convencionales, máxime porque el Estado había reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH¹³³.

Al año siguiente de la sentencia del Caso Almonacid Arellano (2007), en el caso Mazzeo¹³⁴ reflejó las conclusiones a que arribó la Corte IDH respecto del control de convencionalidad. Pero, de forma previa, recordó su jurisprudencia desde el caso Ekmekdjian por el que la interpretación de la Convención debe basarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Además, señaló la importancia de estos principios en la génesis de la reforma constitucional de 1994: “[q]ue la integración de estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona [...] fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente

131.- Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 124

132.- Vide, a este respecto, el caso Ekmekdjian c./ Sofovich.

133.- CSJN. Giroidi, Horacio D. y otro. CSJN 04/07/1995. LL 1995 D-463.

134.- CSJN. Mazzeo, Julio Lilio y otros. Recurso de casación e inconstitucionalidad CSJN 13/07/2007.

*a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma*¹³⁵.

La conclusión en este fallo es de claridad meridiana: *“en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esta clase de delitos”*¹³⁶. Por lo que, se aprecia que, es a partir del diálogo y las consideraciones que habían hecho la Corte IDH, el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos que, sumado a las normas constitucionales, concluye en tal veredicto.

En el sistema peruano, es relevante el Caso Vera Navarrete en el que el Tribunal Constitucional indicó que existe un mandato imperativo para todas las autoridades sobre la aplicación de las normas consagradas en los tratados y su jurisprudencia. Se lee entre sus considerandos: *“[e]l Perú ha recogido esta obligación jurídica [refiriéndose a la obligación de respeto del núcleo inderogable de derechos] al disponer [...] que 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”*¹³⁷.

Lo relevante es que este fallo es previo al caso Almonacid Arellano (2004), pero de igual forma se indica que la interpretación en derechos humanos implica que *“toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales [...] así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito”*¹³⁸.

Luego, merece especial mención el caso Castillo Chirinos¹³⁹, en el cual el Tribunal reiteró su posición respecto de que las sentencias de la Corte IDH que interpretan la Convención Americana son vinculantes para todos los poderes públicos, incluyendo al propio Tribunal Constitucional, aunque el Estado no haya sido parte en el proceso. En ese caso, *inter alia*, señaló que *“[l]a vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que [...] la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional”*¹⁴⁰. Ya en ese caso se señala, asimismo, que no se trata de una relación de jerarquía entre tribunales internacionales e internos, sino en una relación de colaboración en virtud del principio *pro persona* en materia de derechos humanos.

135.- CSJN. Op. Cit. Considerando 18.

136.- CSJN. Op. Cit. Considerando 29.

137.- Tribunal Constitucional de Perú. Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete. Exp. 2798-04-HC/TC (9/12/2004) Considerando 7.

138.- Tribunal Constitucional de Perú. Op. Cit. Considerando 8.

139.- Tribunal Constitucional de Perú. Arturo Castillo Chirinos. Exp. 2730-2006-PA/TC (21/07/2006).

140.- Tribunal Constitucional de Perú. Op. Cit. Considerando 12.

En Costa Rica, por su parte, la Sala Constitucional ha reiterado desde 1990¹⁴¹ que los derechos humanos consagrados en sede de derecho internacional forman parte de los derechos fundamentales de Costa Rica y prevalecen o se aplican sobre la Constitución, cuando implican mayores derechos o garantías que la norma constitucional¹⁴². Esto no es sino la aplicación del principio pro persona que la Convención Americana recoge en su artículo 29.

En otra oportunidad ha señalado que: “[c]abe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas (...) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) no tiene únicamente un valor superior a la Ley (...) sino que sus disposiciones, en la medida que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre estos”¹⁴³.

En una sentencia reciente ha sostenido que, si la Corte IDH es el órgano natural para interpretar la Convención, “la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio el mismo valor que la norma interpretada [...] De ahí que todas las decisiones de la Corte Interamericana [...] son vinculantes para el Estado costarricense, aunque no sea parte de los litigios”¹⁴⁴.

En El Salvador –también de forma previa al caso Almonacid- se ha tratado la cuestión en forma similar. Así, se ha indicado que: “debe reconsiderarse el status interno del DIDH, a partir del prisma dignidad humana, puesto con ello se preconiza una apertura a la protección efectiva de ésta. De este modo, la integración normativa entre el Derecho Constitucional y el DIDH [...] es jurídicamente viabilizada por la coincidencia de sus objetivos [...] [L]a confluencia entre la Constitución y el DIDH en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y, por tanto, el derecho interno [...] debe abrir espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos”¹⁴⁵.

141.- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre de 1990 Exp. 90-000208-0007-CO. En el mismo sentido, véase del mismo tribunal la sentencia No. 3435-92 de 11 de noviembre de 1992 y su aclaración No. 5759-93. Exp. 91-002695-0007-CO.

142.- Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 5165-04 de 14 de mayo de 2004. Exp. 03-005198-0007-CO. Considerando V.

143.- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia No. 18884-08 de 19 de diciembre de 2008. Exp. 08-012101-0007-CO. Considerando III in fine.

144.- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 2313-95 de 31 de mayo de 2022. Exp. 22-007977-0007-CO.

145.- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador. Sent. 52-2003/56-2003/57-2003 (1/04/2004), p. 98.

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia también ha señalado que la jurisprudencia internacional deviene una pauta relevante a la hora de interpretar el alcance de los tratados y de los derechos constitucionales¹⁴⁶. Ya desde el año 2002, referido a las leyes sobre violaciones de derechos humanos, en la sentencia C-288 había indicado que las medidas que impidieran a las víctimas conocer la verdad, eran contrarias a la Convención. En la sentencia CC-442 del 25 de mayo de 2011 señaló que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación “auténtica” de los derechos de la Convención Americana, que integran el parámetro del control de constitucionalidad.

En conclusión, en varios Estados la jurisprudencia de sus máximos órganos aplicaba directamente no solamente los tratados, sino la interpretación que de los mismos realizan los tribunales internacionales competentes, antes de que la Corte adoptara estos razonamientos en el Caso Almonacid Arellano.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU DISEÑO POR LA CORTE IDH

A partir de tales consideraciones, se ingresará al advenimiento, con Almonacid Arellano, del instituto del control de convencionalidad de manera sintética.

En pocas palabras, se podría convenir que el control de convencionalidad constituye una obligación de todos los operadores del derecho de realizar un control de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, formulado por los órganos del Sistema Interamericano en desarrollo de las normas contenidas en la Convención Americana.

Este control se fundamenta en el derecho internacional de los tratados; en particular la obligación de interpretación y cumplimiento de buena fe (*pacta sunt servanda*)¹⁴⁷; la imposibilidad de invocar normas de derecho interno para incumplir una obligación internacional¹⁴⁸; el principio de efecto útil de los tratados¹⁴⁹ y el artículo 62.3 de la Convención Americana que reconoce a la Corte el carácter de intérprete última de la Convención.

La actual delimitación del concepto surge a partir de los casos Almonacid Arellano y otros Vs. Chile y Gelman Vs. Uruguay, en los que la Corte IDH señaló que cuando un Estado es Parte de un tratado como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces están sometidos a él y deben velar por la aplicación de las normas convencionales.

146.- Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sent. T-1319/01 (7/12/2001) Considerando 13.

147.- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), Artículo 26.

148.- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), Artículo 27.

149.- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/Conf.39/11/Add.2. “[...] en la medida en que [el principio del efecto útil] refleja una norma general de interpretación, la máxima está incluida en el párrafo 1 del artículo 27” –hoy 31 de la Convención.Ppárr. 41.

En tal oportunidad la Corte señaló que existía un deber de las autoridades estatales de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención, en el marco de su competencia y tomando en cuenta no solo las disposiciones del tratado, sino también la interpretación que de ella hiciera la Corte¹⁵⁰. No solo comprende la Convención, sino también deben considerarse otros tratados de derechos humanos y la interpretación que de ellos haya hecho el tribunal¹⁵¹ e impone al Estado el deber de instruir a las autoridades en el conocimiento de estas cuestiones¹⁵².

El control de convencionalidad, lejos de suponer una violación a los efectos de la relatividad de la cosa juzgada, constituye el mecanismo del SIDH para adecuar y maximizar la protección regional de los derechos humanos a partir de la colaboración entre las autoridades internas y los órganos del Sistema, de conformidad al principio de complementariedad previsto en el propio Preámbulo del Pacto de San José.

De esta forma, en toda sentencia recaída en un caso contencioso se puede diferenciar un doble contenido: por una parte, es íntegramente vinculante a las partes del proceso, donde cobrará importancia no sólo la eventual declaración de responsabilidad internacional del Estado, sino también la condena a las reparaciones; lo que no es sino aplicación del principio de relatividad de la cosa juzgada, en forma similar a lo que ocurre en sede doméstica.

Pero, por otra parte, y en forma simultánea, los aspectos considerativos, de motivación o interpretativos de la Convención Americana o del *corpus iuris* interamericano irradian sus efectos a todos los Estados parte, trascendiendo el litigio en particular y deviniendo imperativos en virtud de la noción de “*cosa interpretada*”¹⁵³.

Es en virtud de este fundamento que el tribunal ha precisado que el control de convencionalidad no solo se debe realizar a partir de la interpretación de la Corte vertida en el marco de procesos contenciosos.

Así, en la Opinión Consultiva No. 25 de 2018 (OC-25/18) sobre el derecho al asilo señaló que comprende también la interpretación de la Corte plasmada a

150.- Cfr. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Párr. 193.

151.- Cfr. Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250. Párr. 262.

152.- Cfr. Corte IDH. Caso Gutiérrez y familia Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271. Párr. 168 y punto resolutivo 10.

153.- Cfr. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Párr. 67.

través del ejercicio de la competencia consultiva, en tanto comparte el fundamento o propósito de protección de los derechos fundamentales¹⁵⁴.

Esto es crucial en el actual contexto, marcado por el trámite ante la Corte de diversas opiniones consultivas, incluida la solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática, planteada por el Estado de Chile junto con Colombia.

Aunado a lo que viene de decirse, es de hacer notar que la Corte no ha sido ajena a los diversos modelos de control de constitucionalidad que el derecho interno puede prever y su incidencia en el control de convencionalidad. Sin embargo, el diseño institucional no puede constituirse en un obstáculo para la inobservancia de los estándares interamericanos y la efectividad de las normas sobre derechos humanos¹⁵⁵.

En este sentido, en el Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile la Corte indicó que el deber de ejercer el control de convencionalidad no solo recae sobre la Corte Suprema, sino que también abarca a todas las instancias judiciales a fin de prevenir violaciones a los derechos humanos.

Esta faceta preventiva del control de convencionalidad ha sido destacada también en el caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile del año 2020, en el cual la Corte señaló que “[l]os jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a los derechos [...] o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana”¹⁵⁶.

A partir de la jurisprudencia reciente podemos advertir también una función adicional de este instituto, no sólo ya en una dimensión “preventiva” o de mera adecuación normativa. El control de convencionalidad cumple también una función en materia de reparaciones, sirviendo de adelanto de las medidas ordenadas por la Corte o de anticipo de cumplimiento al ser aplicado por las autoridades nacionales. Así, en el Caso Baraona Bray vs. Chile la Corte ordenó que mientras se adoptaban los cambios normativos impuestos como garantías de no repetición; era necesario que las autoridades tomaran en cuenta los estándares sobre libertad de expresión vertidos en la sentencia al momento de resolver sobre querellas por injurias¹⁵⁷.

154.- Cfr. Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. Párr. 58-59.

155.- Cfr. Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372. Párr. 135.

156.- Cfr. Corte IDH. Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409. Párr. 93.

157.- Cfr. Corte IDH. Caso Baraona Bray Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481. Párr. 175.

Finalmente quisiera remarcar que a partir del caso CAJAR vs. Colombia, la Corte ha brindado nuevos lineamientos sobre la aplicación del control de convencionalidad y su conjunción con el principio pro persona y las pautas interpretativas propias en materia de derechos fundamentales. Así, en esta sentencia, el tribunal interamericano señaló que *“el control de convencionalidad exige efectuar una interpretación conjunta del derecho interno y el derecho internacional en aras de privilegiar lo que resulte más favorable para la protección de los derechos”*¹⁵⁸ Ello supone que la aplicación del control de convencionalidad no necesariamente va dirigida a la inaplicación de la norma interna, sino también y principalmente a la construcción de una interpretación *“conforme”* la Convención Americana y los lineamientos jurisprudenciales de la Corte.

En suma, el desarrollo del control de convencionalidad es la respuesta de la Corte Interamericana a un mismo tema que como vimos habían abordado y resuelto varios tribunales nacionales y que va en el mismo sentido y por similares fundamentos. No obstante, como también he referido, tiene una sólida base en el Derecho Internacional de los Tratados.

Es una postura en función de un enfoque de DIDH y que refirma el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados en los tratados de derechos humanos y a la interpretación que de estos hace la Corte en sus decisiones, en el ejercicio de su competencia.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE

Finalmente, pidiendo disculpas desde ya por posibles errores, en este estado de la cuestión es necesario abordar las normas de incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico chileno.

Quisiera remarcar lo que dispone el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Política de Chile:

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

En la doctrina, se ha entendido que de esta normativa se deriva una protección especial a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Existe una discusión sobre si esta regulación otorga a este tipo de tratados igual jerarquía que la Constitución Política o si simplemente los coloca sobre las leyes ordinarias.

158.- Corte IDH. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506. Párr. 649.

El Tribunal Constitucional chileno ha adoptado un control represivo de constitucionalidad, según el cual los tratados internacionales sobre derechos humanos son infra constitucionales pero supralegales en la pirámide normativa¹⁵⁹.

Por su parte, la Corte Suprema de Chile ha hecho alusiones concretas al control de convencionalidad. El primer fallo en que se refirió a dicha doctrina es la sentencia del 19 de noviembre de 2013, en la cual definió al control de convencionalidad como la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los casos concretos de que conocen los jueces nacionales y, al mismo tiempo, como el deber de estos últimos de interpretar la normativa interna conforme al Derecho Internacional. Por otro lado, el 3 de octubre de 2016 emitió una sentencia en cumplimiento del caso Maldonado Vargas vs. Chile, en la cual se refirió al control de convencionalidad como un control de compatibilidad entre normas, en el sentido de la interpretación conforme que deben realizar los jueces respecto de la Convención Americana.

Finalmente, el 16 de mayo de 2019, en cumplimiento de la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia Norín Catrimán y otros vs. Chile, la Corte Suprema señaló que el control de convencionalidad corresponde a la obligación de las autoridades e integrantes del Estado de interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por este¹⁶⁰.

Más recientemente, en la sentencia Rol N° 33.316-2019, la Corte Suprema se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana para definir los elementos del control de convencionalidad. Según indicó, este consiste en:

- a) verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Comisión (sic) Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás Tratados Interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el Tratado, sino que también la jurisprudencia de la CIDH y los demás Tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH, o bien, su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

159.- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol 346-2002 de 8 de abril de 2002. Ver también: Sentencia roles 2387-2012 y 2388-2012 acumulados, de 23 de enero de 2013.

160.- Cfr. Miriam Henríquez. "La (di)símil concepción de la Corte Suprema sobre el control de convencionalidad". 7 de agosto de 2020.

En ese mismo fallo, la Corte Suprema indicó que el control de convencionalidad comprende tanto “*la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás Tratados Interamericanos de los cuales el Estado sea parte*”. Se advierte que excluyó del control de convencionalidad la aplicación de las opiniones consultivas de la Corte, en forma contraria a lo sostenido por la Corte IDH frente al argumento de las partes que invocaba la Opinión Consultiva 24/17 como parte integrante del control de convencionalidad.

IV. A MODO DE CIERRE

De lo que hemos desarrollado en estas breves líneas podemos concluir varios aspectos del control de convencionalidad.

En forma contraria a lo que sostienen voces críticas del instituto, se puede apreciar que los tratados de derechos humanos y la interpretación que lo Corte IDH realiza, constituyen elementos que los tribunales nacionales han considerado derivados de los compromisos internacionales de los Estados aceptados en sus normas constitucionales incluso antes que lo adoptara la Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano.

El control de convencionalidad es un instituto que permite pensar la protección de los derechos humanos en la región como un sistema basado en normas de origen internacional y nacional que se complementan e interaccionan; dado que tienen el mismo fundamento: el imperativo jurídico derivado de la consagración de la dignidad humana.

La Corte IDH apuesta cada vez más al diálogo inter jurisprudencial, citando en sus decisiones sentencias nacionales y actuando en instancias de debate, capacitación y en instituciones comunes; lo que permite apreciar que el diálogo de tribunales es multidireccional y se enriquece recíprocamente.

El control de convencionalidad permite que cada juez o jueza nacional actúe también como un juez interamericano, es decir un juez que aplica la normativa y doctrina internacional de forma articulada, armoniosa y conjunta con las de origen nacional a través de lo que se ha denominado la interpretación “*desde*” y “*conforme*” la Convención Americana.

Así será, sin perjuicio de la forma de control de constitucionalidad vigente en cada país.

En sistemas de control de constitucionalidad concentrado, es claro que también allí las demás autoridades judiciales están vinculadas también por el control de convencionalidad mediante la interpretación conforme en su caso.

Esto es, si bien frecuentemente las hipótesis de inconvencionalidad coincidirán con hipótesis de inconstitucionalidad, el control de convencionalidad no requiere necesariamente la inaplicación de la norma de fuente interna, sino que primordialmente propende a arribar a una interpretación que al mismo tiempo conserve la norma interna, pero la aplique en forma armónica y respetuosa de los derechos humanos protegidos por el *corpus iuris interamericano*.

Solo en aquellos casos en que la interpretación “*conforme*” no sea posible, es que se procederá el ejercicio del control de constitucionalidad a través del órgano competente a efectos de la inaplicación de la norma inconvencional.



LUCAS NOGUEIRA ISRAEL¹⁶¹

La experiencia de la judicatura brasileña en los diálogos transnacionales.

En mi calidad de magistrado auxiliar en el gabinete del ministro Edson Fachin del Supremo Tribunal Federal de Brasil, agradezco, en mi nombre y en nombre del ministro, a la presidenta de este Tribunal Constitucional, ministra Daniela Muñoz, y a la ministra María Pía Silva Gallinato, por la invitación a participar en este evento. También saludo a los ilustres participantes de este panel.

Como representante de la judicatura brasileña, es un honor compartir nuestra experiencia en materia de diálogos transnacionales y recepción, por parte de la jurisdicción interna, de sentencias extranjeras en el ámbito de los derechos fundamentales. Este evento es una valiosa oportunidad para el intercambio de experiencias y el fortalecimiento de los lazos institucionales entre nuestros países.

En una sociedad mundial interdependiente, el derecho ha pasado a ser producto de una práctica discursiva en la que diferentes órdenes jurídicos internos y externos se entrelazan y se transforman mutuamente. Como señala Jürgen Habermas en su obra *La Constelación Posnacional*, el Estado-nación ya no es el único centro de validez del derecho; la emergencia de estructuras políticas y jurídicas transnacionales enfatiza la necesidad de un diálogo entre los órdenes jurídicos nacionales e internacionales para enfrentar los desafíos del mundo contemporáneo¹⁶².

En ese contexto, jueces y tribunales tienen un papel clave como “puentes de transición” entre distintos ordenamientos.

Jueces y tribunales dialogan entre sí. Pero ¿qué se entiende por diálogo judicial? El diálogo judicial es toda forma de comunicación o intercambio entre órganos

161.- Juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal e Territorios (TJDFDT). Magistrado Instructor en el Gabinete del Ministro Edson Fachin en el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF). Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Brasilia (UnB) y licenciado en Derecho por la misma institución. Es autor del libro *A Legitimidade das Sentenças Aditivas no Controle de Constitucionalidade*, así como de otras publicaciones. Ha ocupado los cargos de Fiscal del Ministerio Público del Estado de Goiás (MPGO) y de Abogado en la Abogacía General de la República Federativa de Brasil (AGU).

162.- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Traducción de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

judiciales, basado en la reciprocidad institucional y en la disposición a aprender de la experiencia ajena, sea para coincidir, sea para disentir.

Esa dinámica implica una observación mutua entre órdenes jurídicos, en donde se desarrollan formas de aprendizaje sin que uno prevalezca definitivamente sobre el otro. No hay, por tanto, una última palabra.

En la doctrina brasileña, el jurista Marcelo Neves desarrolla el concepto teórico del transconstitucionalismo. El transconstitucionalismo se aparta de los enfoques monistas o dualistas de derecho internacional, y propone la actuación transversal de diferentes ordenamientos jurídicos ante un mismo caso constitucional. El modelo abarca tanto una dimensión empírica relacionada con el entrelazamiento de ordenamientos jurídicos distintos como un aspecto funcional y normativo que plantea un proceso de aprendizaje recíproco entre esos ordenamientos. Cada sistema jurídico, al observar a otro, reconoce sus propios límites y su potencial de contribución a la solución del problema¹⁶³.

Para comprender mejor la experiencia de la judicatura brasileña en los diálogos transnacionales, considero importante contextualizar nuestro sistema de control de constitucionalidad. Esa contextualización es fundamental para lograr una mejor comprensión del tema desde la perspectiva brasileña.

Brasil adopta un modelo mixto de control de constitucionalidad. Tenemos un control difuso, semejante al de los Estados Unidos, en el que cualquier juez puede declarar inconstitucional una ley en un caso concreto, y un control abstracto y concentrado, similar al modelo austríaco de Hans Kelsen, ejercido exclusivamente por el Supremo Tribunal Federal, el que actúa como tribunal constitucional, pero, al mismo tiempo, como la máxima instancia del Poder Judicial. Por lo tanto, Brasil tiene un sistema de control de constitucionalidad considerado fuerte, en el que se combinan el control difuso y el concentrado.

Debido a esa combinación de tipos de control, el Poder Judicial, si alguna vez fue considerado el más débil de los poderes, aquel que, en palabras de Alexander Hamilton en *El Federalista*, «no tiene la bolsa ni la espada»¹⁶⁴, hoy en día está cada vez más presente en la vida de la sociedad brasileña.

A pesar de algunas críticas sobre la expansión de los poderes judiciales, los jueces y la sociedad brasileña están acostumbrados al control de constitucionalidad de las leyes.

163.- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

164.- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Nueva York: The New American Library, 1961, p. 465.

Por otro lado, el control de convencionalidad en Brasil aún es incipiente. Factores como la dimensión territorial del país, la barrera del idioma —somos el único país de América Latina en que se habla portugués—, la posibilidad de que el juez ejerza el control de constitucionalidad e, incluso un cierto desinterés por el tema, el juez brasileño, en general, no se reconoce como parte del sistema interamericano de protección de derechos fundamentales.

Aunque la Constitución brasileña establece una cláusula de apertura, en el sentido de que los derechos previstos en su texto no excluyen otros reconocidos en tratados internacionales, el Supremo Tribunal Federal adoptó un enfoque dualista con primacía del derecho constitucional interno, y otorgó a los tratados internacionales estatus supralegal¹⁶⁵. Es decir, los tratados internacionales están por encima de las leyes ordinarias, pero por debajo de la Constitución. Solo los tratados de derechos humanos aprobados con los mismos requisitos de una enmienda constitucional tienen jerarquía constitucional.

Dado ese estatus infraconstitucional, el control de convencionalidad, esto es, la verificación de la compatibilidad vertical de las normas internas con tratados internacionales, puede ser ejercido por cualquier juez o tribunal ordinario. Sin embargo, como ha sido mencionado, el control de convencionalidad aún no es una práctica común en Brasil.

Una consulta en el sitio web del Superior Tribunal de Justicia —órgano responsable de unificar la interpretación de la legislación federal ordinaria en Brasil— reveló solo cuatro casos en los que se aplicó expresamente el control de convencionalidad. Cito uno de ellos por su relevancia: El Tribunal entendió que el delito de desacato violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos por afectar la libertad de pensamiento y de crítica a las autoridades, así como la igualdad de tratamiento entre funcionarios del Estado y particulares¹⁶⁶. No obstante, posteriormente el Supremo Tribunal Federal consideró constitucional la tipificación penal del desacato, al entender que la libertad de expresión puede limitarse frente a otros derechos, y que la norma no implica un trato privilegiado a los funcionarios públicos, sino que protege la función pública que estos desempeñan¹⁶⁷. Esa es la interpretación aún dominante.

Otro precedente importante de control de convencionalidad en Brasil fue el relativo a la prisión civil por infidelidad del depositario. La Constitución de Brasil (art. 5º, LXVII) no admite la prisión civil por deudas, pero exceptúa dos hipótesis:

165.- Recurso Extraordinario N° 466.343, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

166.- Recurso Especial N° 1.640.084, Superior Tribunal de Justicia (STJ), Brasil.

167.- Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 496, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

la deuda alimentaria y la del depositario infiel. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7º, párr. 7) prohíbe la prisión civil y excepciona únicamente el caso del deudor alimentario. El Supremo Tribunal Federal reconoció que, una vez ratificada por Brasil la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus normas —aunque infraconstitucionales— prevalecen sobre las leyes ordinarias. En consecuencia, declaró inválidas las disposiciones del derecho civil brasileño que permitían la prisión del depositario infiel¹⁶⁸.

Brasil, además de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así las decisiones de la Corte en casos que involucran a Brasil son vinculantes para el Estado brasileño.

La Corte Interamericana ha emitido 15 condenas contra Brasil por violaciones a derechos humanos, entre ellas por crímenes cometidos durante la dictadura, violaciones sistemáticas en prisiones, casos de discriminación racial y vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Algunas de esas sentencias aún no han sido cumplidas por Brasil, que inicialmente adoptó una postura de mayor resistencia frente al derecho internacional. En ese sentido, en el caso *Gomes Lund v. Brasil*, sobre homicidios y desapariciones forzadas durante la dictadura, la Corte Interamericana consideró que la Ley de Amnistía de Brasil era incompatible con la Convención Americana. No obstante, el Supremo Tribunal Federal mantuvo vigente la Ley de Amnistía y se apartó de la jurisprudencia interamericana, cuya posición era la de que las leyes de amnistía resultan incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁹.

Sin embargo, con el tiempo, se ha iniciado un proceso de apertura y aprendizaje institucional, y Brasil ha adoptado una postura de mayor cooperación con la Corte. Así, el Consejo Nacional de Justicia —órgano del Poder Judicial similar a un Consejo de la Magistratura— firmó acuerdos de cooperación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y creó una unidad especializada tanto para monitorear el cumplimiento de las sentencias y deliberaciones de la Corte y de la Comisión, como para fortalecer el diálogo institucional entre el Poder Judicial brasileño y el sistema interamericano de protección de derechos humano¹⁷⁰.

Además, el Consejo Nacional de Justicia ha desarrollado programas de formación y capacitación para jueces sobre derechos humanos y ha orientado a la magistratura

168.- Recurso Extraordinario n° 466.343, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

169.- Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental n° 153, Supremo Tribunal Federal, Brasil. Cabe destacar que aún está pendiente la resolución de un recurso relacionado con la Ley de Amnistía en Brasil.

170.- Resolución N° 364/2021, Consejo Nacional de Justicia (CNJ), Brasil.

brasileña a observar los tratados internacionales, a aplicar la jurisprudencia del Sistema Interamericano y a ejercer el control de convencionalidad sobre las leyes internas¹⁷¹.

Aunque el control de convencionalidad no sea todavía una práctica consolidada en la experiencia institucional del Poder Judicial brasileño, los diálogos transnacionales de carácter horizontal se han vuelto más frecuentes y ya forman parte de la realidad del contexto judicial del país. Un levantamiento realizado en el Supremo Tribunal Federal identificó cerca de mil referencias a decisiones extranjeras en casos constitucionales. Los tribunales más citados son la Corte Suprema de los Estados Unidos y los Tribunales Constitucionales de Alemania, Portugal, España e Italia. También son frecuentes los diálogos con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la Corte Interamericana, un ejemplo de diálogo sobre derechos humanos fue el caso en el que el Supremo Tribunal Federal de Brasil discutió la práctica del perfilamiento racial en las intervenciones policiales. El Tribunal brasileño estableció que la búsqueda personal sin mandato judicial debe basarse en indicios objetivos de que la persona se encuentra en posesión de un objeto que constituya el cuerpo de delito, por lo que no es lícito realizar dicha medida basándose en la raza, el color de la piel o la apariencia física¹⁷². En su voto, el ministro Edson Fachin citó precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso *Acosta Martínez y otros v. Argentina*, que consideró que detenciones basadas en perfiles raciales, prácticas discriminatorias o valoraciones subjetivas de agentes de seguridad violan la Convención Americana por representar un grado de arbitrariedad incompatible con los derechos protegidos por la Convención.

En materia ambiental, al analizar la constitucionalidad del Código Forestal brasileño, el Supremo Tribunal Federal también dialogó con la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Kawas Fernández v. Honduras*, que afirma que el Estado debe prevenir daños ambientales significativos, dado que sus efectos comprometen la fruición de derechos fundamentales¹⁷³.

Por último, cito el caso en el que el Supremo Tribunal Federal analizó la violación de derechos fundamentales en el marco de operaciones policiales en favelas de la ciudad de Río de Janeiro contra el crimen organizado. Al dialogar con el caso *Favela Nova Brasília v. Brasil*, el Tribunal reconoció la omisión del Estado de Río de Janeiro y determinó la elaboración de un plan para la reducción de la letalidad policial en esas operaciones¹⁷⁴.

171.- Recomendación N° 123/2022, Consejo Nacional de Justicia (CNJ), Brasil.

172.- Habeas corpus 208.240, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

173.- Acción Directa de Inconstitucionalidad N° 4901, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

174.- Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental N° 635, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

Por otro lado, lamentablemente, los diálogos con tribunales latinoamericanos aún son escasos —de ahí la importancia de este evento que busca estrechar los lazos entre nuestras naciones.

El tribunal latinoamericano con el que el Supremo Tribunal Federal de Brasil mantiene mayor diálogo institucional es el Tribunal Constitucional de Colombia, especialmente en materia de procesos estructurales. En su primer fallo de naturaleza estructural, el Supremo Tribunal Federal reconoció un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario brasileño ante la violación masiva de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Ante esa situación, el Tribunal ordenó la elaboración de un plan de acción con el objetivo de mejorar la calidad de las instalaciones penitenciarias, aumentar el número de plazas disponibles y fomentar la adopción de medidas alternativas a la prisión¹⁷⁵. En este juicio, el Tribunal de Brasil dialogó con precedentes de la Corte Constitucional de Colombia.

Además, en lo que respecta a Chile, el Supremo Tribunal brasileño reconoció el derecho al permiso de maternidad para trabajadoras embarazadas sin vínculo permanente con la administración pública y dialogó con una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que extendió esa protección incluso a las integrantes de las Fuerzas Armadas¹⁷⁶.

Por último, en esa línea de fortalecimiento del diálogo institucional y transnacional, el Supremo Tribunal Federal de Brasil organizó en Brasilia un Encuentro de Presidentes de Tribunales Constitucionales de América Latina, con la participación de la Corte Interamericana, con el objetivo de promover el debate sobre temas relevantes y contemporáneos, como son la seguridad pública, las nuevas tecnologías, la democracia y el papel del Poder Judicial.

Esas iniciativas reflejan una apertura creciente del Supremo Tribunal Federal de Brasil al diálogo transnacional en la región. Frente a desafíos comunes que trascienden fronteras, el intercambio de experiencias permite enriquecer miradas y ampliar horizontes. Esa apertura al diálogo resulta valiosa: todo observador tiene un punto ciego, que es aquello que no logra percibir debido a su posición. Sin embargo, el punto ciego de uno puede ser iluminado por la visión del otro —«yo veo lo que tú no ves»—, especialmente si se consideran las diversas trayectorias históricas que moldean la forma en que se abordan los mismos problemas.

Muchas gracias.

175.- Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental N° 347, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

176.- Recurso Extraordinario N° 842.844, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Martínez y otros v. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2020.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Favela Nova Brasilia v. Brasil. Sentencia de 17 de febrero de 2017.
- » Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009.
- » Consejo Nacional de Justicia (Brasil), Recomendación N° 123, de 7 de enero de 2022.
- » Consejo Nacional de Justicia (Brasil), Resolución N° 364, 12 de enero de 2021.
- » Habermas, Jürgen. A constelação Pós-nacional: ensaios políticos. Traducción de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- » Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. The Federalist Papers. Nueva York: The New American Library, 1961.
- » Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Acción Directa de Inconstitucionalidad N° 4901. Sentencia de 28 de febrero de 2018.
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental N° 153. Sentencia de 29 de abril de 2010.
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental N° 347. Sentencia de 04 de octubre de 2023.
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental N° 496. Sentencia de 22 de junio de 2020.
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Acción por Incumplimiento de Precepto Fundamental N° 635. Sentencia de 03 de abril de 2025.
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Habeas Corpus N° 208.240. Sentencia de 11 de abril de 2024.
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Recurso Extraordinario N° 466.343. Sentencia de 03 de marzo de 2008.
- » Supremo Tribunal Federal (Brasil), Recurso Extraordinario N° 842.844. Sentencia de 05 de octubre de 2023.
- » Superior Tribunal de Justicia (Brasil), Recurso Especial N° 1.640.084. Sentencia de 15 de diciembre de 2016.

TERCER PANEL

“Mecanismos de cumplimiento de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales”.

TERCER PANEL. MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS Y DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES.



MESA DE TRABAJO 1

Cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos. Una mirada nacional e internacional.



PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI¹⁷⁷

*Una breve mirada a las reparaciones, cumplimiento y supervisión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*¹⁷⁸.

En esta breve exposición quiero abordar de manera muy sucinta las características del proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) y mostrar las diferentes herramientas que ha desarrollado para llevarlo a cabo.

Para poder entender a cabalidad este proceso, sus complejidades y desafíos, es necesario a mi modo de ver, hacer desde un inicio una breve mención a la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH con relación a la reparación integral.

REPARACIÓN INTEGRAL

Han pasado más de cuatro décadas desde la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979, institución que desde sus primeras sentencias ha desempeñado un papel fundamental en la consolidación del sistema regional de protección de los derechos humanos y del Estado Democrático de Derecho en las Américas. Durante este tiempo, la Corte, a través de sus sucesivas composiciones, ha desarrollado una rica y sofisticada jurisprudencia que abarca una amplia gama de materias, extendiéndose desde la protección de derechos civiles y políticos hasta el reconocimiento progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Esta vasta y evolutiva jurisprudencia ha cumplido una función esencial en el enriquecimiento y consolidación del ordenamiento jurídico interamericano, dotando de una interpretación viva, dinámica y contextualizada tanto al texto de la Convención Americana de Derechos Humanos como a los demás instrumentos que forman parte del corpus iuris interamericano. A través de esta labor interpretativa, la Corte no solo ha dado contenido concreto a las obligaciones de

177.- Abogado y Magister en Derecho Internacional y Derechos Humanos en la Universidad de Notre Dame. Fue abogado para la Corporación Nacional para la Reparación y Reconciliación de Chile y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, D.C. Secretario Ejecutivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

178.- Transcripción de la exposición efectuada en el marco del seminario internacional.

los Estados parte, sino que ha contribuido de manera decisiva a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos a nivel global.

En este caminar, quizás una de las contribuciones jurisprudenciales más importantes desarrolladas por la Corte IDH se refiere a la reparación integral por violaciones de derechos humanos. El Tribunal Interamericano, cuando establece que un Estado es responsable por una violación a la Convención Americana, le ordena que repare a las víctimas de manera integral.

La noción de reparación integral desarrollada por la Corte IDH va más allá de la reparación clásica del daño a través de una indemnización económica (material e inmaterial), sino que comprende el daño producido, el impacto que éste produce y proyecta sobre la víctima, su familia y en algunos casos sobre la colectividad.

De este modo, la reparación integral que ordena la Corte IDH adquiere diversas modalidades dependiendo del caso y la naturaleza del daño al que apuntan reparar. Podríamos agrupar las reparaciones en seis categorías: (a) restitución, (b) rehabilitación, (c) satisfacción, (d) investigación judicial de los hechos y sanción de los responsables cuando corresponda, (e) indemnización y (f) garantías de no repetición. A su vez, dentro de cada una de las categorías de reparación, ésta puede tener unas amplias maneras o formas de concretarse, según las violaciones declaradas y sus consecuencias. A continuación, explicaré brevemente en qué se traducen estas medidas de reparación y mostraré algunos ejemplos al respecto.

Restitución: implica el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de que ocurriera la violación. La restitución como forma de reparación contempla medidas tales como: el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; la devolución de bienes confiscados ilegalmente; el regreso al lugar de residencia de la cual la víctima fue desplazada; el reintegro al empleo; dejar sin efecto sentencias; la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y la cancelación de los registros correspondientes, y la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.

Rehabilitación: se refiere a aquellas medidas destinadas a brindar atención médica, psicológica y psiquiátrica necesaria para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas, lo cual debe proporcionar el Estado responsable, de forma gratuita e inmediata, incluyendo por lo general la provisión de medicamentos o cualquier servicio relacionado. Estas medidas buscan restablecer, en la mayor medida posible, las afectaciones a la salud física y mental de las víctimas, así como su capacidad de llevar una vida digna e independiente. La implementación de estas medidas exige una coordinación compleja entre diversas instituciones estatales y, en muchos casos, la adopción de protocolos o convenios con entidades de salud que aseguren su continuidad en el tiempo, más allá de cualquier cambio administrativo y gubernamental.

Satisfacción: Comprende medidas orientadas a reconocer el daño a la dignidad, y por lo tanto, reparar el daño inmaterial (i.e., sufrimientos y las aflicciones causadas por la violación, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas). Comprende actos u obras de alcance o repercusión pública, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, que pretenden el reconocimiento de lo sucedido; la recuperación de la memoria de las víctimas y el reconocimiento de su dignidad. Estas medidas, han adquirido diversas modalidades, a modo de ejemplo señalaré algunas: acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; publicación o difusión de la Sentencia de la Corte IDH en el Diario Oficial, otro de amplia circulación nacional o en los portales electrónicos de determinadas instituciones, estas publicaciones adquieren características propias cuando las víctimas son comunidades indígenas; como por ejemplo, que estas difusiones sean realizadas en su territorio y en su propia lengua; medidas de conmemoración de las víctimas o de los hechos tales como levantar un monumento, nombrar un espacio público con su nombre, establecer un beca; determinar el paradero de la víctima o identificar y entregar sus restos mortales; brindarles asistencia vocacional o capacitación y actualización profesional mediante el otorgamiento de becas. Estas medidas en muchas oportunidades generan procesos de diálogo entre las víctimas y el Estado respecto de su forma de ejecución para su adecuado cumplimiento.

Obligación de investigar y sancionar: se trata de la obligación que tienen los Estados de investigar de manera efectiva los hechos que afectaron a las víctimas y, en su caso, sancionar a los responsables. Implica que el Estado deba remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos violatorios y que estos caigan en impunidad. Esta obligación cobra especial relevancia en contextos en los que fue precisamente la impunidad existente lo que originó que el caso se presentara ante sistema interamericano.

Indemnizaciones compensatorias por daños materiales e inmateriales causados por la violación. El daño material se cuantifica en el lucro cesante y en el daño emergente, mientras que el daño inmaterial implica retribuir a las víctimas por el sufrimiento causado por la violación. Adicionalmente, está la obligación del reintegro de costas y gastos a favor de las personas u organizaciones que sirvieron como representantes de las víctimas y que tuvieron erogaciones para poder litigar el caso internacionalmente. Desde la perspectiva estatal, surgen interrogantes institucionales sobre quién, dentro del Estado, debe asumir el pago de las indemnizaciones. Algunos Estados han desarrollado buenas prácticas, como la creación de partidas presupuestarias específicas en los ministerios de Justicia

o Relaciones Exteriores destinadas al cumplimiento de decisiones de órganos internacionales.

Garantías de no repetición: son medidas tendientes a que no vuelvan a ocurrir las violaciones a los derechos humanos que originaron el caso, y que adquieren una vocación transformadora de la realidad social porque usualmente implican medidas de carácter estructural. Entre estas están reformas de carácter legislativo, la adopción de políticas públicas con sus respectivos indicadores, capacitaciones para servidores públicos o la adopción de protocolos específicos.

Cuando la garantía de no repetición conlleva reformas normativas, éstas, a su vez, pueden implicar tanto la adopción, derogación o modificación de una norma que generó la vulneración de derechos, a la luz de las obligaciones que se desprenden del artículo 2 de la Convención Americana. Por ejemplo, la Corte ha ordenado a los Estados adecuar su legislación interna en materias tales como: derogar legislación penal que tipifica conductas contrarias a los estándares en materia de libertad de expresión; censura previa (libertad de expresión); delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas; tipificación o adecuación del delito de desaparición forzada de personas; derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior; modificar la regulación del código penal del delito de asesinato en lo relativo a la peligrosidad del agente; garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.

En lo que respecta a garantías de no repetición en el caso chileno, han tenido un impacto estructural significativo. Así, por ejemplo, en el caso de *“La Última Tentación de Cristo”*, la Corte ordenó que “[...] Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, [...] su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención”. Ello conllevó una reforma constitucional destinada a consagrar el derecho a la libre creación artística y a eliminar la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación regulado por ley.

Por otro lado, en el caso Claude Reyes también contra Chile que trata sobre acceso a la información en cuestiones de interés público, la Corte ordenó – entre otras medidas- que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información. Así, el gobierno chileno impulsó la Ley de Transparencia. Consecuentemente informó a la Corte la promulgación y publicación en el Diario Oficial de la Ley No. 20.285, *“Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado”*. El Estado destacó que la mencionada Ley consagra en su artículo 10, el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración

del Estado y establece, entre otros, los principios de: relevancia, que presume la relevancia de toda información que posean los órganos de la administración del Estado; apertura o transparencia, que dispone que toda información en poder del Estado se presume pública; máxima divulgación, conforme al cual la Administración debe proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo las excepciones constitucionales o legales; facilidad, conforme al cual el procedimiento de acceso a la información debe excluir requisitos o exigencias que puedan obstruirlo; oportunidad, consistente en que con la máxima celeridad posible y sin dilaciones, la Administración entregue la información dentro de los plazos legalmente establecidos; control, asegurando la fiscalización permanente y que las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información puedan ser recurridas ante un órgano externo; responsabilidad, que prevé el incumplimiento de las obligaciones origina responsabilidad y sanciones previstas en la ley; y gratitud, que establece que el acceso a la información pública es gratuito.

Finalmente, en el caso *Átala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte ordenó que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en control de la población LGBTI. Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios judiciales. Asimismo, se indicó que dentro de dichos programas y cursos de capacitación deberá hacerse una especial mención a la Sentencia y a los diversos precedentes del corpus iuris de los derechos humanos relativos a la proscripción de la discriminación por orientación sexual y a la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención. Aun cuando esta medida de reparación se encuentra bajo supervisión, el Estado ha buscado demostrar avances en su configuración.

Considerando lo anterior, estas transformaciones estructurales no deben entenderse como una afectación a la soberanía estatal, sino como hemos visto, herramientas que contribuyen al fortalecimiento de la democracia y de la protección efectiva de los derechos humanos.

SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos es la propia Corte IDH quien supervisa el cumplimiento de sus sentencias, función que ha entendido como inherente a su competencia jurisdiccional. De este modo, con la emisión de la sentencia, el caso no sale de la esfera jurisdiccional de la Corte IDH, sino que ingresa en una nueva fase procesal denominada "*supervisión de cumplimiento de sentencia*". A diferencia del Sistema Europeo de Protección de

Derechos Humanos, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no supervisa directamente el cumplimiento de sus sentencias —función que recae en el Comité de Ministros del Consejo de Europa conforme al artículo 46.2 del Convenio Europeo—, en el sistema interamericano dicha supervisión permanece en manos del propio órgano jurisdiccional que emitió la decisión, lo que refuerza la coherencia y continuidad del control internacional.

Como puede advertirse a partir de las diferentes modalidades que adquiere la reparación integral, su implementación y cumplimiento muchas veces conlleva a que los diferentes poderes del Estado deban involucrarse y, a su vez, al interior del Poder Ejecutivo, sus diferentes ministerios, secretarías y estamentos. En definitiva, toda la maquinaria estatal se involucra en el cumplimiento de las sentencias.

En la fase de supervisión, la Corte IDH examina de manera detallada cómo el Estado está implementando y cumpliendo cada una de las reparaciones ordenadas en la sentencia. Esta fase se desarrolla sobre la base de un procedimiento contradictorio en donde participan el Estado, la víctima o sus representantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cada una de las partes aporta la información que le es requerida por el Tribunal. Ello, con la finalidad de que la Corte pueda evaluar el grado de avance y cumplimiento de cada una de las reparaciones ordenadas.

La Corte IDH realiza un análisis o test de escrutinio estricto en cuanto al cumplimiento de cada una de las medidas de reparación ordenadas. Así, solamente las da por cumplidas cuando se encuentra en condiciones de comprobar que tales efectivamente se han implementado en los términos indicados en la sentencia y respecto a todos los beneficiarios de reparación.

Si bien todas las decisiones sobre el cumplimiento de una sentencia son conocidas y tomadas por el Pleno de la Corte, los jueces y juezas del Tribunal han asumido relatorías de diversos países y son los relatores quienes impulsan la supervisión de las sentencias de los países a su cargo. Por su parte, la Secretaría del Tribunal tiene una dirección dedicada exclusivamente a la supervisión y monitoreo del cumplimiento de sentencias. Asimismo, los Estados también se acercan a la Corte para conversar sobre los alcances de sus acciones con relación a reparaciones emitidas por la Corte.

La Corte IDH a lo largo de los años ha ido desarrollando diferentes mecanismos procesales para supervisar y evaluar de mejor forma el cumplimiento de sus sentencias. Esto lo hace a través de:

Presentación de Informes, Observaciones y Resoluciones de Supervisión.
La Corte IDH, una vez emitida la sentencia, ordena al Estado que presente un informe de cumplimiento sobre cada una de las reparaciones ordenadas dentro

del plazo que por lo general es de un año. En el informe el Estado debe exponer cómo está cumpliendo e implementando cada una de las reparaciones ordenadas y debe acompañar el material documental que así lo sustente. Recibido el informe, se transmite a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana para que presenten sus observaciones. Asimismo, cuando es necesario, a través de la Secretaría del Tribunal, se envían comunicaciones a las partes solicitándoles información específica y actualizada, sobre el cumplimiento de todas o algunas de las reparaciones pendientes de cumplimiento, aclaraciones o pruebas que demuestren la implementación o cumplimiento de estas.

Una vez recibidas las diversas observaciones, la Corte IDH evalúa el grado de implementación y cumplimiento de cada una de las reparaciones ordenadas por parte del Estado. Esta evaluación puede llevar a la Corte IDH a dictar una resolución – como las descritas líneas arriba– en donde puede declarar cumplida una o más reparaciones, declarar el cumplimiento parcial e instar a seguir cumpliendo aquellas reparaciones cuya implementación requieren de un mayor período de tiempo como son por ejemplo las referidas a atenciones de salud, becas de estudio o enjuiciamiento de los responsables. Asimismo, se puede indicar que no se está cumpliendo la sentencia u orientar e instar al Estado con el fin de superar obstáculos o controversias que pudieren existir para un cabal cumplimiento.

Audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencia. La Corte IDH comenzó a implementar las audiencias de supervisión de cumplimiento a partir del año 2007. Con esto la supervisión dejó de ser un procedimiento únicamente escrito incorporándose una etapa oral cuando fuere necesario. Las audiencias pueden tener dos modalidades, individuales respecto de un determinado caso o colectivas respecto de varios casos de un mismo país que tienen en común un determinado tipo de reparaciones y presentan problemáticas comunes en cuanto a su implementación. Esta última modalidad se ha dado, por ejemplo, respecto de Guatemala en relación a la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos en 14 casos contra este país. Por otro lado, respecto de México ha permitido realizar audiencias colectivas sobre la adecuación del derecho interno con los estándares convencionales e internacionales en materia de garantía del juez natural.

Estas audiencias por lo general son de carácter privado y la Corte IDH se divide en dos salas. En algunas oportunidades al finalizar la audiencia se procura que se produzca un acuerdo o fije una hoja de ruta entre el Estado y la víctima, al instarlos a establecer un espacio para dialogar para que establezcan un cronograma de implementación y cumplimiento que le es entregado posteriormente a la Corte IDH.

Quisiera destacar que cada vez con mayor frecuencia, se están haciendo audiencias de supervisión en los propios países. Esto tiene la ventaja de que

puedan participar en las audiencias un mayor número de funcionarios de Estado de diversas áreas de la administración involucrados en el cumplimiento de la sentencia y no solo los agentes del caso, como ocurre cuando éstas se realizan en San José. También permite que participe un mayor número de víctimas.

Visita in situ para verificar la implementación de la reparación. La Corte IDH realiza visitas in situ con el objetivo de que una delegación observe y reciba en terreno información y explicaciones sobre la implementación de la reparación ordenada y se escuche a los beneficiarios de la misma. En los últimos 10 años, la Corte ha contado con la anuencia y colaboración de 12 Estados para realizar visitas a terreno. Por ejemplo, en el 2024, una delegación de la Corte realizó una visita al Chaco paraguayo, con el objeto de supervisar lo relativo a la demarcación y titulación de la propiedad comunal de tierras indígenas; la construcción de un camino, viviendas y estanques de agua para las comunidades, medidas que eran parte de las reparaciones ordenadas en su momento. Tiempo atrás, cuando la Corte sesionó en Chile, un grupo de jueces supervisó en terreno cómo se estaban implementando las medidas de salud en el caso Poblete Vílchez.

Solicitudes de información por aplicación del artículo 69 de Reglamento de la Corte IDH. El artículo 69 del Reglamento permite a la Corte IDH acudir directamente y requerir a otras fuentes de información diferentes a las partes, elementos útiles para evaluar el cumplimiento de sus sentencias. De este modo se dirige directamente a determinadas instituciones o personas requiriendo determinada información para complementar o contrastarla con la que les ha sido enviada por las partes interesadas. Por ejemplo, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica participó y rindió un informe con carácter independiente del Estado en la audiencia de supervisión en el caso Artavia Murillo sobre fecundación in vitro respecto a las dificultades que había para implementar la sentencia. Al respecto importa indicar que mediante Resolución del 22 de noviembre de 2019, la Corte IDH determinó que el Estado había dado cumplimiento a todas las medidas de reparación ordenadas incluyendo, entre otras, (i) la regulación de la implementación de la FIV y el establecimiento de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, (ii) la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción, y (iii) incluir la disponibilidad de la FIV dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en la atención de salud del Estado, de conformidad con el deber de garantía respecto del principio de no discriminación.

En este punto quisiera destacar una buena práctica desarrollada en Brasil por el Consejo Nacional de Justicia quien creó una Unidad de Monitoreo de Sentencias de la Corte Interamericana a quien ésta regularmente le solicita informes.

Defensores Interamericanos. El total cumplimiento de todas las reparaciones ordenadas en las sentencias toma un tiempo considerable. Como consecuencia de esto, hay oportunidades en que los representantes legales de las víctimas abandonan los casos o renuncian a la representación, impactando en el impulso del cumplimiento o la presentación de informes ante el Tribunal. Ante esta circunstancia, la Corte IDH firmó un acuerdo con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas para que los Defensores Interamericanos, quienes representan a víctimas en aquellos casos contenciosos donde éstas no cuentan con representación legal, asuman a solicitud de las víctimas, la representación de casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias.

Amicus Curiae. La Corte permite la presentación de amicus curiae en el procedimiento de supervisión. Esto es especialmente relevante cuando se trata de garantías de no repetición. Es interesante observar cómo cada vez más terceros a las partes están dando información a la Corte sobre el cumplimiento de las sentencias.

La garantía colectiva de la Convención Americana contenida en el artículo 65. La Convención Americana en su artículo 65 dispone que la Corte IDH en su informe anual que presenta a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) señalará de manera especial los casos en los que un Estado no haya dado cumplimiento a sus sentencias.

La Convención Americana ha creado un sistema de garantía colectiva en el que la Corte IDH puede poner en conocimiento del máximo órgano de la OEA los casos de incumplimiento de sentencias y ésta coadyuva en su cumplimiento. La Corte IDH ha decidido invocar el artículo 65 en pocas ocasiones y lo ha hecho bajo dos supuestos. En primer lugar, se ha invocado cuando el Estado de manera manifiesta expresa una voluntad de incumplimiento de la sentencia. En segundo lugar, cuando ha transcurrido un largo período de tiempo sin que el Estado aporte información, ignorando de manera reiterada las solicitudes de presentación de información que le fueron hechas.

A modo de **conclusión**, podemos señalar que la reparación integral hace que las sentencias no sean meramente declarativas. La supervisión del cumplimiento de las sentencias es un proceso complejo, que se caracteriza por ser dialógico, donde diferentes actores – estatales, víctimas y sus representantes- convergen con el propósito de impulsar y verificar la implementación efectiva de cada medida ordenada. A lo largo del tiempo, la Corte ha ido desarrollando diversas herramientas procesales que le permiten ejercer con mayor rigor y eficacia su mandato de velar porque sus sentencias se cumplan.



TOMÁS PASCUAL RICKE¹⁷⁹

Cumplimiento de decisiones internacionales de derechos humanos en Chile: tensiones, mecanismos e institucionalización

Saludo a quienes nos acompañan presencialmente y a quienes siguen esta actividad vía streaming.

En primer lugar, corresponde reconocer el trabajo desplegado para la realización de este Seminario, que permite abrir un espacio de deliberación pública y especializada sobre materias particularmente sensibles para el Estado de Derecho contemporáneo.

En lo que sigue, adoptaré una aproximación deliberadamente más disruptiva respecto de estas cuestiones, en la medida en que, como se ha señalado previamente, a los Estados les corresponde implementar decisiones emanadas de órganos internacionales de protección de derechos humanos, enfrentando tensiones normativas, institucionales y políticas que no siempre se encuentran suficientemente explicitadas en el debate jurídico interno.

Antes de desarrollar estas ideas, estimo pertinente recomendar —a quienes tengan interés en profundizar en el estado actual del cumplimiento de decisiones internacionales en Chile— la lectura de un informe temático elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a través de su Centro de Derechos Humanos, a partir de un estudio solicitado por la Cancillería el año pasado, por medio de su Dirección de Planificación Estratégica. El documento, titulado “*Transformando compromisos en acciones*”¹⁸⁰, se encuentra disponible en el sitio web del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

179.- Director de Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Abogado Universidad de Chile (2012), Master en Derecho London School of Economics and Political Science (2016), y Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario American University WCL (2019). Especialización práctica y teórica en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, derecho de las migraciones y refugio y litigios complejos. Académico en Universidad Alberto Hurtado y Universidad Adolfo Ibáñez.

180.- Disponible en: https://weblex.derecho.uchile.cl/FTP/comunicaciones/documentos/Informe_tematico_cdh_MINREL.pdf

Dicho informe ofrece un diagnóstico exhaustivo sobre el escenario actual del cumplimiento, además de formular recomendaciones concretas, varias de las cuales se encuentran actualmente en proceso de implementación.

Considerando la trayectoria de quienes expondrán en este Seminario, me permitiré plantear algunas ideas y sugerir ciertos elementos que podrían ser complementados por las y los expositores, si lo estiman pertinente, conforme al desarrollo de sus presentaciones.

En términos generales, la tendencia regional da cuenta de la creación y consolidación de instancias, dependencias, estructuras y marcos normativos estatales orientados a asumir, de manera más sistemática, los procesos de seguimiento, cumplimiento e implementación de decisiones internacionales en materia de derechos humanos. Esa es, al menos, la dirección predominante.

En este contexto, resulta relevante considerar el informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2023¹⁸¹, relativo a mecanismos de cumplimiento, el cual ofrece una perspectiva regional, revisa buenas prácticas y sistematiza el estado actual de la situación en la materia.

Este informe sostiene que las iniciativas regionales asumidas se caracterizan por procesos fragmentados de implementación, los cuales suelen explicarse por la naturaleza federal de ciertos Estados, por la distribución interna de competencias y por la división de poderes. En el caso de Chile, tratándose de un Estado unitario —aunque estructurado sobre una marcada separación de poderes— cabría suponer que la articulación institucional debiera resultar comparativamente menos compleja.

Sin embargo, basta considerar las dificultades que ya enfrenta un Estado unitario e hipercentralizado para coordinar a su administración pública con los distintos poderes del Estado, para dimensionar las complejidades adicionales que supone el cumplimiento de decisiones internacionales en Estados federales como Brasil, Argentina o México.

En este escenario, la Comisión Interamericana ha identificado una intervención preponderante del Poder Ejecutivo y una participación marginal del Poder Legislativo en los procesos de cumplimiento.

Asimismo, se advierte que estas iniciativas no muestran una articulación gubernamental predecible entre las distintas instancias estatales: en un momento determinado puede sostenerse una posición institucional “A” y, en un momento posterior, una posición “B”, no solo debido a los ciclos gubernamentales, sino también a modificaciones en la composición de los tribunales o del propio Poder Legislativo.

181.- Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/mecanismosseguimiento_es.pdf

Por otra parte, aunque en algunos Estados existen lineamientos legales que ordenan la conformación de instancias estatales orientadas a promover el cumplimiento de ordenamientos internacionales, la tendencia muestra una reglamentación deficiente respecto de los procesos y competencias específicas asumidas por dichas instancias. Esta falencia provoca que el desempeño institucional dependa en exceso de la perspectiva y de la legitimidad que le asignan quienes integran los equipos en un momento determinado, lo cual evidencia una fragilidad institucional especialmente problemática en materia de obligaciones internacionales de derechos humanos.

En este sentido, el cumplimiento e implementación de decisiones internacionales en materia de derechos humanos constituye un fenómeno estructuralmente complejo. En su desarrollo intervienen factores de difícil articulación, que en conjunto reducen las probabilidades de que dichas decisiones se materialicen de manera efectiva.

El informe de la Comisión Interamericana identifica cinco retos principales: (i) la prevalencia de una visión centrada en el Estado; (ii) el diseño de los organismos internacionales y el alcance de sus facultades; (iii) la conceptualización del cumplimiento como un proceso fragmentado; (iv) la naturaleza de las recomendaciones y de los mecanismos de los que derivan; y (v) la ausencia de condiciones sociopolíticas y legales que promuevan el cumplimiento.

A partir de estas categorías, es posible identificar ejemplos concretos en el caso chileno.

Respecto del último punto —la ausencia de condiciones sociopolíticas y legales que promuevan el cumplimiento— conviene tener presente la tensión que ello genera. No es un fenómeno idéntico, pero puede recordarse que, hace seis años, cinco estados de la región, entre ellos Chile, suscribieron una carta promoviendo la importancia del principio de subsidiariedad y la necesidad de un margen de apreciación, bajo el argumento de que los Estados se encontrarían en mejor posición para determinar el modo de cumplimiento de las decisiones internacionales. En otros términos: los Estados sostuvieron que la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana no deberían indicar cómo cumplir, pues correspondería a los primeros definirlo, tratando de asimilar el mecanismo de cumplimiento al modelo europeo.

Este tipo de debates expresa una tensión persistente, que podría caracterizarse como una inclinación neo-soberanista, o bien como impulsos orientados al retraimiento respecto de los sistemas internacionales de protección.

Desde esa perspectiva, la posición “*ideal*” para un Estado sería aquella en que el cumplimiento se realiza “*como se puede*” y “*como se quiere*”, sin que la Corte o la

Comisión determinen qué está bien o qué está mal, invocando la soberanía estatal para definir la forma de implementación.

No obstante, esa no es la concepción de Estado-nación propia de la configuración jurídica premoderna. El escenario post Segunda Guerra Mundial supone que los Estados han aceptado limitaciones sustantivas a su soberanía, particularmente en materia de protección de derechos humanos. La obligación ya no se concibe únicamente como una obligación entre Estados, sino también como un compromiso respecto de las personas bajo la jurisdicción estatal. De ahí la existencia de órganos de supervisión que pueden establecer estándares y exigir correcciones. De lo contrario, el repliegue hacia una lógica irrestricta del principio de no intervención podría, llevado al extremo, habilitar la validación de marcos normativos internos que permitan graves vulneraciones, como ocurrió bajo el régimen nazi.

El argumento, por cierto, se plantea en términos extremos y admite múltiples matices.

Sin embargo, lo relevante es advertir que esta tensión es permanente y debe ser asumida institucionalmente: no basta con descalificarla, especialmente porque los órganos internacionales de protección no son infalibles y, en ocasiones, adoptan decisiones que resultan problemáticas para los Estados, particularmente cuando no existen marcos normativos internos adecuados para su ejecución. En consecuencia, la explicitación de estas tensiones —aunque pueda sonar disruptiva— es un paso necesario para fortalecer y mejorar el sistema de protección.

En relación con los mecanismos de cumplimiento, la CIDH sugiere avanzar hacia instancias institucionales permanentes, con sostenibilidad financiera, estructura normativa definida, enfoque integral, accesibilidad y compromiso con la transparencia.

A partir de ello, cabe preguntarse por la situación chilena. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile sostiene en su informe que el cumplimiento de resoluciones y recomendaciones deriva de la ratificación de tratados internacionales por parte del Estado chileno en el marco de los sistemas de protección, y que su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución. Asimismo, identifica deficiencias estructurales: (1) fragmentación normativa; (2) ausencia de mecanismos institucionales adecuados; (3) controversias internas sobre la obligatoriedad de diversas recomendaciones internacionales; (4) falta de especificación de medidas concretas a implementar —especialmente tratándose de recomendaciones, pues la Corte Interamericana suele ser más precisa—; (5) financiamiento inadecuado; (6) insuficiente enfoque de derechos humanos en algunas instituciones; (7) deficiencias de coordinación, con una referencia explícita al rol articulador de Cancillería; y (8) carencia de cooperación efectiva de ciertos órganos estatales.

En este marco, puede identificarse una diversidad de mecanismos obligatorios, con distinta naturaleza jurídica, que cabe agrupar, para efectos analíticos, en dos grandes categorías: recomendaciones y sentencias.

Ahora bien, en términos prácticos, el cumplimiento ha operado predominantemente mediante mecanismos ad hoc. Ello se verifica especialmente respecto de decisiones internacionales tales como dictámenes, sentencias, informes de fondo de la CIDH y, en ciertos casos, llamamientos urgentes derivados de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos.

Este funcionamiento ad hoc se articula principalmente en torno a la Cancillería, en cuanto órgano con competencia legal para representar al Estado ante instancias internacionales y con capacidad de movilizar al aparato estatal para la implementación.

En materia de recomendaciones, el proceso aparece más difuso, debido a la lógica periódica de reportabilidad y seguimiento. En la práctica, el Estado tiende a avanzar mediante planes y políticas públicas que se articulan, en mayor o menor medida, con dichas recomendaciones. En muchos casos, existe coincidencia entre recomendaciones y políticas ya en curso. Con la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos, este proceso ha adquirido mayor coherencia, en la medida en que existe un órgano encargado de transversalizar políticas de derechos humanos, muchas de las cuales derivan precisamente de estándares y recomendaciones internacionales. Ello permite una doble vía de cumplimiento, sin exigir que la Cancillería intervenga en cada recomendación individual, exigiendo su implementación a cada órgano del Estado.

A pesar de estas dificultades estructurales, Chile exhibe un índice de cumplimiento relativamente alto en comparación con el promedio del sistema interamericano, particularmente en materia de sentencias. Si se desagregan las medidas de reparación, el promedio regional se sitúa por debajo del 50% de cumplimiento, mientras que en Chile alcanza aproximadamente un 60%. Además, recientemente se obtuvo el cumplimiento íntegro de una sentencia en menos de tres años, lo que constituye un antecedente inédito para el Estado de Chile.

Siguiendo con el caso de Chile, hay casos donde el avance en las medidas de reparación de carácter estructural u orientados a la no repetición, ha sido notable. A modo de ejemplo, La última tentación de Cristo, Claude Reyes, Palamara, García Lucero, Almonacid Arellano, Norín Catrimán y Maldonado Vargas, entre otros. Dichos casos han derivado en modificaciones legales, creación de institucionalidad, adecuaciones normativas e incluso ajustes interpretativos a nivel jurisdiccional: la inaplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía; criterios sobre prescripción y media prescripción como minorante de responsabilidad por parte de la Segunda Sala de la Corte Suprema; la creación del Consejo para la Transparencia; la modificación de normas sobre jurisdicción militar; la Ley N° 20.477 (2010); la Ley N° 20.968

(2016); investigaciones de oficio desarrolladas por ministros en visita o tribunales unipersonales de excepción en materia de tortura; así como otras medidas vinculadas a la Academia de Guerra, entre diversas acciones estatales.

Existen, además, ejemplos especialmente significativos. Pese a la fragmentación normativa, el Poder Judicial chileno ha operado como referente en determinados casos. En Norín Catrimán, la Corte Suprema convocó a una sesión de Pleno, con participación de los intervinientes, con el objeto de definir una vía de cumplimiento, considerando la inexistencia de una norma que habilite expresamente la revisión de sentencias internas a partir de decisiones de un tribunal internacional. En ese contexto, sostuvo: *“La ausencia de mecanismos internos que prevea específicamente fórmula procesal indispensable para ejecutar lo resuelto por la Corte Interamericana, no inhibe ni excusa a este tribunal de resolver lo pertinente, ya que la mantención del estatus de incumplimiento que ha sido constatado por la resolución que se ha dictado en la fase de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte, podría generar nuevas responsabilidades para el Estado de Chile al tratarse de conductas lesivas de garantías fundamentales y que han sido verificadas por el Tribunal Internacional Competente”*.

En consecuencia, la Corte Suprema, mediante su máxima instancia —el Tribunal Pleno—, se dotó de una definición operativa para dar cumplimiento a la medida ordenada, dejando sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias.

Desde esta perspectiva, los desafíos actuales se concentran en la necesidad de generar mayor cohesión con el Poder Legislativo para viabilizar modificaciones legales, en donde se ubican los principales problemas de cumplimiento, particularmente en materia de sentencias. Ello, pese a los avances institucionales ya mencionados, como el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, la Defensoría de los Derechos de la Niñez y otras instancias en materia de derechos humanos, derivadas tanto de recomendaciones como de sentencias internacionales.

En este contexto, el desafío principal consiste en avanzar hacia la institucionalización. Idealmente, ello debiera expresarse en una ley marco. En términos institucionales, existe un antecedente relevante: la Comisión Coordinadora para el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derecho internacional de los derechos humanos, creada en 2006. Se trata de una instancia que, con el tiempo, redujo su nivel de funcionamiento, pero que, recientemente, ha sido reactivada mediante la modificación del Decreto Supremo N° 323 que la creó, complementado por el Decreto Supremo N° 67. Su funcionamiento se proyecta sobre la base de una reglamentación actualmente en elaboración, mediante una resolución exenta, con el propósito de estructurar, a través de cuatro subcomisiones, el seguimiento de recomendaciones y de decisiones contenciosas.

Dicha Comisión sesionó el 29 de abril, con participación del Ministro Van Klaveren y de diversos ministerios, atendida la transversalidad de las obligaciones involucradas.

En consecuencia, se trata de ordenar institucionalmente el proceso, reducir la fragilidad y evitar que el cumplimiento dependa de la sola voluntad de funcionarios de turno. En general, ha existido disposición a cumplir, lo que se refleja en un índice relativamente alto. Ello ha sido posible, en parte, por la convicción de quienes han impulsado estos procesos y por la recepción que, en ciertos casos, han dado los tribunales a las exigencias internacionales.

En paralelo, resulta necesario establecer un mecanismo claro y eficiente, como parte del ordenamiento interno, que permita operar con previsibilidad.

Un desafío adicional consiste en incorporar el trabajo de órganos autónomos, ya sea de rango constitucional o legal. Por vía infra legal no es posible integrar plenamente al Poder Judicial o al Poder Legislativo, lo cual requiere de una regulación legal específica; del mismo modo, existen restricciones para incorporar a otros órganos autónomos. En este punto, el Centro de Derechos Humanos formula una propuesta relevante respecto del rol que podría desempeñar la Contraloría General de la República.

En consecuencia, la institucionalidad infra legal actualmente en desarrollo puede cumplir una función transitoria: ordenar prácticas existentes, reducir dispersión y preparar el terreno para una futura regulación legal más robusta. En este sentido, podría pensarse en un mecanismo similar al de la Comisión Coordinadora del Sistema de Justicia Penal, en el cual confluyen el Poder Judicial y el Ministerio Público en una instancia creada bajo el alero del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Un modelo equivalente, en materia de cumplimiento, permitiría otorgar pautas más claras a los tribunales nacionales, particularmente en escenarios de revisión o adecuación de decisiones internas.

Esta discusión resulta especialmente relevante en el contexto del caso Vega González y otros, en el cual la Corte Interamericana ya no solicita la anulación de sentencias respecto de víctimas, sino la revisión y/o anulación de sentencias respecto de victimarios, con el objeto de aumentar las penas en casos de crímenes de lesa humanidad. Ello plantea problemas adicionales, particularmente vinculados a garantías procesales.

¿Cómo resolverá este punto la Corte Suprema?¹⁸² Se trata de un asunto actualmente en desarrollo: el Pleno mandató a la Segunda Sala para resolverlo, lo que probablemente derivará en la elaboración de un mecanismo aplicable a

182.- Con fecha 2 de enero 2026, la Segunda Sala de la Corte Suprema notificó la sentencia en este caso. Ver: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/139021>

situaciones en que existen condenas antiguas, dictadas bajo criterios como la media prescripción, utilizada de manera relevante hasta entrado el año 2000 y parte de la década siguiente.

Se trata, en definitiva, de un desafío nuevo y especialmente complejo, más aún considerando que se trata de un fallo adoptado por una mayoría estrecha (4/2) en cuanto al modo en que Chile debería cumplir en esta materia.

Un segundo desafío se vincula con los dictámenes emanados de órganos de un tratado, respecto de los cuales surgen problemas de legitimidad institucional: se trata de órganos cuasi jurisdiccionales, que no constituyen tribunales en sentido estricto. En este marco, por ejemplo, la Corte Suprema no acepta que se le indique cómo resolver una decisión en un proceso de sustracción internacional de un niño, caso que también se encuentra en curso de cumplimiento.

Estos elementos permiten observar con mayor precisión el comportamiento del Estado chileno en materia de cumplimiento de decisiones internacionales de derechos humanos.

En este contexto, a la Cancillería corresponde procurar el cumplimiento conforme al ordenamiento jurídico vigente, a las obligaciones internacionales asumidas y, además, con un sentido de responsabilidad que, en palabras de José Zalaquett -siguiendo a Max Weber-, combine una ética de la responsabilidad con una ética de la convicción. Ello, en definitiva, se vincula con la finalidad última del sistema: la tutela efectiva de los derechos de las personas y de las víctimas.

Muchas gracias.



XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI¹⁸³

Estado del arte sobre las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos en el momento internacional 2025. Una mirada desde la academia.

Teniendo presente los ejes temáticos de este seminario: la recepción de tratados de Derechos Humanos en ordenamientos jurídicos, el control de convencionalidad, el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la unificación de criterios de aplicación de la propia Corte IDH, esta ponencia desarrolla un relato de tres tiempos, cada uno, a su vez, en torno a tres preguntas:

- I. El “*momento internacional contemporáneo*” ¿en qué tiempo se encuentra en 2025 el derecho internacional?
- II. El “*estado del arte*” ¿de qué hablamos cuando hablamos de “*decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos*”?
- III. A partir de la conexión entre el “*momento internacional contemporáneo*” y este “*estado del arte*” ¿qué reflexiones se pueden evidenciar de cara a fortalecer el cumplimiento de estas decisiones de órganos internacionales de derechos humanos?

I. EL “MOMENTO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO” ¿EN QUÉ TIEMPO SE ENCUENTRA EN 2025 EL DERECHO INTERNACIONAL?

A modo de introducción y a propósito de los ejes temáticos señalados quiero poner en perspectiva el “*momento internacional*”, parafraseando el concepto o la idea de “*momento constitucional*” de Bruce Ackerman a propósito de los Estados Unidos y sus momentos revolucionarios y reformistas sobre la normatividad y cómo fueron relevados por la prensa en tiempos recientes¹⁸⁴. Ello pensando en el impacto que puede tener para abordar el diálogo sobre el derecho internacional,

183.- Abogada. Doctora en Derecho y Profesora Titular de la Universidad de Concepción. Directora de los Proyectos de Investigación aplicada FONDEF ID1710111 (2017-2020) y FONDEF ID17I20111 (2021-2023) ambos denominados “*Justicia y género*” y del Proyecto FONDECYT Regular “*Justicia, Género y Niñez*” (2025-2027). xgauche@udec.cl

184.- <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2019/11/10/abecedario-del-momento-constitucional/> (acceso: 7 de mayo 2025).

la constitución, el derecho interno y los mecanismos de cumplimiento de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos.

Quiero entonces partir por ahí. Cuando hablamos de “*órganos internacionales de derechos humanos*” muchas personas pensamos inevitablemente en el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945, en la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la incorporación de la persona humana como “*sujeto del derecho internacional*”, y en toda la codificación y desarrollo progresivo que ha experimentado el orden jurídico internacional desde esa fecha. Y eso está muy bien.

La Segunda Guerra Mundial durante el siglo XX, así como en su momento la Paz de Westfalia, han sido momentos claves en la historia mundial y determinantes en la forma en que se han configurado las reglas y principios del orden internacional.

La Paz de Westfalia, con los tratados de Münster y Osnabrück firmados en 1648 poniendo fin a la guerra de los 30 años tratados, histórico conflicto religioso y político en Europa, marcó el inicio del sistema de estados soberanos y estableció principios para las relaciones internacionales y el concepto de soberanía estatal: cada estado es independiente y tiene el derecho a determinar su propia política interna y externa. Es considerada el origen del Sistema de Estados moderno, caracterizado por que los estados se relacionaban entre sí sin una autoridad superior. También trajo la libertad religiosa y cambios territoriales: se garantizó la libertad religiosa en los estados alemanes, permitiendo a los gobernantes elegir su religión oficial y a los súbditos su propia fe, y se dio paso a la independencia de los Países Bajos y la transferencia de territorios a Francia y Suecia.

La Segunda Guerra Mundial, por su parte, fue un conflicto global entre 1939 y 1945 que tuvo un impacto devastador, creando nuevas superpotencias y dando inicio a la Guerra Fría con todo un nuevo marco normativo de reglas y principios para los estados. Involucró a la mayoría de los países del mundo con un alto nivel de violencia y destrucción, con un impacto demográfico, económico y social, así como dejando profundas transformaciones en una sociedad mundial que salió dañada ante un exceso de crueldad y la pérdida de respeto a la dignidad y la vida humana. Además, el surgimiento de Estados Unidos y la Unión Soviética como superpotencias marcó el inicio del tiempo bipolar de la Guerra Fría, tiempo cruzado por el proceso de descolonización en Asia y África y el debilitamiento de los imperios coloniales, todo ello mientras la ONU servía de gran paraguas para la formación y desarrollo de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos con normas, órganos y mecanismos de los que estamos hablando ayer y hoy en este seminario.

Esta breve referencia histórica me parece relevante porque en un minuto se pudo pensar que la guerra del golfo al inicio de la década del 90 (primera

transmitida por televisión “*en vivo*”) o el atentado a las Torres gemelas en 2001 podrían generar un nuevo orden y mutar el orden mundial liberal basado en las reglas acordadas desde 1945. Sin embargo, parece que ninguno de esos grandes momentos del tiempo reciente fueron en verdad un “*momento internacional*” capaz de alterar o redefinir significativamente las fronteras de “*principios*” como la igualdad soberana entre estados, el cumplimiento de buena fe de obligaciones internacionales, la solución pacífica de las controversias, el no uso de la fuerza o de la amenaza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier estado, o la no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, salvo causas profundamente justificadas, que la justicia y la doctrina internacionalista ha ido delimitando con el tiempo.

Cuando en 2025 se cumple el primer cuarto del siglo XXI planteo la interrogante sobre la posible gestación de un “*momento internacional*”. Claramente es una duda pretenciosa (y hasta irresponsable dirán algunos) pero hago el juego de palabras porque sí creo que el mundo podría estar experimentando un cambio de paradigma geoestratégico sin precedentes desde la 1945, cuyos desafíos deben ser analizados en distintos foros.

Asumiendo, por otra parte, que no digo ninguna gran novedad al señalar que estamos en un tiempo de cambios, sólo indicaré algunos a los que me parece hay que poner más que un poco de atención y más que sólo la alerta desde lo político o la prensa.

La globalización lejos de desaparecer está cambiando. Parece ganar espacio el mercantilismo y proteccionismo en lo económico, aunque sigamos mayoritariamente creyendo que el aislamiento no es viable. Por otro lado, estamos viendo procesos transnacionales de criminalización no imaginados en el último tiempo con un impacto muy directo en Chile y otros países del mismo bloque continental.

Los mercados internacionales ya no son los mismos. El ascenso de China, los retos de gobernanza, un mercado único incompleto, un exceso de regulación por algunos países afectan la competitividad y agrava todas las vulnerabilidades que la pandemia evidenció para economías pequeñas.

Rusia e Israel muestran el resurgimiento del uso de la fuerza en la política internacional, modificando el orden en términos de seguridad, capacidad militar y defensa, con brechas en tecnología militar y en cohesión social, difíciles de cerrar en el corto plazo.

Este marco, sumado o como consecuencia del auge de líderes autoritarios en diversos polos y desde distintas ideologías políticas complejiza la defensa de las reglas internacionales aprobadas en las últimas décadas. El “*liderazgo*” actual estadounidense ha evolucionado hacia una visión mercantilista y proteccionista,

impulsada por la figura del Presidente Donald Trump, cuya política y visión debilita la cooperación internacional a partir de la evasión de las reglas y principios del orden internacional que el propio EE.UU. ayudó a consolidar en 1945; del cuestionamiento al sistema interamericano, clave para la vida del multilateralismo de derechos humanos; de la reconfiguración de los estándares sobre privados de libertad (el anuncio de la apertura de Alcatraz es una buena muestra)¹⁸⁵ y si bien cuesta poco no empatizar con la necesidad de abordar la gravedad del escalamiento de la criminalidad organizada y sus efectos en las personas, no podemos transar con aquellos estándares que tanto costó construir.

En paralelo a estos cambios geoestratégicos, estamos atravesando en 2025 el problema global del cambio climático y la biodiversidad, la irrupción acelerada de la Inteligencia Artificial (IA), el renacer de movimientos más conservadores y la tensión hacia los movimientos identitarios de diversa naturaleza: en lo social, en lo académico y en los tribunales; el cuestionamiento al "multilateralismo" y el inicio de la era de un nuevo Sumo Pontífice que ha puesto énfasis a la paz, el diálogo, el encuentro y los puentes¹⁸⁶.

Lo que me interesa poner en esta vitrina académica es un llamado a considerar que sí podríamos tal vez estar en un "*momento internacional*", aunque sea en un sentido menos rupturista que el sentido de los "*momentos constitucionales*", lo que no me parece que sea retórica simplemente.

El punto acá es que si pensamos en los efectos de este cambio o evasión en las reglas del juego, no está difícil inferir que quienes primero se pueden llegar a ver "*damnificadas*" son las reglas referidas al cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellas muchas reglas blandas o "*soft*" que vienen de "*órganos internacionales de derechos humanos*" y, por tanto, buena parte de las incertidumbres que puede traer un cambio o una evasión de reglas – surgido eventualmente de forma gradual de la práctica consuetudinaria a la que estamos asistiendo – puede tener como principales afectadas a las personas.

Habría una posible tensión crítica sobre el derecho internacional de los derechos humanos y por ello me parece relevante apuntar estas ideas a modo de contexto sobre la actualidad, pero sobre todo para la proyección de las opciones de cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos y su fortalecimiento, apostando entonces por la importancia de no perder los avances que de estas decisiones se pueden reportar.

La lejanía de los vientos de cambio tras la celebración de la Cumbre del Milenio o de la adopción de la agenda 2030 debería preocupar. En su Informe 2024,

185.- <https://www.bbc.com/mundo/articles/c20xqwp6vdgo> (acceso: 5 de mayo de 2025).

186.- <https://www.vaticannews.va/en/pope/news/2025-05/pope-leo-xvi-peace-be-with-you-first-words.html> (acceso: 8 de mayo de 2025).

Amnistía Internacional dice que este “*efecto Trump*” ha agravado el daño causado por otros dirigentes mundiales durante 2024, echando por tierra decenios de minucioso trabajo para construir y promover los derechos humanos universales para todas las personas y acelerando el hundimiento de la humanidad en una nueva era caracterizada por la mezcla de prácticas autoritarias y codicia empresarial, a partir de su evaluación de la situación en 150 países¹⁸⁷.

Voy ahora a mostrar “*el estado del arte*” que anuncié, procurando levantar algunas características que se pueden tensionar aún más en el actual escenario mundial.

II. EL “ESTADO DEL ARTE” ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE “DECISIONES DE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS”?

En términos generales, hablar del “*estado del arte*” de un tema supone hablar de una revisión exhaustiva y sistemática de la literatura disponible sobre un tema específico. En simple, el estado del arte surge de un proceso de investigación documental que busca situar un tema dentro del panorama de conocimientos previos en un área específica.

Para los fines de esta presentación, el “*estado del arte*” que presento permitirá articular una forma amplia de responder a la pregunta ¿de qué hablamos cuando hablamos de “*decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos*”?

Sin ánimo de “*inventar la rueda*” esto parece relevante porque seguramente lo que primero pensamos es en la Corte IDH y en el mecanismo de la queja individual. Con todo, la revisión del “*estado del arte*” da un contexto amplio y evidencia una enorme cantidad de “*órganos internacionales de derechos humanos*” que toman “*decisiones*” o emiten “*pronunciamientos*” con los cuales se juegan las especiales características que la doctrina atribuye al derecho internacional de los derechos humanos.

No sólo los órganos de tratados y sus decisiones pueden dar lugar a “*estándares*” que, por ejemplo, se consideran en las políticas públicas.

En esta revisión vamos a presentar esto con una gran primera división: centrándome en los “*órganos*” pero también en los “*mecanismos*” a partir de los cuales toman decisiones o emiten pronunciamientos.

Quiero así proponer una agrupación de las “*decisiones*” que toman en el marco de sus competencias, considerando parte de la lectura de doctrina especializada y su abordaje. En esto la lectura de autores como Salvioli, Sommer, Perrotti o en Chile el manual coordinado por Tijmes, Lucas y Delgado dan luces para una ordenación posible.

187.- <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2025/04/global-human-rights-crisis-trump-effect-accelerates-destructive-trends/> (acceso: 8 de mayo de 2025).

De esta forma, podemos en primer lugar agrupar entre órganos convencionales y no convencionales. Los primeros serían aquellos creados por tratados internacionales, por contraste a aquellos cuya fuente de creación es diversa. En los primeros, a su vez, necesitamos precisar acá entre órganos internacionales convencionales jurisdiccionales y órganos internacionales convencionales que no tienen carácter jurisdiccional. A priori parece que, en este tipo de órganos, en todo caso, sus decisiones pueden tener más “*respaldo*” para ser cumplidas por ser órganos que viven al amparo de un tratado (fuente por esencia del derecho internacional). En la práctica eso puede ser así, pero los problemas de competencias en razón del objeto, y su correspondiente rol hermenéutico, especialmente de órganos no jurisdiccionales de tratados no es un tema simple.

Como órganos internacionales convencionales jurisdiccionales encontramos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la citada Corte IDH y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Como órganos internacionales convencionales no jurisdiccionales la práctica muestra algunos creados en virtud de tratados de derechos humanos de la ONU: 9 comités en 2025 con el mecanismo de queja individual y otras competencias, y órganos regionales no jurisdiccionales de derechos humanos. En este grupo aparecen como principales en el ámbito interamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); en el ámbito africano la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y, en el europeo, el Comité Europeo de Derechos Sociales.

En cuanto a las decisiones, derivado de la naturaleza del órgano que antes agrupé, observamos, por un lado, pronunciamientos o decisiones de órganos jurisdiccionales y, por el otro, pronunciamientos o decisiones de órganos convencionales no jurisdiccionales, esto es, de órganos internacionales creados en virtud de tratados de derechos humanos, o a los que los tratados de derechos humanos les otorgan competencias.

Como principales pronunciamientos o decisiones de órganos jurisdiccionales el estado del arte muestra a las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos en casos contenciosos y a las opiniones consultivas de esos mismos tribunales.

Como pronunciamientos o decisiones de órganos convencionales no jurisdiccionales, o sea, de órganos internacionales creados en virtud de tratados de derechos humanos, o a los que los tratados de derechos humanos les otorgan competencias, encontramos como más relevantes por su uso práctico a los dictámenes y los resultados del examen periódico de estados.

En efecto, las comunicaciones y peticiones individuales pueden derivar en dictámenes en los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos

de la ONU, de la CIDH, en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, además de aquellos emanados de procedimientos de soluciones amistosas ante órganos de naturaleza no jurisdiccional. Por su parte, el examen de informes periódicos de estados, las observaciones finales, y de documentos análogos puede incluir las observaciones finales adoptadas por los órganos creados en virtud de tratados de ONU (muy pertinentes por su frecuencia al caso chileno), las observaciones finales adoptadas por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por el Comité Árabe de Derechos Humanos o por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Si bien no tiene el mismo impacto para la práctica chilena, por ejemplo, también son parte de este grupo el mecanismo de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales; los casos inter-estatales en los distintos sistemas y los informes sobre países o temáticos que aprueba la CIDH.

De este grupo de pronunciamientos quiero comentar algunas ideas en concreto sobre las decisiones o dictámenes de los órganos de tratados. Si bien legalmente no son per se vinculantes, tienen un impacto significativo en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Basta pensar en la práctica en la referencia constante a los comentarios u observaciones generales elaborados por los comités de vigilancia de tratados, vistos como orientación autorizada sobre las obligaciones generales de los estados parte y la interpretación de las disposiciones de los tratados. Además, los procedimientos de quejas individuales, ante esos mismos órganos, han permitido que las personas puedan denunciar violaciones de derechos humanos, y aunque las decisiones no son vinculantes como una sentencia, los estados suelen cumplir con las medidas recomendadas o, al menos, las consideran al momento de la regulación legislativa o la adopción de políticas públicas.

Tienen, además, una característica especial que es importante relevar y que se refiere al tipo de interacción con las partes interesadas. Los órganos de tratados interactúan con una variedad de partes intervinientes, cada una con sus propios intereses, incluyendo organizaciones no gubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos, entidades de la misma ONU y otros mecanismos de derechos humanos. Las ONG, en la práctica, tienen hoy un rol importante en la presentación de informes alternativos (los antiguos “*informes sombras*”) y en la representación de víctimas en procedimientos de quejas individuales.

Ahora bien, en cuanto a otros órganos internacionales de derechos humanos no convencionales que emiten pronunciamientos de derechos humanos, sea emanados del sistema de procedimientos especiales de derechos humanos de la ONU como las relatorías y los grupos de trabajo, hay que incluir en “*el estado del arte*” a los informes sobre países de los procedimientos especiales, los informes

temáticos de los procedimientos especiales, el sistema de comunicaciones de los procedimientos especiales y un caso especial dentro de los procedimientos especiales: las comunicaciones tramitadas y resueltas por el grupo de trabajo sobre detención arbitraria. No entraré en una explicación de ellos atendido el propósito de este apartado y el propósito de presentar este “*estado del arte*”.

III. A PARTIR DE LA CONEXIÓN ENTRE EL “*MOMENTO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO*” Y ESTE “*ESTADO DEL ARTE*” ¿QUÉ REFLEXIONES SE PUEDEN EVIDENCIAR DE CARA A FORTALECER EL CUMPLIMIENTO DE ESTAS DECISIONES DE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS?

Lo que ahora pretendo es hacer “*dialogar*” el momento y el estado del arte. En esa interacción y de las variadas tensiones que se pueden proyectar a partir de la realidad, voy a quedarme con algunas que me parecen de mayor efecto práctico para los propósitos de este encuentro.

La histórica cuestión entre “*soft law*” y “*hard law*” y el valor jurídico de muchas de estas “*decisiones*” de órganos internacionales de derechos humanos, sean convencionales o no, jurisdiccionales o no, y en el marco de una permanente revisión al “*clásico*” esquema de fuentes del derecho internacional sigue siendo un tema presente no solo para la doctrina sino con un evidente sentido “*práctico*”. Parece aún un pendiente avanzar más sólidamente con un cuerpo doctrinal y jurisprudencial que reconozca que no sólo de los tratados pueden surgir obligaciones y que problematice de forma rigurosa el concepto de “*estándar internacional*” pues no todo lo que surja de un órgano internacional puede ser “*estándar*” y generar por ende la expectativa de cumplimiento estatal a través de leyes o políticas públicas.

El debate sobre la capacidad hermenéutica de los órganos internacionales convencionales de derechos humanos es un tema en “*tensión*” que tiene varias ramificaciones. Para partir, la necesidad de una mirada contemporánea sobre la función netamente interpretativa de los órganos de tratados de derechos humanos; el valor jurídico de las observaciones y comentarios generales y su aporte a la construcción de estándares o su aporte a la formación de “*opinio iuris*” para alguna nueva costumbre internacional, asumiendo que se trata de órganos creados por tratados (ergo, acuerdos vinculantes) en que toma fuerza el alcance que pueda tener la idea del “*consenso internacional*”. Mención genérica y aparte para un tema del que no me haré cargo por exceder estas breves reflexiones: la labor interpretativa de la Corte IDH con base en el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica y las preguntas a que lleva ¿interpretación o creación de derechos? ¿alcances de la “*interpretación evolutiva*” y del “*control de convencionalidad*”? ¿interpretación por autoridad o interpretación auténtica? En el nivel interno de cada estado: ¿cómo conciliar la interpretación sobre la decisión de un órgano internacional de los órganos jurisdiccionales y órganos administrativos como los entes contralores?

La cuestión de competencias concurrentes y posibles conflictos de interpretaciones entre órganos internacionales y cómo incide directamente en el impacto del “*valor jurídico de las decisiones*” con otros órganos que, no siendo “*de derechos humanos*” pero sí “*internacionales*”, emiten pronunciamientos que impactan en derechos humanos, es también un tema. Aquí entran en juego una gran cantidad de aristas, como son las siguientes:

La Corte Internacional de Justicia y su función respecto de los tratados de derechos humanos con la particularidad que suponen los órganos jurisdiccionales regionales de derechos humanos con sus casos de interpretación y aplicación de normas jurídicas ajenas a los sistemas de derechos humanos.

La Organización Internacional del trabajo (OIT) y sus pronunciamientos (los conocidos “dictámenes de la OIT”) que en la práctica son opiniones, análisis o interpretaciones sobre cuestiones laborales, generalmente emitidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y que ayudan a interpretar y aplicar las normas internacionales del trabajo establecidas por la OIT, siendo herramienta importante para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros en los convenios o tratados del área.

Otro caso es el de los pronunciamientos de la UNESCO a partir de un procedimiento extraconvencional confidencial de protección de los derechos humanos en las esferas de la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación, regulado por la Decisión número 104, de 1978, del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, que instaura un procedimiento de quejas individuales mediante comunicación de la víctima o grupo de víctimas (incluidas las ONG) directamente al director general de la Secretaría de la UNESCO, quien la remite al Comité de convenciones y de recomendaciones del Consejo Ejecutivo el cual, tras el estudio previo de su admisibilidad, intentará alcanzar una solución amigable entre la víctima y el Gobierno del Estado interesado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales o la competencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados del África Occidental son otras aristas que pueden ser consideradas según la realidad continental de que se trate.

También, las sanciones internacionales y los derechos humanos en su evolución en el Consejo de Seguridad de la ONU y el paso desde las sanciones globales a las sanciones inteligentes. Si bien la expresión empleada por la Carta de la ONU es la de “*medidas*”; la práctica y la doctrina internacionalistas recurren con carácter general al término sanción, lo que en ocasiones resulta objeto de debate precisamente por el carácter de punición que encierra esta palabra y las reales

facultades que la Carta otorga al Consejo de Seguridad. Muestras clásicas fueron los casos Yusuf/Al Barakaat y Kadi. En los hechos, se han aplicado sanciones, de una manera u otra, más o menos ampliamente, en los casos de Irak, Libia, la ex Yugoslavia, la actual Yugoslavia, Haití, Somalia, Angola, Rwanda, Liberia, Sudan, Sierra Leona, Camboya, Afganistán, Eritrea y Etiopía, República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Sudán, Corea del Norte e Irán¹⁸⁸.

Las razones de la práctica litigiosa estratégica internacional para “elegir usar” uno u otro mecanismo y recurrir a uno u otro órgano en búsqueda de una “decisión internacional de derechos humanos”, es otra arista del tema. Acá entran en juego algunas de las características generales que marcan diferencias entre un “dictamen del sistema universal” y una “sentencia del sistema interamericano”, o el marco constitucional de valor y mecanismos de ejecución de las decisiones internacionales, por ejemplo. En el caso de los primeros (dictámenes) se pueden tener como antecedentes algunas de sus propias características: existen para someter situaciones concretas y específicas, es necesario también “agotar los recursos internos”, se les dota en la práctica legal de carácter “cuasi jurisdiccional” a conveniencia, surgen de procedimientos más cortos y con menos formalidades que ante un tribunal internacional, surgen de una tramitación escrita, digitalizada en la actualidad y de carácter confidencial y no es necesaria representación jurídica. Además, dado que el mecanismo de comunicaciones individuales obliga a los Estados parte a entregar razones públicas y les da el derecho, a su vez, a exigir decisiones razonadas de los órganos de tratado, pueden existir razones de importancia política-diplomática más que jurídicas.

Finalmente, la naturaleza del “contenido” de las decisiones y su impacto en los ordenamientos internos para la posibilidad real o no de ser cumplidos, especialmente más allá de lo que surge del mecanismo de la queja individual: la práctica devela una enorme variedad de recomendaciones—en forma de legislación o medidas de política pública— que pueden surgir de una decisión de un órgano internacional.

La tensión es cómo se aborda por los estados. Se requiere no solo tener siempre presente el principio de buena fe para el cumplimiento de “obligaciones internacionales” (si el estado y el gobierno de turno está convencido que debe cumplir, sea porque es jurídicamente exigible o sea porque es políticamente necesario) Se necesita capacidad y voluntad de los estados y los gobiernos de cumplir, lo que en muchos casos no sólo pasa por decisiones que pueda tomar una Cancillería comprometida.

188.- <https://www.ohchr.org/es/statements-and-speeches/2023/09/impact-sanctions> (acceso: 7 de mayo de 2025).

Tomaré un caso respecto de Chile, sólo a modo de ejemplo, quedándome fuera de las situaciones específicas generadas desde el ejercicio de derecho de petición y siendo justa en que tomo algo reciente por lo que tal vez no ha existido un tiempo suficiente para que el estado pueda “cumplir”. Me refiero a recomendaciones recientes de órganos de tratados en materia de igualdad y no discriminación.

El último informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a Chile es del año 2022¹⁸⁹. En él, el Comité recomienda al país, entre varias otras, recomendaciones relativas a medidas normativas y otras relativas a políticas públicas: ajustar la Ley de No Discriminación a la Convención y evaluar sus repercusiones (párrafo 11); aprobar leyes conformes con el artículo 4 de la Convención para combatir el discurso de odio racista (párrafo 19); promulgar y aplicar proyectos de ley contra la incitación al odio y la discriminación racial (párrafo 19); abordar preocupaciones de las minorías en el proceso de redacción de la nueva Constitución (párrafo 9); diseñar y aplicar medidas para la plena participación e integración de los migrantes en la sociedad (párrafo 33); y llevar a cabo campañas de sensibilización para acabar con estereotipos negativos contra los migrantes (párrafo 33).

A su vez, el Comité que supervisa la implementación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, examinó el octavo informe periódico de Chile en 2024¹⁹⁰. En sus observaciones finales el Comité dejó también recomendaciones relativas a medidas normativas y políticas públicas, tales como, incorporar plenamente la Convención en el ordenamiento jurídico nacional y aprobar una ley contra la discriminación que garantice la igualdad formal y sustantiva (párrafo 12°); asegurar que cualquier modificación de la Ley Antidiscriminación se ajuste a las normas internacionales (párrafo 12b); adoptar medidas especiales de carácter temporal, como cuotas y trato preferencial, para acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres (párrafo 22); y aprobar y aplicar una política integral sobre el discurso de odio hacia mujeres y niñas (párrafo 24a).

Estamos en 2025 y se ve lejano el avance concreto hacia la efectivización de algunas de esas medidas: no hay nueva Constitución, no hay reforma a la ley antidiscriminación y la migración no parece ser un tema pacífico ni para quienes migran a Chile ni para la sociedad local.

189.- https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/37288/1/BCN_El_Estado_de_Chile_y_sus_obligaciones_internacionales._El_principio_de_Igualdad_y_no_discriminacion.pdf (acceso: 5 de mayo de 2025).

190.- https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/37288/1/BCN_El_Estado_de_Chile_y_sus_obligaciones_internacionales._El_principio_de_Igualdad_y_no_discriminacion.pdf (acceso: 5 de mayo de 2025).

PALABRAS DE CIERRE.

No quisiera terminar esta presentación dejando una sensación de gran preocupación. Por el contrario, cerraré pensando en algunos desafíos al modo de oportunidades que de este “*momento internacional*” podrían surgir, se comparta o no que estamos asistiendo a un posible momento de ajustes de las reglas internacionales posteriores a 1945.

Presentaré someramente solo dos de ellos, que podrían ser abordados de forma conjunta entre los gobiernos y la academia en un mediano o largo plazo. Bajo esta mirada, no me centro en oportunidades de un más corto plazo, como podrían ser la (re) activación de comisiones que revisen el cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales, los necesarios y transversales impulsos para una labor más cohesionada entre poderes del estado o, tal vez, algunas necesarias reformas legales para dar contenido a compromisos de tratados vigentes o facilitar el cumplimiento de las reparaciones establecidas en decisiones jurisdiccionales internacionales, monitoreando su cumplimiento, por ejemplo.

Con esta prevención, un primer desafío de mediano o largo plazo sería retomar la idea de un nuevo marco constitucional, implementado de forma robusta y más o menos uniforme en torno a la articulación entre derecho internacional y derecho interno. Para ese posible proceso hay ciertas ideas que parecen ya consolidadas en la práctica chilena y que podrían ser asumidas. Un ejemplo es ampliar las referencias para una mejor armonización de la diversidad de “*fuentes*” en que se expresa la obligación internacional del estado. Ya que la actual constitución sólo habla de tratados es deseable el reconocimiento a la costumbre y, especialmente a propósito de este seminario, a la jurisprudencia judicial internacional. El tema no es menor pues la “*sacralización*” del carácter vinculante de los tratados colisiona en la realidad con la enorme cantidad de mecanismos de “*flexibilidad de los tratados*”: desde las declaraciones interpretativas a las reservas, todas las cuales pueden llegar a transformar en bastante “soft” a un tratado. Otros ejemplos son lo referido a la competencia que se entregue a “*órganos internacionales*”: cuáles y con qué claves de interpretación, como la “*conforme*”; o la reconfiguración de algunas institucionalidades, sin centrar el debate en la “*cuestión de la jerarquía*” y abriendo una buena discusión sobre esto en el marco de la responsabilidad internacional por incumplimiento o sobre la recepción constitucional de un nuevo “*pluralismo jurídico*”, teniendo presente la gran cantidad de sentencias condenatorias de la Corte IDH.

Si bien el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política ha funcionado como norma de reenvío, de inclusión o puente, y mucho ha dado a la causa de los derechos humanos, tendrá que venir un tiempo de no seguir pidiéndole más de lo que puede dar frente a la complejidad del escenario normativo internacional y tomar lecciones de los varios intentos fallidos por lograr una nueva constitución en la última década.

En esto invito a tener presente que el derecho internacional no obliga a cómo hacer articulación o apertura, pero orienta con principios claves: buena fe o el *pacta sunt servanda*, por ejemplo, debiendo en todo caso asumir y abordar otra tensión. La que existe entre la política nacional contingente y las agendas internas de corto plazo con las obligaciones internacionales. Por ello es tan relevante el rol de la academia: para reforzar el diagnóstico que, al menos, permita algunas reformas que sirvan para favorecer la mejor armonización entre ordenamientos y, de paso, la implementación de políticas que ya se han dictado a partir de obligaciones internacionales, como es el caso de la política de igualdad de género y no discriminación, de efectivización de derechos de la niñez, los planes de acción nacional en el marco de la resolución 1325 del CSNU o la política exterior feminista, por ejemplo.

El segundo desafío que propongo tiene que ver con reforzar el rol del multilateralismo como forma de "amortiguar" los efectos del tiempo que vivimos en el ejercicio ciudadano de derechos como la libertad de expresión, la igualdad y no discriminación o la identidad en un amplio sentido. El bajo avance en el cumplimiento de los ODS, justamente entre otros temas por estas incertidumbres y bajo apoyo actual al multilateralismo, puede servir de evidencia de esta cuestión. A inicios de abril de 2025 José Manuel Salazar-Xirinachs, Secretario Ejecutivo de la CEPAL, presentó un nuevo informe de seguimiento de la Agenda 2030 en la región, haciendo énfasis en la importancia de fortalecer las capacidades institucionales para gestionar las transformaciones y rescatando el valor del multilateralismo para catalizar la acción y la esperanza ante el complejo contexto internacional. Justamente Salazar-Xirinachs se refirió también al contexto económico y geopolítico mundial actual y al valor del multilateralismo para navegar el incierto escenario internacional. *"El mundo está bajo un choque geopolítico, un período de bajo crecimiento de las economías y del comercio, el resurgimiento de tendencias proteccionistas y el riesgo de guerras comerciales; una revolución tecnológica acelerada y retos en materia de sostenibilidad ambiental y cambio climático"*, indicó¹⁹¹.

Esto puede llevar a un empeño multilateral para identificar y visibilizar casos en que se desarrollen posibles estrategias nacionales para extender los procesos internos y evitar llegar a la etapa de *"agotamiento de los recursos internos"* instando a erradicar prácticas reñidas con principios tal elementales como el *"pro persona"*, por ejemplo.

En fin. Sintetizo diciendo que decisiones de *"órganos internacionales de derechos humanos"* hay para todos los gustos estatales, gubernamentales, académicos y litigantes. Resultados de cumplimiento de estas decisiones, también. De luces y de sombras. Quienes pueden pagar las consecuencias de un *"momento*

191.- <https://www.cepal.org/es/comunicados/al-ritmo-actual-solo-23-metas-objetivos-desarrollo-sostenible-se-alcanzarian-2030> (acceso: 5 de mayo de 2025).

internacional" que complejice aún más el cumplimiento de las decisiones de órganos internacionales de derechos humanos somos justamente las personas.

Termino recordando al profesor y jurista Antonio Augusto Cancado Trindade quien se fue muy pronto de la vida terrenal y quien seguramente estaría construyendo nuevas argumentaciones para seguir sosteniendo una de sus tantas propuestas: volver al origen del DI y centrarlo en la persona humana. No sólo porque fui formada por el maestro Cancado, sino porque creo firmemente que no debemos dejar que sea el tiempo de los estados sino instar para el tiempo de las personas es que quiero recordarlo en este seminario.

El jurista brasileño, quien fuera juez de la Corte IDH y de la Corte Internacional de Justicia, fue reconocido por su práctica habitual al votar en conjunto con los tribunales las sentencias, incluyendo en numerosas ocasiones un texto aparte con su propia fundamentación. Son los famosos "*votos razonados*", cuyos contenidos construyeron una doctrina jurídica digna de ser estudiada por su fuerte espíritu latinoamericano en temas tan relevantes como el "*proyecto de vida*", el "*daño espiritual*", la "*memoria y su necesidad*", el concepto de "*reparación*", el surgimiento de la "*responsabilidad Internacional del Estado, el concepto de crimen de estado y el principio de la proporcionalidad*", o "*la vulnerabilidad de la existencia humana y la responsabilidad internacional del Estado en materia de Derechos Humanos*".

Específicamente traigo una idea de su "*voto razonado*" en el caso Penal Castro Castro contra Perú¹⁹². Dijo el juez Cancado Trindade en 2006 (hace ya casi 20 años):

"17. En lo que respecta a la milenaria brutalidad humana, los hechos superan en mucho a la imaginación humana. Cuando uno piensa que ha imaginado lo peor, surge entonces un hecho que demuestra que el ser humano es capaz de ir aún más allá en el trato brutal dispensado a sus semejantes".

Muchas gracias.

192.- Sentencia Penal Castro Castro contra Perú, Serie C 160, 2006, párrafo 17.



MESA DE TRABAJO 2

Recepción de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales en la elaboración de los mensajes presidenciales y en el proceso legislativo.



EDGARDO RIVEROS MARÍN¹⁹³

*La consideración de los tratados internacionales
en las iniciativas legislativas.*

Agradezco la invitación a participar en este Seminario Internacional organizado por el Tribunal Constitucional y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Me corresponde abordar el tema relacionado con los fundamentos jurídicos que obligan a considerar a los tratados en las iniciativas legislativas que sean presentadas a la discusión.

Un primer aspecto básico para tener presente es que la naturaleza jurídica del derecho internacional se genera a partir de la voluntad de los propios sujetos. De esta forma la certeza jurídica de su cumplimiento, observancia y desarrollo depende de la valoración que los Estados hacen, al obligarse, de los bienes jurídicos involucrados.

De esta forma, los principios fundamentales que informan el sistema jurídico, consagrados en la fuente convencional, están basados en la buena fe con que deben actuar los sujetos. Ello, debemos especificar, no solo en los tratados sino también respecto a la fuente consuetudinaria y otras que se han ido considerando evolutivamente. Lo que hizo la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados fue incorporar aquellos principios en el instrumento codificador, especificándolos en sus artículos 26 y 27.

Los Estados han consagrado paulatinamente estos principios en su derecho interno, específicamente en las Constituciones Políticas. En lo que respecta a Chile, en el último tiempo, lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 5°, incluido el importante párrafo agregado en la reforma de 1989 y el paso dado en la de 2005 con la incorporación del inciso quinto del artículo 54 N° 1 de la

193.- Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho Universidad Complutense de Madrid, España. Magister en Ciencia Política y Derecho Internacional Público Universidad de Bonn, Alemania. Profesor titular de la Facultad de Derecho Universidad Central e imparte docencia también en la UNAB. Ha ejercido docencia en la Universidades de Chile, Católica, Talca, Universidad Nacional Andrés Bello, Autónoma, de Las Américas, Miguel de Cervantes. Miembro de Número del Instituto Hispano-Luso- Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Ex subsecretario de los ministerios Secretaría General de Gobierno, de la Presidencia y de Relaciones Exteriores. Ex diputado de la República.

Constitución. Hubiese sido un retroceso de magnitud si hubiere prosperado la eliminación de esta última disposición en alguno de los dos proyectos de reforma constitucional que conocimos.

Respecto a la norma incorporada en el inciso segundo del artículo 5° hay que precisar que ello tuvo como referente la experiencia vivida, en el periodo de dictadura, en cuanto a que hubo tratados ratificados por Chile y en vigor que no se aplicaron, argumentándose que ellos no estaban incorporados al derecho interno por no haber sido publicados en el Diario Oficial. Específicamente esto ocurrió con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que Chile ratificó en 1972, figurando por ello entre los treinta y cinco Estados que posibilitaron la entrada en vigor del tratado en 1976. Sin embargo, habiéndose promulgado por el gobierno ese año no se publicó hasta 1989, luego de la reforma a la Constitución señalada.

Chile ha basado su política exterior, enmarcado en su sistema democrático, en principios permanentes, como son: la adhesión al multilateralismo; el respeto al derecho internacional; consideración de los derechos humanos como valor universal; la no intervención en los asuntos que son de la exclusiva jurisdicción interna de los Estados, autodeterminación de los pueblos y los demás principios y reglas que han regido el orden internacional con el objetivo de preservar la paz, la seguridad internacional y la cooperación internacional en los diversos ámbitos. En torno a estos principios se ha estructurado la comunidad internacional a partir del término de la segunda guerra mundial, específicamente indicados en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1970.

Esto es necesario recordarlo en la época que vivimos porque, justamente, se percibe el debilitamiento de estos principios y reglas por la acción de gobernantes que, situados en posiciones de alto poder, parecen despreciarlos. Es una realidad de la cual hay que hacerse cargo y generar conciencia de los riesgos que ello implica.

En este contexto adquiere mayor importancia ser estricto en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y también rigurosos en la forma de procesar los compromisos que se adoptan en la esfera internacional, partiendo de la base que ello no puede hacerse desde una posición rígida de la concepción de soberanía, sino con la flexibilidad necesaria que requiere toda negociación que busca acuerdos que perduren y convergen con el interés nacional. Esta forma de actuar es incompatible con posiciones autárquicas y aislacionistas toda vez que hoy existe, como realidad inevitable, una interdependencia entre los integrantes de la comunidad internacional.

En el marco de mi intervención, en perspectiva de asegurar el cumplimiento en el ámbito interno de los compromisos internacionales, estimo que el procesamiento jurídico exige un doble control. Por una parte, que el proceso legislativo y el ejercicio de la potestad reglamentaria se ajusten a la normativa

internacional que vincula a Chile. Por otra parte, surge la necesidad de efectuar un análisis oportuno -particularmente en la negociación, en la adopción del texto y en el proceso de aprobación de los tratados en cumplimiento de la normativa constitucional- del impacto que nuevos acuerdos internacionales puedan tener en la normativa interna.

Teniendo presente el primero de los aspectos indicados, es preciso se considere en todo mensaje o moción, en sus fundamentos y expresión de motivos, un control de convencionalidad, de tal manera de individualizar el vínculo que la iniciativa legislativa pueda tener en los compromisos internacionales que el Estado de Chile ha adquirido. De esta manera se debe coordinar y ajustar la norma en proyecto al proceso de inserción internacional y evitar, en último término, quedar expuesto a que se haga efectiva la responsabilidad internacional ante una eventual violación de normativa internacional a través de la ley o la norma emanada de la potestad reglamentaria.

En vinculación con lo expresado, es pertinente destacar que nuestro constituyente derivado ha tenido presente estos aspectos al nivel más elevado de la normativa, como es la Constitución Política. En efecto, al generar el procedimiento destinado específicamente a la elaboración de una Nueva Constitución, válido tanto para el primer proceso que tuvo lugar, como para el desarrollo del segundo. Me refiero específicamente a lo consagrado en el último inciso del artículo 135 que señala expresamente: *“El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”* (lo destacado lo efectúa el expositor).

Sin embargo, en lo que se refiere al control de constitucionalidad represivo, específicamente en torno al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tenemos un punto de debate jurídico. Si se observa el texto de lo preceptuado en el artículo 93 N° 6, no se contempla el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los tratados internacionales, sino solo de los preceptos legales. A diferencia de lo establecido para el control preventivo, tanto obligatorio como facultativo de constitucionalidad. En efecto, la norma constitucional entrega expresamente al Tribunal Constitucional la facultad para ejercer su competencia respecto a los tratados internacionales, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 93, números 1 y 3.

Esta situación, a mi juicio, claramente ordenada en la Carta Fundamental, ha estado en cuestión desde que, al hacer control de constitucionalidad de su propia Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional tachó de inconstitucionalidad el artículo que, en línea con el mencionado artículo 93, N° 6, dejaba fuera de la posibilidad de promover el recurso de inaplicabilidad respecto a tratados internacionales. Sin bien, no se ha generado, hasta ahora, jurisprudencia de fondo en esta materia,

si la ha habido a través de pronunciamientos declarando admisibles, para su posterior conocimiento por el pleno, de recursos de inaplicabilidad de tratados internacionales, lo que ha traído consigo una reanudación del debate respecto al tema.

Particular atención en la discusión que se ha generado es la insistencia, para hacer posible la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad respecto a los tratados, de asimilar éstos a una norma legal no obstante lo señalado en el texto constitucional. En efecto, no se asumen para ello ni las disposiciones ya citadas, ni lo señalado en el inciso primero del artículo 54, N° 1 de la Constitución que norma el procedimiento de aprobación del Congreso de un tratado, previo a su ratificación. Este no es un tema de jerarquía, sino de distinguir entre fuentes de derecho que son distintas tanto en su generación, como en su aplicación en el derecho interno y las consecuencias que traen sus incumplimientos. En el caso de la fuente de derecho, al emanar su incumplimiento de un órgano del Estado implica quedar expuesto, como tal, a la responsabilidad internacional.

La redacción del artículo 54, N° 1, inciso primero de la Constitución, que modificó el antiguo 50, N°1, incorporó una frase destinada a distinguir entre tratados y normas legales. Esto es, disponer que, el proceso de aprobación de un tratado por el Congreso *“se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”*. En la interpretación de este texto hay que tener presente el efecto útil de las palabras en una norma jurídica. Esta redacción se debe, específicamente, a que no era infrecuente que la posición de asimilar los tratados a normas legales se basara en los antiguos textos constitucionales, toda vez que ellos señalaban, simplemente, que la aprobación de los tratados por el Congreso Nacional debía seguir los trámites de una ley.

A lo señalado debe agregarse que, aunque sea para un caso particular, si se acogiera eventualmente un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se estaría derogando, modificando o suspendiendo un tratado a través de una vía distinta a las expresamente señaladas en el inciso quinto del artículo 54, N° 1 de la Constitución, cuya importancia hemos señalado en párrafos anteriores, que indica: *“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”*.

Ciertamente un tema de especial atención es el de la supremacía constitucional, al cual pronto nos referiremos.

Una situación también necesaria de considerar es la denuncia como alternativa de terminación o retiro de los tratados en la medida que éste pudiera colisionar con nuevas disposiciones de orden interno. En este aspecto resulta indispensable discutir si esta debe mantenerse como es actualmente, esto es, una facultad

exclusiva del Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 54, N° 1, incisos sexto y séptimo, de denunciar los tratados teniendo solo la obligación de consultar e informar al Congreso, o si es necesario reformar la disposición otorgando al Congreso la facultad de aprobar la denuncia. A mi juicio, es fundada y necesaria esta reforma, dada la circunstancia que, si el Presidente requirió la aprobación del Congreso Nacional para obligar al Estado a un tratado, salvo los acuerdos simplificados, resulta lógico que también la requiera para terminarlo o retirarse de él. Esto resulta más evidente si se considera que para retirar una reserva, que el Congreso tuvo en consideración para aprobar un tratado previo a la ratificación, sí se requiere, por disposición constitucional, la aprobación de éste.

El segundo aspecto, cual es el análisis de los impactos que nuevos acuerdos puedan tener en la normativa interna, lo primero que habría que señalar, teniendo como referente normativo los tratados, es que este aspecto debe estar presente en todas las fases de su conclusión, vale decir, en la negociación, la firma y la ratificación. Si nos situamos en la intervención del órgano legislativo es básico que, en el mensaje conductor del tratado sometido a su aprobación, se pormenore acerca de los vínculos e impactos que el acuerdo internacional pudiera tener en el orden normativo interno.

Respecto a este tema, además de las consideraciones y examen que efectúen el propio Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, en las fases que les corresponden, adquiere especial significado el control preventivo de constitucionalidad para respetar el principio de supremacía constitucional. Un ejemplo al respecto es lo ocurrido con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, mediante la sentencia de fecha 8 de abril de 2002, Rol N° 346.

Para superar el reparo de constitucionalidad, efectuado por el Tribunal Constitucional en el fallo señalado, hubo que efectuar una reforma constitucional habilitante mediante el texto incorporado a la disposición vigesimocuarta transitoria de la Carta Fundamental a través de la Ley N° 20.352, publicada el 30 de mayo de 2009. Sin dicha reforma no hubiese sido posible ratificar el Estatuto de Roma. Por tanto, es preciso aclarar que el cumplimiento del principio de supremacía constitucional está nitidamente presente respecto a los tratados internacionales, operando en el proceso previo al otorgamiento del consentimiento del Estado para obligarse por el tratado.

Especial consideración al respecto debe darse a los tratados internacionales simplificados, que se refieren a materias que no son del dominio legal y, por tanto, no requieren aprobación del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41, N°1, inciso cuarto de la Constitución.

No he estimado pertinente referirme de forma particular a los tratados auto ejecutables y no auto ejecutables, porque, entiendo, ha sido materia asumida por otras exposiciones.

Termino esta exposición con la vinculación entre política exterior y su expresión jurídica. A mi juicio, está presentándose en el mundo una tendencia hacia un neo soberanismo que obstaculiza la inserción internacional de los Estados y donde posiciones políticas de diverso origen ideológico, incluso antagónicos, convergen. Esto se manifiesta en que algunos ponen barreras al vínculo jurídico internacional de los Estados en materias como protección eficiente de los derechos fundamentales de las personas, incluidos los que han emergido en las últimas décadas, como la protección del medio ambiente y el cambio climático, y otros respecto a los temas económicos, particularmente comerciales. Ambas posiciones argumentan la posibilidad de una lesión a la soberanía de los Estados para salir al paso y oponerse a dichas vinculaciones, jurídicamente reguladas y protegidas internacionalmente. Seamos claros, en Chile eso lo hemos presenciado. Ahora bien, cuando una superpotencia, conducida con una pulsión autárquica, coloca en tela de juicio no solo uno de los ámbitos señalados, sino ambos, anunciando la implementación de acciones impulsadas por esa convicción, coloca al mundo en alerta, genera incertidumbre y tensión, porque basa su conducta en la falta de apego a principios y reglas convenidas.

Felicito la iniciativa del Tribunal Constitucional y del Ministerio de Relaciones Exteriores por hacer posible este seminario, que se inserta en el propósito de orientar la convergencia entre la normativa internacional y la interna. A su vez, fortalece la proyección de Chile como un país apegado al cumplimiento de los acuerdos y compromisos internacionales a los cuales soberanamente ha concurrido.



WILLIAM GARCÍA MACHMAR¹⁹⁴

Recepción de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales en la elaboración de los mensajes presidenciales y en el proceso legislativo.

I. PLANTEAMIENTO

La presente exposición adopta el punto de vista de mi especialidad, esto es, el derecho administrativo y en estas breves líneas expondré sobre el rol del Presidente de la República en el proceso legislativo chileno, a la luz de la recepción de las obligaciones internacionales en la incorporación de estas en el ordenamiento jurídico interno.

Se trata de un fenómeno complejo, que demanda una articulación institucional precisa entre el ejecutivo y el legislativo.

Analizaré dos tipos de iniciativas legislativas: por un lado, los proyectos de ley que ejecutan directa o explícitamente obligaciones internacionales y, por otro, aquellos proyectos que lo hacen de manera indirecta o incluso implícita.

Luego abordaré algunos ejemplos concretos que evidencian los desafíos de coordinación, la influencia del derecho internacional en el debate legislativo y la relevancia del liderazgo presidencial. En particular abordaré cómo se invoca el derecho internacional, lo que puede ser relevante en el proceso de revisión de constitucionalidad de la ley, en tanto se verifica en ese proceso judicial la racionalidad de ciertas decisiones del legislador, especialmente cuando estas causan algún tipo de gravamen u obligación.

II. PROYECTOS DE LEY QUE EJECUTAN DIRECTAMENTE OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Este tipo de proyectos se originan en tratados que ya están ratificados por Chile o en decisiones vinculantes de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hemos tenido amplia oportunidad de escucharlos anteriormente.

194.- Abogado por la Universidad de Chile. Magister en Derecho, mención Derecho Público, por la Universidad de Chile. Master of Laws en Teoría Legal por la New York University.

En estos proyectos, no suelen señalar en su título que están cumpliendo con obligaciones internacionales, pero en sus fundamentos, es posible encontrar una invocación muy clara a estos precedentes, decisiones u obligaciones internacionales. En estos casos el Presidente actúa como un garante de la coherencia entre el derecho interno y las exigencias internacionales, lo hace a través de sus ministerios y particularmente a través de la Secretaría de la Presidencia.

Podríamos decir que acá hay un control de convencionalidad que es bastante explícito en sede legislativa.

El objetivo es ser fiel y cumplir de buena fe con las obligaciones internacionales contraídas. Un ejemplo paradigmático es la Ley N°20.962 que aplica la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flor y fauna silvestres. Si bien su origen estaba claramente en un tratado y su aprobación tenía como objetivo darle eficacia a un tratado, el Ministerio de Relaciones Exteriores, que participó en la iniciativa, fue desplazado en el liderazgo de su discusión por el Ministerio de Agricultura, lo que resulta en algún sentido natural en tanto el Ministerio de Agricultura era el encargado de ejecutar las obligaciones internacionales que se estaban formalizando a través de la ley.

Otro ejemplo es el de la Ley N°20.609, conocida como ley antidiscriminación, promulgada en el año 2012. Este proyecto surgió como respuesta a obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados. En su impulsión por parte de la sociedad civil, que fue muy activa en este proyecto, se ve que existe una manifestación de la exigencia por parte de la sociedad civil, en un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales, lo que fue clave en su aprobación.

En este tipo de proyectos, el rol del Ministerio de Relaciones Exteriores no está formalizado; el único ministerio que tiene un rol formalizado en materia legislativa es SEGPRES. Esto puede derivar en una cierta fragmentación, es decir, en no reconocerle un rol activo al Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por ejemplo, la Ley N°2145, del año 2022, que establece la ley Marco de Cambio Climático, tiene fundamentación explícita en obligaciones internacionales, pero en su tramitación se producen diferencias entre los ministerios sectoriales económicos, que tenían interés en moderar la profundidad de la participación de las organizaciones ambientales y el Ministerio de Relaciones Exteriores, que buscaba una ejecución fiel de las obligaciones internacionales.

III. PROYECTOS DE LEY QUE EJECUTAN INDIRECTA O IMPLÍCITAMENTE OBLIGACIONES INTERNACIONALES

En este tipo de proyectos no se reconoce un origen en obligaciones directas de carácter internacional, pero su contenido se alinea con obligaciones derivadas de tratados o decisiones de órganos supranacionales.

Acá, el rol del Presidente de la República también se va a manifestar ya no directamente, no solo en el mensaje, sino que a través de las indicaciones que también van a resultar de un proceso de diálogo con el Poder Legislativo, en donde diputados o senadores van a exigir modificaciones a ciertos proyectos, atendidas las dimensiones internacionales del proyecto de ley que se puede estar discutiendo.

El universo de proyectos de ley que tienen estas características ya que indirectamente se alude en obligaciones internacionales, es un universo casi inabarcable. La cantidad de tratados vigentes y la amplitud de materias que abarcan, el lenguaje abierto que emplean hace que sean múltiples las iniciativas que puedan tocar este tipo de obligaciones internacionales.

En este punto me gustaría destacar cuál es el uso que se le da al derecho internacional o a las obligaciones internacionales contraídas:

Al momento de redactar un mensaje o de preparar indicaciones, se invocan los tratados internacionales como una forma de legitimar lo que se está haciendo. Una forma de darle un pedigree internacional, una justificación en obligaciones que van más allá de la pura iniciativa política, sino que tienen un fundamento jurídico internacional.

Es así, como estas obligaciones internacionales se utilizan para reforzar, para ampliar las posibilidades políticas de éxito de un proyecto, pero también los tratados internacionales se usan para oponerse a iniciativas, es decir, la oposición a ciertas iniciativas también va a estar vinculada al lenguaje de las obligaciones internacionales.

IV. EL USO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

A modo de ejemplo, hemos visto que se ha destacado como las obligaciones internacionales se han utilizado en varias ocasiones para impedir la reintroducción de la pena de muerte en nuestro sistema jurídico, pero también existe esta invocación a obligaciones internacionales, para oponerse a innovaciones o a regulaciones de carácter económico, toda vez que se invocan tratados de inversiones, tratados multilaterales o bilaterales, de inversiones o de libre comercio. Así ha ocurrido o está ocurriendo con diferentes proyectos de ley de reforma constitucional sobre retiro de fondos de pensiones y está ocurriendo hoy en día, con la actual modificación a la Ley de Pesca.

Otro ejemplo que me parece destacable es lo que ocurrió con la Ley N°21.030, que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo. Se invocó el derecho internacional tanto a favor del proyecto, como en contra del proyecto. Es decir, también el derecho y obligaciones internacionales sirvieron para el análisis de constitucionalidad del proyecto. Así entendemos que la utilización del derecho internacional no es unívoca, no camina en un solo sentido.

En este escenario, la relevancia del derecho internacional depende de la convergencia entre convicción jurídica y capital político. La relevancia que se le dará al derecho internacional en la discusión y aprobación de un proyecto que solo se relaciona indirectamente con tratados internacionales depender, de la convicción de sujetos, en particular de la de los diputados, senadores o ministros que van a participar en su discusión, así como de la influencia de grupos de la sociedad civil o también de grupos que defienden intereses particulares.

Un caso que, a mi juicio, también sirve para ejemplificar esta situación es la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. En ella no se planteó en su mensaje que se estuviesen cumpliendo con obligaciones internacionales, pero, a lo largo de la discusión, la sentencia del caso Claude Reyes en contra de Chile fue un elemento preponderante en diferentes etapas del debate legislativo y fue perfilando el estándar al cual se tenía que sujetar el Estado de Chile al momento de adoptar esta nueva legislación, que, sin duda, era una implementación de derechos, reconocidos en tratados internacionales.

V. REFLEXIONES Y TENSIONES A PROPÓSITO DEL USO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

La experiencia chilena demuestra que la internacionalización de obligaciones internacionales en el proceso legislativo es un fenómeno dinámico, pero sujeto a tres tensiones estructurales:

Primero, la falta de un protocolo interministerial claro para proyectos explícitos, es decir, proyectos que directamente abordan obligaciones internacionales, genera duplicidad o vacíos, por ejemplo, en la implementación del Estatuto de Roma a través de la Ley N°20.357, del año 2009. Tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como el Ministerio de Justicia asumieron roles de liderazgo que, por lo tanto, se iban a superponer en la tipificación de los crímenes de lesa humanidad. Esto destaca el rol coordinador de la SEGPRES, pero además llama la atención cuál va a ser el rol del Ministerio de Relaciones Exteriores cuando se trata de ejecutar obligaciones que están obvia o directamente en tratados internacionales.

Segundo, tratándose de los proyectos que indirectamente abordan obligaciones internacionales, la ausencia entre comillas de una brújula internacionalista puede

llevar a que su recepción dependa de factores contingentes, es decir, de la buena disposición de diputados, senadores o ministros.

La Ley N°21.120 del año 2018, sobre Identidad de Género, lo ilustra, aunque en el mensaje no se citan estándares interamericanos, en su aprobación final y a lo largo de su discusión se incluyen salvaguardas para menores de edad que sí son coherentes con los estándares promovidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este avance fue posible gracias a la presión de organizaciones de la sociedad civil y legisladores sensibilizados, más que de una estrategia deliberada de estar cumpliendo, a través de este proyecto de ley, con obligaciones internacionales.

Finalmente me gustaría abordar una idea que se ha mencionado, cual es la necesidad de incorporar o no un rol rector del Ministerio de Relaciones Exteriores o de organismos asesores específicamente dedicados a la coherencia de la legislación con tratados internacionales.

Se ha propuesto crear organismos especializados neutrales del proceso político, que se dedicaran a cautelar una correcta técnica legislativa o bien organismos neutrales políticamente, que cautelen una evaluación costo beneficio de la ley, es decir, que las intervenciones, la carga económica de todas las leyes, se justifique en los costos, en los beneficios económicos que va a significar. Todo esto, se relaciona con lo que se denomina la evaluación ex ante de la ley.

Dicha evaluación está tensionada por diferentes intereses que pueden ser contrapuestos: la promoción de los derechos humanos, específicamente la remoción de desigualdades en contra de la mujer, el cumplimiento de obligaciones internacionales, como dije, la evaluación costo-beneficio.

En otras ocasiones otras unidades del Ministerio de Relaciones Exteriores han mencionado la necesidad de que todos los proyectos de ley sean evaluados en cuanto a si son coherentes o no con los tratados de inversiones internacionales y han reclamado para sí un rol en el proceso legislativo, al lado de la SEGPRES.

Como pudimos ver, existe una demanda por recarga de la evaluación ex ante de la ley. Yo, la verdad, no sé si más de estos controles ex ante de la ley nos van a llevar a un mejor proceso legislativo.

Considero que existe un aspecto que hay que transparentar: el que la formación de la ley es una cuestión política que pasa por decisiones políticas, pues neutrales no son, ni van a ser.

Finalmente, el éxito de la recepción del derecho internacional está ligado a la capacidad del Presidente, a través de sus ministros, para ejercer liderazgo político en dos niveles: como negociador a través del Congreso y como articulador de una visión coherente entre los ministerios.

La reforma al Código de Aguas en virtud de la ley N°21.435 incorporó el derecho humano al agua, siguiendo recomendaciones internacionales, lo que identifica este punto, pues en este caso, el ejecutivo logró consensuar posiciones unificadas y contrapuestas entre el Ministerio de Obras Públicas, la Dirección General de Aguas y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Eso a pesar de la existencia de importantes grupos de interés que se oponían.

VI. CONCLUSIÓN

En conclusión, el Presidente de la República no es solo un ejecutor pasivo de obligaciones internacionales, sino que un actor estratégico cuya intervención puede potenciar o limitar la internacionalización de estándares globales. Para fortalecer este rol se requiere institucionalizar mecanismos de coordinación interministerial, fomentar la formación en derecho internacional de los equipos legislativos y promover un diálogo constante con el Congreso. Solo así se evitará que la recepción de los tratados y decisiones internacionales quede sujeto a la volatilidad de la coyuntura política.

CUARTO PANEL

“Las sentencias estructurales y sus desafíos”.





GONZALO GARCÍA PINO¹⁹⁵

Sentencias estructurales y derechos humanos. Virtudes y tensiones. Una mirada nacional y experiencias comparadas.

Lo primero es agradecer a los organizadores de este Seminario por la invitación, tanto a la Cancillería en las personas de su Ministro de Relaciones Exteriores Embajador Alberto Van Klaveren y de su Director Jurídico el Embajador Claudio Troncoso. Asimismo, del Tribunal Constitucional en las personas de su Presidenta Daniela Marzi y la Ministra organizadora de este encuentro la Ministra María Pía Silva.

El tiempo es escaso y prefiero distribuirlo en tres reflexiones diferentes sobre las sentencias estructurales. Primero, identificar el concepto y fundamento de lo que son las sentencias estructurales. En segundo lugar, examinar ese fundamento a la luz del constitucionalismo democrático. Y, en tercer lugar, examinaré el caso chileno y la realidad de este tipo de sentencias hoy en nuestro ordenamiento. En tres ideas: concepto y fundamento; revisión desde una lectura democrático-constitucional, y plasmación del debate en el caso chileno.

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO.

¿Qué son las sentencias estructurales?

La doctrina es completamente genérica en la materia y sólo realiza definiciones a partir de las características del fenómeno. Uno de los textos más citados es el trabajo de César y Diana Rodríguez, que entienden que las sentencias estructurales

195.- Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Fue Relator de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1990-1991), Asesor jurídico de la División Judicial del Ministerio de Justicia (1991), de la División de Cultura del Ministerio de Educación (1992) y de la Subsecretaría del Interior (2000-2001), Investigador del Programa de Relaciones cívico-militares del Centro de Estudios del Desarrollo (CED) (1992-1993), Jefe del Comité Asesor del Ministro de Defensa Nacional (1994-1997), Jefe de la División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior (2000-2004), Asesor del Ministro del Interior (2004-2005), Subsecretario de Marina (2005-2006), Subsecretario de Guerra (2006-2010), Investigador y Presidente del Directorio del Centro de Estudios del Desarrollo (2010), Integrante ad honorem del Comité de Límite Marítimo encargado del tema de Bolivia. Se desempeñó como Ministro del Tribunal Constitucional, designado por el Senado de la República (periodos 2011-2013 y 2013-2022).

son aquellas que se “caracterizan por afectar a un número significativo de personas que alegan violación de sus derechos –directamente o a través de organizaciones que litigan su causa- por involucrar varias entidades estatales en las que caen las demandas por ser responsables de fallas sistemáticas en sus políticas públicas; por implicar órdenes de compleja ejecución: el juez de la causa, mediante estas órdenes, instruye a varias entidades públicas para que emprendan acciones coordinadas que protejan a toda la población afectada, no solo a los demandantes del caso concreto»¹⁹⁶.

Asociar por características constituye una dificultad teórica indudable porque éstas son contingentes y carecen de una explicación plausible por sí mismas. Todos los casos de derechos humanos comparten estos rasgos como podrían compartirlos también con casos de derechos de los consumidores o de otras categorías de asuntos. Por lo mismo, hay un déficit conceptual pero no podríamos calificarlos a todos como susceptibles de definirlos bajo esta noción.

De hecho, en los orígenes jurídicos de esta modalidad de sentencia se sitúan dos mecanismos estadounidenses: la *class action*¹⁹⁷ y la structural remedies. Si bien, en este último caso se ha orientado como mecanismo propio de la libre competencia y la dimensión de medidas anti trust, lo cierto es que también se verifica un alcance propio para los derechos humanos o derechos fundamentales¹⁹⁸.

Después veremos que su aproximación se matiza en las que se denominan “macro sentencias” y también con las europeas “sentencias pilotos”. El sistema interamericano también las contempla¹⁹⁹.

196.- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010. pp. 83-154, p. 87 y 88.

197.- Las class action son “las demandas colectivas y otras formas de litigios agregados introducen en el procedimiento legal un medio poderoso para reunir intereses dispersos y canalizarlos hacia un tipo de acción en la que las diferentes partes concuerdan en promover el interés individual y social. Pueden restablecer el pleno funcionamiento del sistema legal y, además, pueden ser un dispositivo poderoso para promover el bienestar social cuando otros acuerdos institucionales parecen ser ineficaces o ineficientes.” Ramello, G.B. (2019). Class Action and Aggregate Litigations. In: Marciano, A., Ramello, G.B. (eds) Encyclopedia of Law and Economics. Springer, New York, NY. https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7753-2_553.

198.- “Las medidas correctivas estructurales son tipos sustantivos de reparación o compensación destinados a abordar problemas graves y sistémicos dentro de los sistemas jurídicos nacionales. Cuando se utiliza el término «medida correctiva» o «compensación», se refiere al resultado de los procedimientos y, en concreto, a la compensación concedida al demandante que ha ganado el caso. Por el contrario, cuando se utiliza el término «reparación», se refiere a los medios por los que un Estado trata de reparar las consecuencias de una violación del derecho internacional de la que es responsable.” FIKFAK, Veronika (2022), Structural Remedies: Human Rights Law, Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL].

199.- La sentencia Poblete Vilches y otros vs. Chile del año 2018, entre las medidas que adoptó, estuvo el “diseñar una política general de protección integral a las personas mayores”, así como “fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria”.

Sin embargo, ¿qué son las sentencias estructurales en sí mismas? ¿Son un fenómeno trasladable auténticamente?

Antes de contestar esta pregunta cabe examinar esas características.

1. Por un lado, se trata de un tipo de problema de acciones judiciales recurrentes y sistemáticas que dan cuenta de un problema estructural.
2. No tienen soluciones de talla única. Son complejas porque su respuesta es interagencial.
3. Se trata de cuestiones sin solución por mucho tiempo y esa omisión es persistente e imputable a órganos públicos.
4. Las respuestas esperadas se vinculan con derechos prestacionales, aunque no necesariamente todos ellos asociados a derechos sociales, pese a que sí son predominantes en el asunto.
5. Afectan a amplios sectores de la población, particularmente, a aquellos que carecen de poderes reales.
6. Involucran en su solución o mitigación un nivel significativa y sustentable de presupuesto público.
7. El liderazgo de la solución reside en el poder de mediación e imperio judicial. El tipo de intervención judicial no se resuelve con una sentencia, sino que con un mecanismo de decisión, supervisión y cumplimiento que puede durar muchos años.

Pese a estas características, que delimitan de un modo extremadamente flexible el problema teórico, la cuestión queda abierta en orden a identificar cuál es el origen para que los jueces estimen modificar su pauta de conducta tradicional frente a un caso. Quizás parte del origen de los casos nos ayuda a un ensayo de respuesta.

¿Qué es un problema estructural, insuperable o necesitado de una intervención judicial dirigista y conclusiva con un poder de imperio máximo en la satisfacción del problema planteado?

Puede haber dos tipos de respuesta.

1. Desde la experiencia traumática de un gran problema discriminatorio.

Existen dos referentes centrales en el tipo de problema que ha suscitado esta intervención judicial. Por una parte, se origina esta experiencia en la sentencia *Brown vs. Board of Education* por parte de la Corte Suprema de los EE.UU.²⁰⁰ como manifestación de la polémica racial. Y la otra expresión es el caso *Grootboom* de la Corte de Sudáfrica²⁰¹ que, si bien está referido a

200.- <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>

201.- <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc-esp/>

un caso de derecho a la vivienda, se da en la trastienda de la exclusión de la cultura del apartheid. Esta vía parece indicar que las sentencias estructurales o sistemáticas se dan en el marco de un gran problema divisivo de la sociedad. La gran dificultad de este tipo de casos es la extrema discriminación sufrida que no es usualmente reproducible o trasladable a actos discriminatorios que se viven en toda sociedad pluralista y democrática.

2. **Con una calificación judicial previa.** Si bien no es un patrón, para identificar un punto de origen de un dilema estructural podríamos decir que existe una conexión estrecha en este tipo de sentencias estructurales, más bien, como una consecuencia de la previa declaración por parte de la Corte Constitucional de un “*estado de cosas inconstitucional*”. Este sería, en mi concepto, el caso colombiano. De este modo, hay una lectura interpretativa previa de la condición de problema estructural. Así, jurisprudencialmente, se determina que no cualquier asunto tendría este carácter de problema estructural, sino que éste es el resultado de un dilema acumulativo que ha configurado un estado de cosas que no se puede resolver mediante mecanismos tradicionales.

Ello lleva a identificar qué requisitos deben existir para postular una declaración de tal naturaleza de un “*estado de cosas inconstitucional*”.

El Estado de Cosas Inconstitucionales (ECS) es un concepto de creación pretoriana de la Corte desarrollado a partir de 1997 con la sentencia de unificación SU-559. No es el único caso y se pueden estudiar muchas otras más²⁰².

1. La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
2. La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
3. La adopción de prácticas inconstitucionales como incorporar la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
4. La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
5. La existencia de un problema social cuya salida compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
6. Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

202.- Además, se puede consultar las sentencias T590/1998, T-388/2013, T-025/2004, T-762/2015 y T-276/2017. Casos concretos como la T-153/1998 sobre superpoblación carcelaria, la T-760 sobre servicios de salud, la T-025 sobre desplazados en Colombia Y en otros países el caso Grootboom en Sudáfrica sobre derecho a la vivienda y el caso People Union for Civil Liberties en India sobre derecho a la alimentación.

En dicha resolución, la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional (ECI) frente a los derechos de la población desplazada²⁰³.

En consecuencia, el estado de cosas inconstitucionales incorpora como novedad, respecto de las características de las sentencias estructurales, el riesgo del colapso judicial y las vías anómalas (como una tutela) para abrir este procedimiento extraordinario.

A ello habría que agregar que las medidas a implementar son calificadas como “*complejas*”. Y lo son cuando los criterios para identificar una orden compleja radican: “1) *en el tiempo no inmediato de implementación*; 2) *Mandatos a diferentes autoridades*; 3) *Pueden implicar un gasto considerable de recursos*; 4) *Se enmarcan en el contexto de una política pública.*”²⁰⁴

Por cierto, que hay muchos otros países, incluyéndonos, en donde se ha invocado y utilizado las sentencias estructurales en casos relativos a listas de espera en salud en Costa Rica; en casos ambientales en Argentina o en Chile.

A veces basta tomar tan solo uno de los elementos estructurales para dar cuenta de la ausencia de un límite conceptual claro: los problemas presupuestarios. No se necesita demasiada argumentación para sostener que este dilema es, por sí mismo, un problema central de muchas democracias latinoamericanas. Y al ser un dilema que recae sobre todo tipo de asuntos carece de la especificidad que tenga un valor delimitador. A veces se invierte un enorme presupuesto público en educación, por poner un ejemplo, y el problema no reside en la política pública, ni en la ley ni en su implementación reglamentaria, sino que en los falentes equipos locales que deben llevarlos a cabo. Y se advertiría con razón que es un problema estructural, pero no tanto de la omisión estatal general, sino que de su eficacia en el territorio. Un problema estructural del déficit municipal. Entonces las estructuras que suenan o crujen son los servicios locales de las autoridades municipales que debían proveer la solución pertinente. ¿Por qué algunas comunas en Chile tienen recursos municipales para servicios nórdicos y otros administran pobreza?

2. FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES.

2.1.- La tesis de lo “no decidible”.

Este no es un asunto pacífico ni técnico. Soslayar este punto de partida sería un error profundo. ¿Qué papel cumplen las sentencias estructurales dentro del ordenamiento democrático? Creo que hay más contradicciones teóricas de las que admitimos.

203.- MIRANDA BONILLA, Haider (2018), Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica, Revista Ius doctrina, Vol. 11 (2), Costa Rica.

204.- MENDOZA, Sebastián (2022), Sentencias estructurales, acción de protección y control de la inactividad de la administración, trabajo no publicado.

Una sentencia estructural es la manifestación de algo más que un déficit legislativo y de política pública. La pregunta por resolver es si sólo estas sentencias aparecen como una manera de desbloquear un conflicto normativo largamente postergado.

Es central explicar primero no tanto las cosas que pasan sino por qué hay algunas que no acontecen. La profundidad de responderlas es la misma con la cual debemos respetar que lesionar las potestades legislativas (aunque sean inactivas), suponen que el bien agregado de intervenir es superior al efecto de la inacción en orden a los bienes que están en juego en relación con el régimen democrático.

Lo que hay detrás es la aproximación acerca de quién está en mejor posición para dar soluciones y en base a qué fundamento. El constitucionalismo republicano o popular deberían recelar de un método de esta naturaleza²⁰⁵. Pero algunos lo impulsan pese a las evidencias de que se trata de políticas anti-igualitarias, como lo manifiesta el excelente estudio que coordinaron Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen sobre la judicialización del derecho a la salud en diversos lugares del mundo²⁰⁶.

Es curioso pero los caminos teóricos comienzan a toparse. En la práctica se están construyendo dos versiones de lo indecible. Una normativamente esencialista o iusnaturalista o de corrección sustancialista del positivismo (como se quiera denominar), que en materia de derechos fundamentales se ha sostenido que una de las funciones de los tribunales constitucionales es cautelar la esfera de lo indecible. Así los derechos y garantías serían ese “*territorio inviolable*” (Bobbio), el “*coto vedado*” (Garzón Valdés o directamente lo “*indecidible*” (Ferrajoli)²⁰⁷. Todo lo demás, sería la esfera de deliberación democrática.

La segunda versión de lo indecible es aquella que proviene de la experiencia. Es indecible aquello que no puede resolverse por las vías democráticas. Es la resultante de la crisis persistente en algunos problemas de política pública. Esta dimensión es la que abriría paso a las sentencias estructurales.

Ambas son cuestiones polémicas. En ellas, se prefiere otorgar poder a un tercero para que dirima el problema. Y ese tercero es el mismo, esto es, el juez, aunque otorgando potestades pero de maneras diferentes.

La representación ex ante de lo que es normativamente indecible ha abierto paso a una deliberación técnica rodeada de diferentes test dependiendo el problema (razonabilidad, proporcionalidad, contenido esencial, igualdad, no regresión o

206.- Como lo reflejan coherentemente WALDRON, Jeremy (2005), *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid.

207.- ELY YAMIN, Alicia y GLOPPEN, Siri (2013), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI editores, Buenos Aires.

208.- GARGARELLA, Roberto (2020), *El derecho como una conversación entre iguales*, Siglo XXI editores, pp. 172-176.

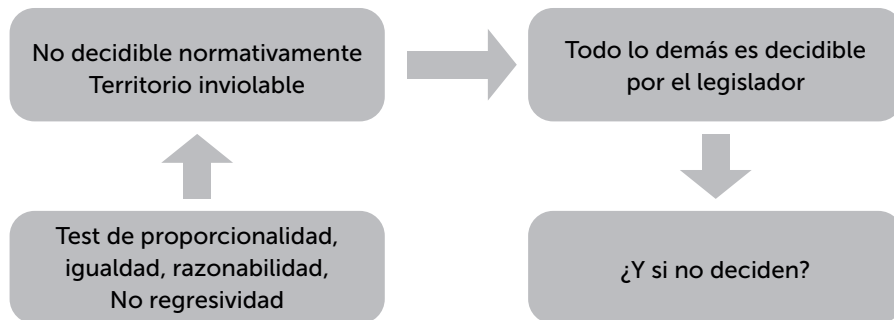
progresividad, etc.). En el fondo, los mecanismos ex ante de lo indecible son los diversos test que racionalizan la decisión judicial.

De este modo, se abordan cuestiones que van ingresan en la esfera de protección, por ejemplo, de un contenido esencial de los derechos. Para algunos autores como Diez-Picazo, esta institución de origen alemán vendría siendo una especie de tercer paso del test de proporcionalidad en sentido estricto²⁰⁹. En el fondo, el principio de proporcionalidad ha permitido examinar y ponderar ex post el establecimiento de límites reales. Incluso, es decidible un asunto en la vía democrática, aunque sea inconstitucional, como resulta el ejemplo de las reglas del “*notwithstanding*” y “*override*” canadiense²¹⁰. Ponderar judicialmente, pero la deliberación última es del Parlamento.

De este modo, en la esfera normativamente sensible de los derechos fundamentales el juez debe obrar con fineza argumental, exigido por múltiples test que den cuenta de la racionalidad de la decisión adoptada.

De este modo, si fuera posible describir el fenómeno conceptual que se produce con las sentencias estructurales habría que diseñarlo en una especie de flujo decisorio de acuerdo a las características que se especifican en el siguiente cuadro:

LO NO DECIDIBLE: TEORÍA Y PRÁCTICA NORMATIVA



209.- DIEZ PICAZO, Luis (2005), Sistema de derechos fundamentales, segunda edición, Civitas, Madrid, pp. 113-116.

210.- “La doctrina, incluida la canadiense, no distingue claramente entre ambas cláusulas, de manera que pudiera afirmarse que, al amparo del artículo 33 de la Carta de Derechos al que nos vamos a referir de inmediato, se hayan incorporado dos figuras con naturaleza y singularidad propia. Parece, por el contrario, que ambos términos, *notwithstanding* y *override*, se emplean indistintamente, respondiendo a dos maneras distintas de denominar a la misma figura. Sin embargo, en ocasiones, podría deducirse lo contrario, de modo que el término *notwithstanding* quedara reservado para aquellos supuestos en el Parlamento acude a la cláusula a priori, de manera que la Ley aprobada quede blindada frente a futuras decisiones de los Tribunales, mientras que el término *override* se referiría ya a aquellos casos en los que se acude a la cláusula a posteriori, es decir, para salvar una decisión de inconstitucionalidad del Tribunal.” DE MONTALVO, Federico (2012), “Las cláusulas *notwithstanding* y *override* del constitucionalismo canadiense”, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 30, 2012, p. 395. Ver también GARGARELLA, 2021: 255-257.

En el esquema planteado, tenemos una tesis sustantiva que defiende que hay materias sobre las cuáles la intervención normativa, de producirse, corre el riesgo de ser estimada inconstitucional porque vulnera los límites que el propio ordenamiento le ha impuesto al legislador. El respeto al contenido esencial²¹¹ y la aplicación del principio de proporcionalidad²¹² son los mecanismos preferentes para examinar la no intromisión inconstitucional del legislador.

Por el contrario, en el mecanismo planteado por las sentencias estructurales se asoma una nueva versión de lo “*no decidible*”. Es aquella que se origina en la dimensión fáctica y que consiste en lo que el legislador democrático elude resolver por su complejidad técnica, valórica, presupuestaria, por su no impugnación ante los tribunales ni por la suma de motivos parcialmente claros y otros inconfesables.

¿Qué las origina? ¿Es un procedimiento construido por hechos inevitables? ¿Son auténticamente inevitables? ¿Cuánto tiempo hay que esperar para declarar la imposibilidad de resolver un asunto? ¿Cuándo hay un problema estructural?

La diferencia con el primer esquema es que los jueces actúan con legitimidad competencial expresa y con herramientas interpretativas sujetas a control.

En cambio, en el segundo los jueces actúan de oficio, sin competencias expresas y con herramientas interpretativas ad hoc. A veces, con la construcción de procedimientos y mecanismos de supervisión de creación pretoriana sin normas legales que la organicen.

Y el problema es más complejo porque actúan sobre un espacio que la teoría ha resguardado expresamente para el legislador como decidible. En consecuencia, esto exige que no resulte un ejercicio puramente retórico que resuelva el dilema democrático como algo que sustituya la dimensión de no respuesta.

Esto puede analizarse mejor a la luz de reivindicar el tipo de problemas que se han planteado. Por ejemplo, las cuestiones relativas al hacinamiento carcelario, que parece ser un asunto de transversal reconocimiento como problemático, no se refiere al impedimento de no poder resolver el problema. La argumentación es la

211.- Sobre las diferencias de cómo se aplica en distintos ordenamientos la figura del contenido esencial del derecho ver GARCIA PINO, Gonzalo (2001), La garantía del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales en el derecho constitucional comparado: los casos de Alemania, Portugal, España y Chile

212.- TSAKYRAKIS, S., (2009), “Proportionality: an assault on human rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, 7, pp. 468-493. En Chile aunque con alcance general el texto de URBINA, Francisco (2017), *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge University Press. Por el contrario, como una ratificación del alcance global de esta metodología están los clásicos libros de ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. BARAK, Aharon (2012), *Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press y su traducción al español como BARAK, Aharon (2017), *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra, Lima, 708 pp. BERNAL PULIDO, Carlos (2003), *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid. KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz (2021), *La estructura constitucional del principio de proporcionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 236 pp.

ausencia de voz de los presos. En esto es particularmente preclara la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia la T-153:

“La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz.”

¿Qué pasa cuando la voluntad de la clase política democrática es justamente esa: la deliberada búsqueda de un castigo agravante para los presos en el contexto de crisis de criminalidad y violencia?²¹³

La cultura jurídica constitucional nuestra reaccionaría, no por la condición de un asunto no decidible democráticamente o de imposible resolución, sino que porque hiere la conciencia de lo no decidible normativamente. Los presos lo están como reflejo de un debido proceso que los sitúa en la cárcel privándolos exclusivamente de algunos específicos derechos fundamentales, pero no de la dignidad humana.

Esto obliga a perfeccionar los vínculos entre lo no decidible normativa y fácticamente. Esa teoría me parece que está en deuda aún. Este es el problema conceptual de que detrás de lo estructural a veces puede haber decisiones legislativas o ejecutivas conscientes. ¿Cuándo hay sustitución del poder de agencia y son los jueces los que reemplazan la imposibilidad de recurrir de presos, desplazados, personas sin hogar y un sinfín de otros representantes de problemas estructurales?

Creo que la solución a la crítica antidemocrática de las posiciones de los tribunales es una cuestión no resuelta por más que juristas la califiquen como una discusión estancada.

“De un lado, persisten las posturas que descalfican este tipo de sentencias por argumentos tradicionales: falta de legitimidad democrática de los tribunales, ruptura del principio de separación de poderes, tiranía judicial. Las coordenadas de esos debates son ya ampliamente conocidas y al parecer se trata de una discusión estancada. Sin embargo, hay otros ejes críticos que han surgido precisamente de la práctica de estas sentencias: imposibilidad de cumplimiento y desconocimiento técnico de las posibilidades presupuestales del Estado para responder a las obligaciones impuestas por el tribunal.”²¹⁴

213.- Al final, en buena parte de América Latina se ha empezado a imponer, en la medida que los arcos ideológicos se polarizan, una especie de modelo de tratamiento carcelario cuya primera cancelación son los estándares de derechos humanos. Ese es el contraste que se ejemplifica a partir del caso de El Salvador bajo la presidencia de Nayib Bukele.

214.- OSUNA, Néstor (2015), Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia, KAS, p. 113.

Me parece que una de las cuestiones centrales a abordar es verificar por qué no cambian determinadas realidades. Resulta simple atribuir insuficiencias al régimen democrático porque es el único que se somete al test de autoevaluación ciudadana. En los demás regímenes, no es habitual y siempre es demasiado tarde. En tal sentido, en el año 2024 el Informe del PNUD en Chile consistió en responder la pregunta: ¿Por qué nos cuesta cambiar?

“La desconfianza en la participación ciudadana y en los canales de representación institucional afecta la legitimidad de la democracia. Por una parte, la confianza en la acción colectiva se debilita y cede terreno a la búsqueda de soluciones individuales oportunistas y a la demanda de liderazgos carismáticos en la política. Por otra, los tiempos lentos de los procedimientos institucionales, la distancia que se percibe entre las necesidades cotidianas de la ciudadanía y los intereses de quienes ejercen funciones de representación política, la percepción de que los derechos civiles y los procesos judiciales son más bien un obstáculo para la persecución del crimen y las incivildades, o la polarización que hace que todo acuerdo político parezca una transacción impura, han tendido un manto de duda sobre la eficacia de la democracia frente a los desafíos actuales (Innerarity, 2023b).”²¹⁵

2.2.- Las “sentencias estructurales” y las “sentencias piloto”.

Por lo mismo, es interesante volver a examinar por qué se producen estos problemas estructurales y en ello la mediación judicial es clave. Ello nos debe llevar a diferenciar entre las “sentencias estructurales” y las “sentencias piloto”.

Las “sentencias pilotos” -que también pueden ser denominadas más apropiadamente “sentencias pioneras”- son parte de la experiencia jurisdiccional europea y refieren a una realidad que se instaló señeramente desde el año 2004 en el caso Broniowsky contra Polonia, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²¹⁶.

“Las sentencias piloto es un mecanismo creado por el Tribunal Europeo para hacer frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento el Tribunal Europeo selecciona una única demanda de entre varias demandas repetitivas para que ésta sirva como modelo para la resolución de un gran número de casos idénticos”²¹⁷. En cuanto al procedimiento de las mismas, el TEDH le otorga un plazo al país demandado para que ajuste medidas generales, sea cambios jurisprudenciales

215.- PNUD, Informe de Desarrollo Humano 2024, Chile.

216.- El asunto afectaba a cerca de cien mil personas de la zona del Río Bug desplazadas de sus propiedades que ocupaban legítimamente por el cambio de fronteras generado por la Segunda Guerra Mundial. La sentencia misma se encuentra en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-61828%22%7D%7D>

217.- TURTURRO PÉREZ DE LOS COBOS, Sara (2025), Los estándares europeos sobre las prisiones. El impacto de las sentencias pilotos, p. 173. pdf inédito facilitado por la autora.

como legislativos, normalmente requiriendo la creación de un recurso interno para la solución de un problema estructural.

No es estrictamente necesario que se acumulen demandas sobre un asunto aparentemente irresoluble sino que también puede apreciarse el efecto potencial de un caso.

Esos requisitos son identificados por Turturro con las siguientes condiciones:

1. *“La Gran Sala establece que se ha producido una violación sistemática de un artículo del Convenio que afecta a un grupo de individuos que se encuentran en la misma situación.*
2. *La conclusión de que ese problema estructural a nivel nacional puede originar la llegada de un gran número de demandas repetitivas a Estrasburgo.*
3. *La imposición por parte del Tribunal de medidas generales.*
4. *La indicación, por parte del Tribunal de que esas medidas se deben adoptar con carácter retroactivo.*
5. *La decisión por parte del Tribunal de congelar la tramitación del resto de demandas repetitivas que tienen su origen en el mismo problema estructural.*
6. *La imposición de las medidas en el fallo de la sentencia para reforzar su obligatoriedad.*
7. *El Tribunal difiere cualquier decisión sobre la satisfacción equitativa hasta el momento en que los Estados adopten dichas medidas.*
8. *El Tribunal informa a otras instituciones del Consejo de Europa, como el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria, de que está aplicando este procedimiento”.*²¹⁸

Creo que este ejemplo sirve para reforzar la necesidad de un procedimiento legislativo que organice un debido proceso en el establecimiento de la iniciativa. Incluso, en ausencia del mismo, es necesaria la exigencia procesal de una intervención judicial previa que califique el problema como estructural en el máximo nivel. En este caso, la Gran Sala que vendría siendo un símil del pleno del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema. Es esencial que en este procedimiento se examine el problema estructural proveniente del pasado y se configura un método para resolver dilemas retroactivos. Todo ello en un conjunto más amplio de consideraciones que no cabe examinar aquí.

Esto me llevará al tercer problema. ¿Como se han expresado en el orden interno las sentencias estructurales?

218.- TURTURRO, 2025: 179.

3. LA TEORÍA Y PRÁCTICA APLICADA DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES EN CHILE.

En este texto planteo que el actual estado de la discusión constitucional en Chile la podemos calificar de “*postconstitucionalismo*”, que es la vía para tomarse en serio las consecuencias del orden constitucional actual en Chile²¹⁹. No lo menciono como algo que abarque a otros países ni mucho menos, sino que es una consecuencia directa de los rechazos constituyentes. El punto es que si vamos a examinar novedades debemos hacerlo a la luz de nuestras posibilidades desde el derecho interno.

Aquí caben tres consideraciones. Primero, el Tribunal Constitucional no ha reconocido ninguna de sus sentencias bajo este carácter. Segundo, la Corte Suprema sí lo ha definido expresamente como tal en el Caso Quintero-Puchuncaví y otros²²⁰. Algunas de las condiciones que lo permitieron ya no se encuentran presentes. Tercero, el procedimiento utilizado para su ampliación fue por las regulaciones constitucionales y por la vía del auto acordado del Recurso de Protección. Cuarto, ninguna de las características por las cuales se califican las sentencias estructurales ha estado presente en estos casos.

Podemos examinar las dimensiones de estos casos a la luz de las sentencias estructurales y las sentencias piloto. Este tipo de medidas, aunque sean simbólicas y escasas en número, tienen efectos superlativos sobre el ordenamiento. Para su consideración sería deben resolverse variados problemas que la circundan. Entre ellos²²¹:

1. **El respaldo normativo de las sentencias estructurales.** La acción de protección se encuentra consagrada y regulada exiguamente en el artículo 20 de la Constitución y en el Auto Acordado N°94-2015 de la Corte Suprema. En dicha normativa deberíamos encontrar el sustento normativo inicial a todo proceso que estime plausible la condición de posibilidad de las sentencias estructurales, si es que la hay. Lo anterior es sin perjuicio de que estas sentencias no están consagradas expresamente en nuestro orden constitucional ni legal. Todo ello, debería ser ordenado conforme a un procedimiento legal.
2. **Medidas expresas.** Cada Corte puede “*juzgar las que estime necesarias*” dejando un amplio margen a la autoridad judicial en vistas a la adopción de medidas para asegurar la protección del afectado y restablecer el imperio del

219.- GARCÍA PINO, Gonzalo, El postconstitucionalismo chileno. Una radiografía del estado actual de la Constitución, DER Ediciones, Santiago.

220.- El caso “*Quintero Puchuncaví*” SCS Rol N° 5888-2019 y las sentencias sobre Isapres, entre ellas SCS Rol N° 12.514-2022. Además, se agrega una discutible sentencia sobre retiro de monumentos a violadores de derechos humanos desde recintos militares SCA Rol N° 79631-2019.

221.- Algunos de estos criterios pueden encontrarse en MENDOZA, Sebastián (2022), Sentencias estructurales, acción de protección y control de la inactividad de la administración, trabajo no publicado.

derecho. En tal sentido, dichas medidas exigen un examen presupuestario, normativo o ejecutivo sobre el cual debería existir alguna base normativa que lo active. Adicionalmente, es posible considerar una atribución final y residual propositiva de soluciones que desconocemos por ahora²⁰³.

3. **Presupuesto excepcional.** Las medidas usualmente importan un significativo costo estatal. En tal sentido, si los parlamentarios están al margen de la posibilidad de proponer gasto público, los propios tribunales deberían tener restricciones similares. En tal sentido, éste ha sido uno de los problemas clásicos del ordenamiento constitucional colombiano²⁰⁴ al punto de llegar a promover una reforma habilitante del gasto.
4. **Competencias y procedimientos.** La finalidad de las medidas de protección se orienta al “*restablecimiento del imperio del derecho*” contenida en el artículo 20 de la Constitución. Es evidente que el finalismo no puede ser entendido como obtener resultados a toda costa sin fijarse en requisitos, condiciones o costos. Las reglas competenciales deben estar preestablecidas.
5. **Marco decisorio trascendental.** Cuando no existe un mecanismo institucional para delimitar el tipo de conflicto con el cual puede enfrentarse un problema estructural, lo mejor será recurrir a un mecanismo ad hoc. Éste debe tener respaldo normativo. En tal sentido, no puede ser una mayoría sorpresiva de una sala constitucional de la Corte Suprema, que tiene tantas salas como criterios posibles²⁰⁵. El ejemplo de la decisión definida por la Gran Sala del TEDH es el diseño a seguir. A grandes problemas, grandes consensos para sacarlos adelante con legitimidad y eficiencia.
6. **Cómo resolver el silencio del legislador y de la Administración.** Uno de los grandes dilemas democráticos es qué hacer frente a la oposición activa del legislador. Por ejemplo, en mayo de 2025 se dio a conocer el Informe de la Comisión para la Paz y el Entendimiento sobre el conflicto mapuche.

203.- Cómo no referir el art. 25 de la Propuesta constitucional de 2023: “*Las medidas adecuadas para la realización de los derechos indicados en el artículo anterior serán determinadas por la ley y las normas fundadas en ella. En la aplicación e interpretación de las disposiciones de este artículo, los tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas que realicen los derechos individualizados en el artículo precedente.*”

204.- Art. 334 inc. final de la Constitución de Colombia: “*El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.*”

205.- PARDOW LORENZO, Diego y CARBONELL BELLOLIO, Flavia Emilia (2018): “Buscando al ‘Juez Mediano’: Estudio sobre la Formación de Coaliciones en la Tercera Sala de la Corte Suprema”, *Revista de Ciencia Política*, volumen 38, N° 3.

Podríamos interpretar que la situación del pueblo mapuche ha dado pábulo a una sucesión de medidas extraordinarias y un cúmulo de propuestas de todo tipo con el objeto de salir de la situación pendiente en la cual se encuentran. ¿Es un caso de inactividad? En los hechos sí. Pero puede que no sea fruto de puras omisiones, sino que podría ser el resultado de un conjunto deliberado de desacuerdos. El palo que traba la rueda es una voluntad encontrada. Por lo mismo, la especificación de los términos de la inactividad o el silencio de la Administración deben ser el resultado consciente de un conjunto de propuestas en acción. En tal sentido, la acción de protección se torna del todo insuficiente para estimar las vías de solución. Pese a ello, y mientras no existan otros instrumentos normativos es fundamental trabajar criterios con los cuales se enfrente esa inactividad.

La inactividad puede ser de actos normativos, de actos o de actividad material concreta en determinados lugares. Ese conjunto de alternativas debe estar particulamente prevista dentro de las opciones que lleven a calificar un asunto como un problema estructural.

Estos criterios reflejan el inexistente diálogo que se produce entre la acción de protección y la potencialidad de las sentencias estructurales.

Este un diálogo posible sobre el cual han caminado otros ordenamientos. Su carácter excepcional debe quedar procedimentalmente fijado de un modo tal que parezca una decisión trascendental.

En síntesis, la concurrencia de vulneraciones masivas de derechos. Su opción por encauzarlas mediante un procedimiento judicial permanente que no involucre pérdida de imparcialidad y la constatación de casos complejos y estructurales son el preámbulo para construir un diseño de una nueva etapa jurisdiccional para enfrentar estos dilemas.



Primera fila: Ximena Gauché (U. de Concepción, Chile), Claudio Troncoso (Director Jurídico de la Cancillería), Daniela Marzi (presidenta del TC), Ximena De la Fuente (Subsecretaria de Relaciones Exteriores), Edgardo Riveros (U. Central, Chile), María Pía Silva (ministra del TC), María Teresa Infante (U. de Chile), Catalina Lagos (ministra del TC), Manuel Monteagudo (juez TC, Perú), Álvaro Paul (PUC, Chile).



Segunda fila: Nancy Yáñez (ministra del TC), Lucas Noguera (Corte Suprema, Brasil), Sofía Sagües (U. Bs. Aires, Argentina), Héctor Mery y Mario Gómez (ministros del TC), Javier García Roca (U. Complutense de Madrid, España), Miguel Angel Fernández (ministro del TC).

