

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: diagnósticos y propuestas para una Nueva Constitución transformadora**  
**The application of international human rights law in Chile: diagnoses and proposals for a new transformative Constitution**

Pietro Sferrazza Taibi

Daniela Méndez Royo

Eduardo Bofill Chávez

**VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021**  
**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:**  
**IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA**

# Sumário

<b>EDITORIAL</b> .....	22
Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan e Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>I. PARTE GERAL</b> .....	25
<b>1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO</b> .....	26
<b>CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR INTERNACIONAL NA AMÉRICA LATINA</b> .....	28
Armin von Bogdandy e René Uruña	
<b>INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19</b> .....	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
<b>DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO</b> .....	95
Christine Binder	
<b>MONITORAMENTO, PERSUASÃO E PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: QUAL O PAPEL DOS ORGANISMOS SUPRANACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES INDIVIDUAIS?</b> .....	109
Clara Sandoval, Philip Leach e Rachel Murray	
<b>REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	142
Laurence R. Helfer	
<b>2. RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA: CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO</b> .....	167
<b>A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO WATCHDOG DEMOCRÁTICO: DESENVOLVENDO UM SISTEMA DE ALERTA PRECOCE CONTRA ATAQUES SISTÊMICOS</b> .....	169
Patrícia Perrone Campos Mello, Danuta Rafaela de Souza Calazans e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf	
<b>EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO</b> .....	196
Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco	
<b>PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO</b> .....	226
Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães	

<b>3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>249</b>
<b>LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR EN CHILE.....</b>	<b>251</b>
Gonzalo Aguilar Cavallo	
<b>LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE: DIAGNÓSTICOS Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN TRANSFORMADORA.....</b>	<b>275</b>
Pietro Sferrazza Taibi, Daniela Méndez Royo e Eduardo Bofill Chávez	
<b>DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>314</b>
Paulo Brasil Menezes	
<b>4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>336</b>
<b>DIÁLOGO, INTERAMERICANIZACIÓN E IMPULSO TRANSFORMADOR: LOS FORMANTES TEÓRICOS DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>338</b>
Mario Molina Hernández	
<b>O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>364</b>
Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala	
<b>CONTROLE LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS: A OPORTUNIDADE DE CONSTRUÇÃO DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO PELA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.....</b>	<b>384</b>
Ana Carolina Barbosa Pereira	
<b>A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DA REGULAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NA AMÉRICA LATINA: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O INTERNACIONAL .....</b>	<b>426</b>
Luiz Guilherme Arcaro Conci e Melina Girardi Fachin	
<b>A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A ADEQUAÇÃO MATERIAL DA LEI N.º 13.834/2019 .....</b>	<b>457</b>
Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa	
<b>CAMINHOS LATINO-AMERICANOS A INSPIRAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO DIÁLOGO MULTINÍVEL DO CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR.....</b>	<b>476</b>
Rafael Osvaldo Machado Moura e Claudia Maria Barbosa	
<b>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL</b>	

<b>FEDERAL NA MATÉRIA .....</b>	<b>499</b>
Felipe Frank e Lucas Miguel Gonçalves Bugalski	
<b>JUSTICIABILIDADE DIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MAIS UMA PEÇA NO QUEBRA-CABEÇA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO? .....</b>	<b>519</b>
Wellington Boigues Corbalan Tebar e Fernando de Brito Alves	
<b>5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES.....</b>	<b>543</b>
<b>LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL VALOR E IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>545</b>
Humberto Nogueira Alcalá	
<b>DIÁLOGOS À DERIVA: O CASO LUCIEN IKILI RASHIDI C. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA E OUTROS E O ESVAZIAMENTO DA CORTE AFRICANA.....</b>	<b>568</b>
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert e Catarina Mendes Valente Ramos	
<b>II. PARTE ESPECIAL.....</b>	<b>590</b>
<b>6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>591</b>
<b>HERMENÉUTICAS DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA, UN ANÁLISIS COMPARADO A LA LUZ DEL ICCAL.....</b>	<b>593</b>
Juan Jorge Faundes e Paloma Buendía Molina	
<b>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE E O DIREITO INDÍGENA BRASILEIRO: OS IMPACTOS DA DECISÃO DO CASO POVO XUKURU VERSUS BRASIL NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL.....</b>	<b>622</b>
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Maria Eduarda Matos de Paffer e Anne Heloise Barbosa do Nascimento	
<b>OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DA TEORIA DO INDIGENATO.....</b>	<b>648</b>
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Elisângela Padilha e Pedro Gustavo Mantoan Rorato	
<b>7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>664</b>
<b>IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE FIXAÇÃO DE STANDARDS PROTETIVOS AOS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>666</b>
Mônia Clarissa Hennig Leal e Eliziane Fardin de Vargas	

<b>A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>687</b>
Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr	
<b>A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTI: CONSTRUINDO UM IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE BASEADO NA DIVERSIDADE .....</b>	<b>715</b>
João Pedro Rodrigues Nascimento, Tiago Fuchs Marino e Luciani Coimbra de Carvalho	
<b>LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA .....</b>	<b>737</b>
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes	
<b>O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS .....</b>	<b>757</b>
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva	
<b>DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF Nº 347 .....</b>	<b>783</b>
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro	
<b>TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O BRASIL PARA O FORTALECIMENTO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR .....</b>	<b>802</b>
Emerson Victor Hugo Costa de Sá, Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva	
<b>8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS E TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>823</b>
<b>DIÁLOGOS MULTIATOR PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS STANDARDS INTERAMERICANOS SOBRE PANDEMIA E DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>825</b>
Ana Carolina Lopes Olsen e Anna Luisa Walter Santana	
<b>O ENVOLVIMENTO DE EMPRESAS EM VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E OS IMPACTOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA.....</b>	<b>856</b>
Patricia Almeida de Moraes e Marcella Oldenburg Almeida Britto	
<b>III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO .....</b>	<b>871</b>
<b>PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA COMUNITÁRIA: DISCUSSÕES TEÓRICAS SOBRE DESCOLONIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NA BOLÍVIA.....</b>	<b>873</b>
Débora Ferrazzo e Antonio Carlos Wolkmer	
<b>INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL .....</b>	<b>897</b>
Denise Tatiane Girardon dos Santos	

<b>IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS .....</b>	<b>917</b>
Ana Maria D'Ávila Lopes	

# La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: diagnósticos y propuestas para una Nueva Constitución transformadora\*

## The application of international human rights law in Chile: diagnoses and proposals for a new transformative Constitution

Pietro Sferrazza Taibi\*\*

Daniela Méndez Royo\*\*\*

Eduardo Bofill Chávez\*\*\*\*

\* Recibido em 30/05/2021  
Aprovado em 07/10/2021

\*\* Pietro Sferrazza Taibi es Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, de la misma Universidad. Es Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso y Abogado. Actualmente ejerce como Profesor de Derecho internacional público y Derecho constitucional de la Universidad Andrés Bello y profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valparaíso. Sus líneas de investigación se relacionan con el Derecho internacional de los derechos humanos y la justicia transicional. La mayoría de sus publicaciones dicen relación con el estudio dogmático de la desaparición forzada desde la óptica del Derecho internacional de los derechos humanos. Además ha trabajado como consultor externo en temas de derechos humanos para instituciones como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Comisión Internacional de Juristas.

E-mail: pietrosferrazza@gmail.com

\*\*\* Abogada (Chile); PhD in Law, University of Nottingham (Reino Unido); LL.M in Public International Law, University of Nottingham (Reino Unido); Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca (Chile); Profesora Asociada de la Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, sede Viña del Mar (Chile).

E-mail: daniela.menroy@gmail.com

\*\*\*\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez. Profesor de Derecho Público en la Universidad Andrés Bello. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Valparaíso. Sus estudios de doctorado son financiados por ANID: CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional/2018- 21181748.

E-mail: eduardobofillc@gmail.com

### Resumen

Actualmente, Chile transita hacia una Nueva Constitución. A la luz de este contexto novedoso, el presente trabajo tiene por objeto proponer recomendaciones para que la Nueva Constitución regule la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos en base a un modelo de interacción con el Derecho interno. Para tal efecto, es necesario estudiar la situación actual de la incorporación de las normas internacionales al Derecho chileno, revisando la regulación constitucional vigente y la aplicación de dichas normas en distintas sedes judiciales. Para lograr este objetivo, recurriremos a una metodología dogmática descriptiva y prescriptiva, toda vez que analizaremos el problema actual y propondremos soluciones que permitan avanzar en la protección de la persona, en la línea de un constitucionalismo transformador. También aplicaremos una metodología comparativa, analizando cómo abordan este problema otros ordenamientos jurídicos. De acuerdo con nuestras conclusiones, actualmente la Constitución omite regular expresamente la jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos, existiendo distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales al respecto. Así, mientras el Tribunal Constitucional sostiene una jerarquía infraconstitucional, los tribunales ordinarios que defienden el bloque de constitucionalidad. Para superar esta situación deficitaria, es necesario que la Nueva Constitución incluya disposiciones que otorguen un mayor reconocimiento al proceso de incorporación de las fuentes del Derecho internacional de los derechos humanos, consagrando los principios de interpretación conforme y pro homine. Finalmente, es necesario que la regulación de las competencias y procedimientos sobre la incorporación de tales fuentes razone con una lógica de interacción entre Derecho internacional y Derecho interno.

**Palabras claves:** Derecho internacional de los derechos humanos; Nueva constitución chilena; Constitucionalismo transformador; Bloque de constitucionalidad; Principio de interpretación conforme; Principio pro homine.

## Abstract

Currently, Chile is moving towards a New Constitution. In light of this novel context, the present work aims to propose recommendations for the New Constitution to regulate the incorporation of international human rights law based on a model of interaction with domestic law. For this purpose, it is necessary to study the current situation of the incorporation of international norms into Chilean law, reviewing the current constitutional regulation and the application of such norms in different judicial venues. To achieve this objective, we will resort to a descriptive and prescriptive dogmatic methodology, since we will analyze the current problem and propose solutions that allow progress in the protection of the person, along the lines of a transformative constitutionalism. We will also apply a comparative methodology, analyzing how other legal systems deal with this problem. According to our conclusions, the Constitution currently omits to expressly regulate the hierarchy of international human rights law, existing different doctrinal and jurisprudential positions in this regard. Thus, while the Constitutional Court maintains an infra-constitutional hierarchy, the ordinary courts defend the constitutionality block. To overcome this complex situation, it is necessary for the New Constitution to include provisions that grant greater recognition to the process of incorporating the sources of international human rights law, establishing the principles of conforming interpretation and *pro homine*. Finally, it is necessary that the regulation of powers and procedures on the incorporation of such sources reason with a logic of interaction between international law and domestic law.

**Keywords:** International human rights law; Chilean new constitution; Transformative constitutionalism; Constitutionality block; Principle of conforming interpretation; *Pro homine* principle.

## 1 Introducción

Chile vive un momento crucial para su historia, al encontrarse en tránsito hacia una Nueva Constitución. El 25 de octubre de 2020 se celebró un plebiscito, denominado ‘de entrada’, donde se formuló la siguiente consulta a la ciudadanía: “¿Quiere usted una nueva Constitución?”. La opción apruebo ganó con el 78,28% de los votos válidamente emitidos, lo que equivale a que 5.892.832 personas votaron por la opción que buscaba un cambio constitucional<sup>1</sup>.

Sin embargo, el camino a la Nueva Constitución no partió ese día, pues desde el retorno a la democracia se ha cuestionado la legitimidad de la Carta fundamental vigente. Chile ha vivido numerosas protestas sociales que intentaron expresar un descontento hacia la forma en la que se convive en el país. Solo por mencionar las más relevantes, hacemos presente la “revolución pingüina” del año 2006, en la que estudiantes secundarios buscaron poner fin al mercado en la educación. Esta misma demanda explica las protestas estudiantiles del año 2011. Por otra parte, el movimiento “Marca tu voto AC”, buscó contabilizar la adhesión popular hacia un cambio constitucional mediante la implementación de una asamblea constituyente, lo que se plasmó en marcar las siglas “AC” en la papeleta de la elección presidencial del año 2013. En palabras de Bassa, “se trata de diversos grupos que se venían movilizandando hace años, demandas que se han estado solidificando a lo largo del último tiempo sin conseguir cambios estructurales y que alimentaron ese estallido social”<sup>2</sup>. El propio PNUD ha dicho que “todos los elementos que resultaron en la mayor movilización social desde el retorno a la democracia ya estaban presentes con anterioridad al estallido”<sup>3</sup>.

Todas estas movilizaciones sirvieron de antesala para lo sucedido el 18 de octubre de 2019, fecha en que

<sup>1</sup> VOTACIÓN constitución política. *Servel*, 2020. Disponible en: <https://pv.serveelecciones.cl/> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>2</sup> BASSA MERCADO, J. *Chile decide*: por una nueva Constitución. Santiago: Editorial Planeta, 2020. p. 31-32.

<sup>3</sup> PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Diez años de auditoría a la democracia*: antes del estallido. Santiago: PNUD, 2019. p. 9.

se materializó una nueva protesta social, conocida coloquialmente como “estallido social”, cuya fuerza fue portentosa, considerablemente mayor a las protestas antes mencionadas. A pesar del estado de excepción constitucional de emergencia dispuesto por el Presidente de la República, quien incluso llegó a sostener que Chile estaba “en guerra contra un enemigo poderoso”<sup>4</sup>, la masividad de las protestas siguió aumentando no solo en Santiago, sino que en numerosas ciudades del país. El 25 de octubre de 2019 se verificó la protesta más grande de la que se tenga registros en la historia de Chile, donde más de 1.000.000 de personas se congregaron en forma espontánea y pacífica en la Plaza Baquedano de la ciudad Santiago, que comenzó a ser llamada en forma coloquial como “Plaza Dignidad”<sup>5</sup>.

Ante la revuelta popular, las fuerzas partidarias con representación en el gobierno y parlamento suscribieron el 15 de noviembre de 2019 un Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, para intentar atenuar las tensiones de la protesta, toda vez que una de las demandas era la Nueva Constitución. Acto seguido, se conformó una Comisión Técnica<sup>6</sup>, compuesta por expertos de distintos partidos políticos que suscribieron el acuerdo. Este organismo formuló una propuesta de reforma constitucional que fue aprobada íntegramente mediante la Ley N° 21.200<sup>7</sup>. Por medio de esta, se permitió un plebiscito de entrada –que ya mencionamos– y la conformación de una asamblea constituyente denominada “Convención Constitucional”, cuyos 155 integrantes fueron elegidos mediante votación popular el 15 y 16 de mayo de 2021, quienes discutirán el texto de la Nueva Constitución. Esta propuesta será consultada al pueblo, mediante un nuevo plebiscito, de salida, con votación obligatoria. Allí, la ciudadanía tendrá la última palabra respecto de su Constitución y podrá acabar con la Constitución otorgada en dictadura. En palabras de Quinzio Figueiredo, “el único camino que genera una Constitución Política democrática, perdurable, eficaz, es el Poder Constituyente emanado de la voluntad popular”<sup>8</sup>. El pueblo chileno podrá discutir, en forma pacífica y democrática, un pacto social transformador que permita una nueva manera de convivir.

El objetivo de este trabajo consiste en proponer una serie de recomendaciones para que la Nueva Constitución regule la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) sobre la base de un modelo de interacción con el Derecho interno. Para tal efecto, es necesario estudiar la situación actual de la incorporación de las normas internacionales al Derecho chileno, revisando la regulación constitucional vigente y la aplicación de dichas normas en distintas sedes judiciales. Para tal efecto, proponemos que se constitucionalice un modelo de aplicación e interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos que se base en los principios de interpretación conforme y *pro homine* y que la regulación de las competencias y los procedimientos sobre la implementación de las fuentes del DIDH sea coherente con ese modelo.

Consideramos que un trabajo de esta naturaleza dialoga con algunos de los principios básicos del constitucionalismo transformador. De hecho, este constructo teórico asume que la interacción entre la regulación constitucional y el DIDH es indispensable para que se puedan generar cambios estructurales mediante la protección multinivel de los derechos humanos<sup>9</sup>. Según Arango, el *Ius Constitutionale Commune* se erige

<sup>4</sup> PIÑERA: “Estamos en guerra contra un enemigo poderoso”. *CNN Chile*, 2019. Disponible en: [https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso\\_20191021/](https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso_20191021/) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>5</sup> DE “PLAZA Italia” a “Plaza de la Dignidad”: los pasos para el cambio de nombre oficial. *El Mostrador*, 2019. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/12/04/de-plaza-italia-a-plaza-de-la-dignidad-los-pasos-para-el-cambio-de-nombre-oficial/> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>6</sup> También se le conoció como Mesa Técnica Asesora.

<sup>7</sup> CHILE. *Ley N° 21.200 de 23 de diciembre de 2019*. Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>8</sup> QUINZIO FIGUEIREDO, J. ¿Reformas a la constitución política o una nueva constitución política? Chile necesita una constitución generosa. *Revista de Derecho*, n. 212, v. 1, p. 173-177, 2002. p. 176.

<sup>9</sup> VON BOGDANDY, A. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 11, 27-32; VON BOGDANDY, A. *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and

sobre la base de tres pilares: la protección de los derechos humanos sin diferenciaciones categoriales; la consolidación de la democracia; y el fortalecimiento del papel de los tribunales sin renunciar a su relación dialógica con la comunidad y el resto de los poderes del Estado<sup>10</sup>. El presente trabajo se relaciona con esos tres cimientos, porque defiende que la interacción entre Derecho interno e internacional contribuye a la protección y eficacia de los derechos, considera que el control democrático es esencial en el ejercicio de las competencias relacionadas con los procedimientos de incorporación de las fuentes internacionales y propone algunos criterios interpretativos básicos que orienten a los tribunales en su función de resolver los conflictos jurídicos tomándose en serio los derechos<sup>11</sup>. Por lo demás, la gestación de un proceso constituyente es un momento propicio para poder impulsar procesos transformadores, con lo cual nuestro trabajo pretende aportar insumos para las discusiones que se avecinan<sup>12</sup>.

De este modo, usaremos una metodología dogmática descriptiva y prescriptiva, toda vez que analizaremos la situación actual del problema y propondremos soluciones que permitan avanzar en la protección de la persona humana, en la línea de un constitucionalismo transformador. También aplicaremos una metodología comparativa, ya que analizaremos cómo abordan y resuelven la situación otros ordenamientos jurídicos.

En el primer apartado de este trabajo, estudiaremos cómo se incorpora el DIDH al Derecho interno, atendiendo las particularidades de la Carta chilena. En el segundo acápite analizaremos la aplicación del DIDH, revisando sentencias del Tribunal Constitucional (TC) y de tribunales ordinarios de justicia. Pensando en la Nueva Constitución, el tercer apartado genera propuestas para un nuevo modelo de reconocimiento del DIDH, en el marco del constitucionalismo transformador. Finalmente, trataremos aspectos orgánicos ligados a la distribución de funciones y mecanismos de participación popular.

## 2 La compleja incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos al Derecho interno

La Constitución vigente nació en el seno de una dictadura que se arrogó el poder constituyente<sup>13</sup>. En su redacción original, la Constitución no incluía una disposición que obligara a los órganos estatales a respetar

---

International Law, 2017. p. 17-51. p. 19, 48-49.

<sup>10</sup> ARANGO, R. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 179-191.

<sup>11</sup> Sobre la relación entre constitucionalismo transformador y el papel de los tribunales de justicia, véase ROA ROA, J. E. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper*, n. 2020-11. Disponible en: <https://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm> Acceso en: 27 mayo 2021; VON BOGDANDY, A. et al. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-51. p. 30-31, 34.

<sup>12</sup> Sobre la relación entre procesos constituyentes y constitucionalismo transformador, VON BOGDANDY, A. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 6-7; VON BOGDANDY, A. et al. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-51. p. 46-48.

<sup>13</sup> CHILE. *Decreto Ley N° 1 de 11 de septiembre de 1973*. Acta de constitución de la junta de gobierno. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=237897> Acceso en: 27 mayo 2021; CHILE. *Decreto Ley N° 128 de 12 de noviembre de 1973*. Aclara el sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1, de 1973. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5787> Acceso en: 27 mayo 2021; CHILE. *Decreto Ley N° 788 de 2 de diciembre de 1974*. Dicta normas sobre el ejercicio del poder constituyente. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=204417> Acceso en: 27 mayo 2021.

los derechos fundamentales, ya sean los recogidos en la Carta Fundamental o en el DIDH. Así, el artículo 5 de la Constitución, en su redacción original, se limitaba a señalar:

La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

[...]

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

El año 1989, presionada por partidos políticos de oposición, la dictadura convocó a un plebiscito para consultar ciertas reformas constitucionales básicas para la vida en democracia. Una de los cambios necesarios para transitar hacia un país democrático, era que la Constitución obligara expresamente a los órganos estatales a respetar los derechos fundamentales, incluyendo los regulados en el DIDH. El plebiscito en cuestión se celebró el 30 de julio de 1989, con un 85.70% para la opción de aprobar las reformas propuestas y solo un 8.21% por el rechazo de las mismas<sup>14</sup>. Acto seguido, el 17 de agosto de 1989 se promulgó la Ley N° 18.825<sup>15</sup>, que terminó por reformar la Constitución. Fruto de la modificación, se agregó al inciso segundo del citado artículo 5, una nueva parte final, que indica: “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”.

De esta manera, la Constitución pasó a reconocer el deber estatal de respetar y promover los derechos fundamentales, ya sea que se encuentren consagrados en la propia Carta, o bien, recogidos por los tratados internacionales ratificados y vigentes.

Por otra parte, la Constitución omite decidir la jerarquía que tienen los derechos fundamentales recogidos en tratados ratificados por Chile, pues no contiene un artículo que defina esta materia. A continuación analizaremos este punto en detalle.

El valor de los tratados internacionales se discutió inicialmente en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC) encargada de la redacción de un proyecto de Carta Fundamental. Sus redactores se decantaron por un valor infraconstitucional de los tratados. En este sentido, uno de sus integrantes, Silva Bascuñán, manifestó que

dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el Derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales<sup>16</sup>.

Ovalle, Evans y Ortúzar, también integrantes de la CENC secundaron esta idea. Sostenemos que el pensamiento de los redactores de la Constitución otorgada en dictadura poco importa en el contexto de la vida democrática que lleva Chile en el presente. En este sentido, sostenemos que las opiniones vertidas en la CENC no son en ningún caso vinculantes, pero son un indicio para entender el rechazo al DIDH por parte de la doctrina más conservadora.

Como señalamos, la Carta Fundamental no contiene regla alguna que defina la jerarquía para el DIDH en relación con el Derecho interno. Debido a esta omisión, es que la doctrina nacional ha discutido deteni-

<sup>14</sup> PARA RECORDAR: a 30 años del plebiscito que reformó la Constitución. *Servel*, 2019. Disponible en: <https://www.servel.cl/para-recordar-a-30-anos-del-plebiscito-que-reformo-la-constitucion/> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>15</sup> CHILE. *Ley N° 18.825 15 de junio de 1989*. Modifica la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30201> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>16</sup> COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN. *Actas oficiales de la comisión constituyente*. Disponible en: [https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_I\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

damente la interpretación que debe darse al artículo 5 inciso segundo preguntándose sobre la jerarquía que tienen los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, hay una pugna a nivel doctrinario según la cual autores más conservadores han defendido la infraconstitucionalidad del DIDH, y en tanto, otro sector se ha mostrado favorable a una jerarquía constitucional.

Entre los partidarios de la primera posición, el propio Silva Bascuñán sostiene que los tratados sobre derechos fundamentales tienen una jerarquía inferior a una norma constitucional, pero superior a una legal. En sus palabras:

Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa<sup>17</sup>

Agregando que “si tratados y leyes integran formalmente el mismo rango o jerarquía normativa, en la aplicación de ambas preceptivas a un caso concreto tendrá primacía la del tratado sobre el precepto legal”<sup>18</sup>.

Vivanco arriba a la misma conclusión, al señalar que “por el hecho de incorporarse a nuestra legislación como una ley común en cuanto a su tramitación, mal puede decirse que los tratados internacionales y los derechos en ellos reconocidos puedan tener rango constitucional”<sup>19</sup>. La misma autora defiende la supralegalidad del DIDH, al indicar que “en caso de controversia entre una ley común y un derecho esencial reconocido en un tratado internacional vigente, se preferirá éste por sobre la primera”<sup>20</sup>. Bertelsen, en tanto, afirma que el DIDH tiene rango legal, al sostener que “los tratados internacionales no están en el mismo nivel, sino subordinados, como las leyes, a la Constitución, y de ahí que el papel que les corresponde es inferior”<sup>21</sup>.

En la doctrina favorable a la segunda posición, Medina Quiroga ha defendido que el DIDH tendría un valor constitucional. Para ella, la reforma de 1989

modificó la jerarquía normativa de los tratados referentes a derechos humanos, elevándolos a rango constitucional y modificó, por ende, la manera en que la Constitución se enriquecería con nuevos modos de protección o nuevos reconocimientos formales de los ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’<sup>22</sup>.

En esta misma línea, Cumplido Cereceda ha señalado que la reforma al artículo 5 ha provocado “una alteración en la jerarquía normativa en lo que se refiere a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, los que tendrían, a lo menos, rango constitucional”<sup>23</sup>. Este autor sostiene la posibilidad que tiene el DIDH de derogar, en forma tácita, disposiciones de la Constitución que sean incompatibles con el primero. En este sentido, indica que “si en un tratado ratificado y vigente a la fecha de la reforma constitucional de 1989 se contiene un derecho humano contradictorio con alguno del artículo 19 de la Constitución, este último debe entenderse derogado tácitamente”<sup>24</sup>, y que si esto ocurre luego de la reforma, también puede tener efecto derogatorio.

<sup>17</sup> SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997. p. 124.

<sup>18</sup> SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997. p. 124-125.

<sup>19</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Á. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC, 2015. t. 1. p. 499.

<sup>20</sup> VIVANCO MARTÍNEZ, Á. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC, 2015. t. 1. p. 501.

<sup>21</sup> BERTELSEN REPETTO, R. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 211-222, 1996. p. 218.

<sup>22</sup> MEDINA QUIROGA, C. El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno. In: *CORPORACIÓN Nacional de Reparación y Reconciliación: constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1993. p. 13-54. p. 49.

<sup>23</sup> CUMPLIDO CERECEDA, F. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 255-258, 1996. p. 258.

<sup>24</sup> CUMPLIDO CERECEDA, F. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 255-258, 1996. p. 258. Cabe aclarar que el artículo 19 de la Constitución vigente contiene el catálogo de derechos fundamentales.

Silva Bascuñán rebate lo anterior, indicando que

La afirmación de que nuestra Carta se reforma, en virtud del tratado ratificado, en cuanto éste pugne con ella, se (sic) inaceptable, porque la Constitución Política del Estado sólo puede modificarse siguiendo las reglas de procedimiento fijadas en ella misma y sus preceptos rigen permanentemente respecto de todas las situaciones que se presenten en el devenir de la sociedad política, en tanto los tratados son acuerdos que, por su propia naturaleza, son de carácter temporal<sup>25</sup>.

Uno de los argumentos frecuentemente utilizado por quienes defienden el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, ha sido la teoría del “bloque de constitucionalidad”. De acuerdo con esta teoría, si los derechos humanos protegen la dignidad humana, no debiera importar el tipo de norma en la que se encuentren recogidos. Lo relevante es, entonces, su fundamento. Por lo mismo, este conjunto “no es una tabla cerrada, sino que se encuentra abierta al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la dignidad de la persona humana”<sup>26</sup>. Una de las características del bloque es, como su nombre alude, su indivisibilidad. En tal sentido, todos los derechos fundamentales que lo conforman, sin importar su fuente, tienen la misma jerarquía y por tanto, tienen el mismo valor. En este sentido, “posibilitan asegurar derechos fundamentales que no se encuentran explicitados en la Carta Fundamental”<sup>27</sup>. Agrega Nogueira que

Los atributos que integran un derecho esencial o fundamental y sus garantías asegurados por el derecho convencional internacional forman parte del plexo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución y constituyen límites al ejercicio de la soberanía, como asimismo, el respeto y promoción de tales derechos constituye un deber de todos los órganos estatales<sup>28</sup>.

En este sentido,

El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales, complementando los que asegura directamente la Constitución<sup>29</sup>.

De acuerdo con Nogueira,

El bloque de derechos fundamentales queda configurado así por a) los que asegura la Carta Fundamental explícita; b) los derechos implícitos; c) los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario; d) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; y e) los que asegura el derecho internacional consuetudinario<sup>30</sup>.

Respecto a Chile, Nogueira indica que

Está así integrado por derechos asegurados directamente por disposiciones de la Constitución formal y por los atributos y garantías de derechos asegurados por normas de derecho internacional, los que se asumen como constitución material, ya que constituyen una sola unidad o bloque que obtienen su calidad de ‘fundamentalidad’<sup>31</sup>.

De hecho, la Constitución vigente no regula derechos que están reconocidos en tratados internacionales

<sup>25</sup> SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997. p. 128.

<sup>26</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

<sup>27</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

<sup>28</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 33.

<sup>29</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

<sup>30</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

<sup>31</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 2, p. 301-350, 2015. p. 313.

ratificados por Chile, por ejemplo, el derecho a la alimentación<sup>32</sup>, el derecho a una vivienda adecuada<sup>33</sup>, el derecho al agua<sup>34</sup>, entre otros. La aplicación de la teoría del bloque de constitucionalidad permitiría tener por incorporados estos derechos en el ordenamiento jurídico chileno con rango constitucional.

La discusión doctrinaria que se acaba de esbozar ha tenido un reflejo en la jurisprudencia nacional. En efecto, la Corte Suprema ha recogido el bloque de constitucionalidad en sus fallos, mientras que el TC ha ido en otra dirección, desplazado sistemáticamente al DIDH, relegándolo a un valor infraconstitucional. Este punto será tratado en el apartado siguiente.

Por otra parte, la Constitución no contiene una cláusula de interpretación conforme, que permita comprender los derechos fundamentales a la luz del avance y protección que dimana del DIDH. Más adelante detallaremos que implica congeniar el Derecho interno con los tratados que versan sobre derechos fundamentales. Como veremos luego, esta nueva omisión de la Carta termina por dejar de lado toda la labor interpretativa que han desarrollado sus diversos organismos y Cortes. A su turno, la Constitución tampoco regula el principio *pro persona*, o *pro homine*, que, como veremos, implica preferir la interpretación más protectora para el ejercicio de un determinado derecho fundamental, ya sea la del Derecho interno, o bien, la del Derecho internacional. Los problemas de la relación de la Carta fundamental con el DIDH no quedan allí.

### 3 Dos modelos distintos de jerarquía: la jurisprudencia sobre el Derecho internacional de los derechos humanos en Chile

En este apartado revisaremos jurisprudencia sobre el DIDH, dictadas por tribunales nacionales. Primero analizaremos sentencias del TC, que ha desplazado sistemáticamente al DIDH a una jerarquía infraconstitucional. Como veremos, esto contrasta con sentencias de tribunales ordinarios, donde se aprecian importantes avances en materia del reconocimiento y aplicación de esta rama del Derecho internacional.

#### 3.1 La resistencia sistemática del Tribunal Constitucional a la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos

El TC es un órgano jurisdiccional regulado en la Constitución de 1980. Su composición y atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 92 y siguientes de la Carta Fundamental, así como en la Ley Orgánica del TC (LOC TC)<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. 17 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>33</sup> NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41)*. 30 de abril de 1948. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>34</sup> Definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general No 15 (2002)*. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>35</sup> CHILE. *Ley N° 17.997 de 12 de mayo de 1981*. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29427> Acceso en: 27 mayo 2021. Posteriormente fue refundida mediante decreto. CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 1 de junio de 2010*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica

El TC, como todo órgano del Estado, tiene el deber de aplicar el DIDH cuando ejerce sus funciones, especialmente, en el control de constitucionalidad. Destacaremos algunas razones para defender esta afirmación. Desde la perspectiva del Derecho interno, el TC tiene el deber constitucional de respetar y promover los derechos humanos, obligación regulada en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, al que ya aludimos. Por otra parte, desde la perspectiva del Derecho internacional, los tratados internacionales de derechos humanos establecen obligaciones que los Estados deben cumplir. Cabe destacar las obligaciones de respeto, consistente en el deber de no vulnerar los derechos humanos; de protección, que implica impedir interferencias ilegítimas entre particulares en el ejercicio de los derechos; y de garantía, que impone la implementación de las acciones necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos. Estas obligaciones deben ser cumplidas por todos los órganos estatales, ya que de lo contrario resultarán infringidas, generándose la responsabilidad internacional del Estado de Chile<sup>36</sup>.

Además, consideramos que si la protección del DIDH respecto de un derecho fundamental es mejor que la protección brindada por el Derecho interno, el TC debiese aplicar el primero, lo que no sucede en la práctica. Si el TC prefiere la regulación interna, pese a ser menos protectora que la del DIDH, lesionará los derechos fundamentales de las personas y además hará incurrir a Chile en responsabilidad internacional por la infracción de sus obligaciones internacionales. Entonces, cabe preguntarse si el TC ha aplicado el DIDH cuando ha ejercido sus funciones. A continuación, revisaremos algunas sentencias emblemáticas en las que dicha judicatura se ha referido a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales. Como se apreciará, para este tribunal los tratados internacionales que versan sobre derechos fundamentales tienen una jerarquía inferior a la Constitución.

Una de dichas sentencias está relacionada con la incorporación del Estatuto de Roma, esto es, el tratado internacional que creó la Corte Penal Internacional, cuya competencia está relacionada con la responsabilidad penal de las personas por la comisión de crímenes internacionales, a saber, la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra<sup>37</sup>. Chile firmó dicho tratado el 11 de septiembre de 1998 y el 6 de enero de 1999 lo sometió a la aprobación por parte del Congreso<sup>38</sup>. El 4 de marzo de 2002, 35 diputados de partidos políticos de derecha<sup>39</sup> presentaron un requerimiento ante el TC para que revisara el procedimiento de aprobación y el contenido del Estatuto y declarase que eran contrarios a la Constitución vigente. En otras palabras, el sector político que perdió la deliberación en el Congreso, recurrió al TC para que esta judicatura le concediere lo que sus votos no le permitieron: bloquear el ingreso del Estatuto al ordenamiento interno. De acuerdo con el principal argumento de la solicitud, la competencia de la Corte Penal Internacional lesionaba la soberanía nacional. El requerimiento indicaba que:

Dar poder para que una entidad foránea de la magnitud que propone este tratado, pueda ejercer al interior de Chile y sobre chilenos actos que son propios de la soberanía interna, no está de ninguna manera autorizada en nuestra carta fundamental. Los límites a los cuales en esta materia podemos llegar están claramente sobrepasados<sup>40</sup>.

No compartimos tal apreciación, ya que los tratados internacionales son precisamente un límite a la

Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016103> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>36</sup> SEPÚLVEDA, M. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Utrecht: Intersentia, 2003. p. 157-209.

<sup>37</sup> NACIONES UNIDAS. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio de 1998. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>38</sup> Bajo el boletín 2293-10. El 22 de enero de 2002 se votó el primer trámite constitucional, dándose cuenta de 67 votos a favor y 35 votos en contra, sin abstenciones.

<sup>39</sup> 30 de ellos habían votaron en contra del Estatuto en el primer trámite constitucional.

<sup>40</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de inconstitucionalidad. *Rol 346-02, 4 de marzo de 2002*.

soberanía y a los actos del Estado. La propia Constitución así lo señala en su artículo 5. En tal sentido, no visualizamos cómo el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional podrían ir en contra de la Carta, entendiendo que esta última tiene una cláusula expresa de respeto a los tratados.

Sin embargo, en la sentencia Rol 346-02, el TC acogió el requerimiento y declaró la inconstitucionalidad de este tratado. Aquí el TC defendió una postura clara: el DIDH tiene una jerarquía inferior a la Constitución. El fallo indicó, a nuestro juicio en forma errónea, que “para que la Corte Penal Internacional sea un tribunal establecido para juzgar delitos cometidos en Chile, debe incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”<sup>41</sup>. Al decidir esto, se otorgó al tratado un carácter infraconstitucional<sup>42</sup>. Parece bochornoso que nuestro país, luego de todas las violaciones a los derechos humanos que se dieron en la dictadura, declare inconstitucional la posibilidad que un tribunal internacional juzgue este tipo de crímenes. La reforma a la Carta Fundamental recién se realizó el año 2009, mediante la Ley N° 20.352<sup>43</sup>, que introdujo la disposición transitoria vigésimocuarta, que autoriza al Estado a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La segunda sentencia que comentaremos invita a revisar previamente el modelo de control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile. El control de constitucionalidad es un examen por medio del cual se contrastan normas de la Constitución con otras, para verificar si las últimas se ajustan o no a la Carta fundamental, y es una atribución que se otorga al TC en forma exclusiva. En el diseño constitucional chileno el control de constitucionalidad puede ser de tipo preventivo (*ex-ante*) o represivo (*ex-post*). El primero se realiza antes que la norma controlada forme parte del ordenamiento jurídico. El segundo tiene lugar cuando la norma contrastada ya es parte del ordenamiento. Por otro lado, los controles de constitucionalidad pueden clasificarse como obligatorios, donde el TC siempre debe realizar el examen; o bien, eventuales, donde el control solo ocurre si media un requerimiento previo. Como profundizaremos luego, la Constitución contempla un control preventivo y obligatorio para los tratados que versan sobre materias de leyes orgánicas<sup>44</sup>. También contempla un control preventivo y eventual para los asuntos que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso<sup>45</sup> que no versen sobre materias de leyes orgánicas.

Cabe referirse ahora al modelo de control represivo de los tratados que ya se encuentran ratificados por Chile. Existen dos acciones que permiten realizar el examen *ex-post*, a saber, la acción de inaplicabilidad<sup>46</sup> y la acción de inconstitucionalidad<sup>47</sup>. La primera se aplica solo en el marco de una gestión judicial en concreto y de ser acogida genera la inaplicación de la norma impugnada en dicho proceso. En cambio, la acción de inconstitucionalidad es una acción popular y da lugar a un control abstracto, con lo cual de ser acogida la norma impugnada se expulsa del ordenamiento jurídico. Entre las facultades constitucionales del TC no se contempla expresamente el control de constitucionalidad represivo respecto de los tratados internacionales. En otras palabras, no existe norma que faculte a esta judicatura a contrastar normas de un tratado vigente y ratificado por Chile, con las de la Carta Fundamental, para ver si hay desajustes o diferencias<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 346-02, 8 de abril de 2002.

<sup>42</sup> Indica: “[...] lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile”. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 346-02, 8 de abril de 2002.

<sup>43</sup> CHILE. Ley N° 20.352 de 26 de mayo de 2009. Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1002776> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>44</sup> CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>45</sup> CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>46</sup> CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>47</sup> CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>48</sup> Sobre el control de constitucionalidad en Chile, véase CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

El año 2005, mediante un proyecto de ley que buscó modificar la LOC TC, se propuso agregar de forma expresa que el TC no tuviere la facultad de analizar tratados internacionales vigentes por medio de una acción de inaplicabilidad. Sin embargo, mediante la sentencia Rol 1288-08, el TC declaró inconstitucional esta parte del proyecto de ley, indicando que esta reforma vulneraba sus propias facultades. En su opinión, los tratados internacionales son preceptos legales, y por tanto, “el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución”<sup>49</sup>. Por ende, el TC interpretó que los tratados internacionales son asimilables a los preceptos legales, con lo cual consideró que estaba facultado por la norma que se acaba de citar para conocer de la acción de inaplicabilidad interpuesta para la inaplicación de un tratado internacional en un proceso judicial en concreto. A consecuencia de lo anterior, declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley que denegaba su competencia para conocer de esta acción respecto de los tratados. Lo curioso es que actualmente el TC estima que puede conocer de esta acción basándose exclusivamente en el art. 93 N° 6, pero sin que exista una norma de rango legal que regule expresamente esta competencia. Nuevamente el razonamiento de esta sentencia fue el mismo que el esbozado en el precedente del Estatuto de Roma. El TC estimó que los tratados internacionales, entre estos, los que contienen derechos fundamentales, son preceptos legales, y, por tanto, tienen un valor inferior a la Constitución. Sostenemos que la decisión rebaja el grado de protección de los derechos humanos contenidos en el Derecho internacional, pues los sitúa por debajo de la Constitución.

El TC también ha sostenido que el DIDH tiene un rol infraconstitucional en la sentencia Rol 786-07 y en las sentencias roles 2387-12 y 2388-12. En la primera, el TC fue llamado a valorar una norma interna y contrastar una posible vulneración a la Convención sobre los Derechos del Niño. El fallo rechazó el requerimiento sin tomar en cuenta la Convención, evitando referirse al valor jerárquico que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile. Es más, el voto del Ministro Correa Sutil que concurrió al voto de mayoría, indicó que

resulta inoficioso dilucidar si la eventual contradicción, que en la especie no existe, conllevaría un problema de constitucionalidad como el alegado, en virtud de la jerarquía constitucional que se pretende tengan las normas de derecho internacional de derechos humanos<sup>50</sup>.

No compartimos esta posición. Al contrario, es esencial esclarecer este tipo de interrogantes en atención a las repercusiones que tienen para los derechos de las personas.

En las otras dos sentencias se solicitó al TC la declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos del proyecto de Ley General de Pesca y Acuicultura, entre otros motivos, por lesionar el derecho a la consulta indígena contenida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile. El fallo rechazó el requerimiento, señalando que

nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana [pero que] de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución<sup>51</sup>.

De esta forma, el TC consolida una jurisprudencia que relega en forma expresa a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales a una posición infraconstitucional. De acuerdo con un estudio cuantitativo sobre la jurisprudencia del TC, “en 70% de los casos que han sido decididos por el tribunal entre 2010 y 2013, los requirentes o las partes han invocado un argumento de DIDH. Pero que en solo 15,4% de todos los casos, la mayoría del Tribunal ha discutido este argumento”<sup>52</sup>. En tal sentido, sostenemos que el TC se resiste en forma sistemática a aplicar el DIDH.

<sup>49</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 1288-08, 25 de agosto de 2009*.

<sup>50</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 786-07, 13 de junio de 2007*.

<sup>51</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. *Roles 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013*.

<sup>52</sup> SCHÖNSTEINER, J. El Derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador. *Revista de Derecho*, n. 1, v. 29, p. 197-226, 2016. p. 223.

### 3.2 Los avances de la tribunales ordinarios

La postura resistente del TC contrasta con los avances que los tribunales ordinarios de justicia, especialmente la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, han llevado a cabo. La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia no está alineada con la posición del TC. De hecho, hay importantes tendencias jurisprudenciales que han afirmado la jerarquía constitucional de los tratados de derechos fundamentales. Una de las líneas jurisprudenciales más importantes ha sido trazada a propósito de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura<sup>53</sup>.

De hecho, la invocación del DIDH en este tipo de casos se incrementó con posterioridad al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) *Almonacid Arellano vs. Chile*<sup>54</sup>, que entre otras cuestiones, condenó al Estado por la aplicación de una ley interna que otorgaba la amnistía a los perpetradores de los crímenes de la dictadura<sup>55</sup>. En relación con lo anterior, la fundamentación de las sentencias sobre los crímenes del régimen dictatorial suele hacer referencia al DIDH y al Derecho internacional humanitario<sup>56</sup>. También se ha recurrido a la noción de *ius cogens* para argumentar que los delitos cometidos en esa época eran crímenes de lesa humanidad<sup>57</sup>. Asimismo, se ha acudido al Derecho internacional consuetudinario para sostener que la normativa sobre tales crímenes estaba vigente al momento de los hechos y concluir que se trataba de delitos inamnistiables e imprescriptibles<sup>58</sup>. En varias sentencias se indica expresamente que la incorporación de las fuentes internacionales sobre derechos humanos puede proceder en base a lo dispuesto el artículo 5 inciso segundo de la Constitución<sup>59</sup>. Por lo tanto, la aplicación del DIDH fue de mucha utilidad para evitar la aplicación de causales de impunidad y para impulsar la persecución de la justicia como respuesta a la comisión de crímenes estatales.

Asimismo, los tribunales ordinarios han hecho un esfuerzo por reconocer la obligatoriedad del DIDH en otros ámbitos. Si bien el objetivo de este trabajo no consiste en dar cuenta de todas estas tendencias

<sup>53</sup> Entre los estudios doctrinarios sobre esta tendencia jurisprudencial, véase FERNÁNDEZ NEIRA, K. Breve Análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 1, p. 467-488, 2010; HENRÍQUEZ VIÑAS; M. L. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 2, p. 73-119, 2008. p. 104, 113; NASH ROJAS, C.; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 214-216; NASH ROJAS, C. Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia, y críticas. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, M.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER, 2017. p. 403-446; NÚÑEZ DONALD, C. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Santiago: Librotecnia, 2016. p. 171-190.

<sup>54</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 154. 26 de septiembre de 2006. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. Fue detenido por carabineros quienes le dispararon a la salida de su casa. En el curso del procedimiento judicial interno se aplicó el Decreto Ley 2191, que concede la amnistía a todas las personas, civiles o militares, que en su calidad de autores, cómplices o encubridores hubieran intervenido en los delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

<sup>55</sup> CHILE. *Decreto Ley N° 2.191 de 18 de abril de 1978*. Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6849> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>56</sup> CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*. (estas dos últimas sentencias se refieren a la ejecución extrajudicial de dos militantes del MIR); Corte Suprema (Chile). *Rol 517-2004, 17 de noviembre de 2004, considerando 34* (sobre la desaparición forzada del militante del MIR Miguel Ángel Sandoval Rodríguez); CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*. (este caso trata la desaparición de Carlos Contreras Maluje dirigente de las Juventudes Comunistas y regidor de Concepción); Corte de Apelaciones de San Miguel (Chile). 26 de julio de 2010, N° 465-2008, considerando 7 (los hechos del caso se refieren a la ejecución extrajudicial de trabajadores de la Maestranza de Ferrocarriles de San Bernardo).

<sup>57</sup> CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*.

<sup>58</sup> CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*; CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (Chile). *Rol 465-2008, 26 de julio de 2010*.

<sup>59</sup> CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; Corte Suprema (Chile). *Rol 517-2004, 17 de noviembre de 2004, considerando 34*; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*.

jurisprudenciales, vale la pena la cita de algunos ejemplos<sup>60</sup>. En relación con los derechos de los pueblos indígenas, en el caso de la Comunidad Nahuelcura Domihuala, fallado por la Corte de Apelaciones de Temuco, se había realizado un proceso de publicación de una licitación para la distribución de agua potable, sin haberse implementado la consulta previa a la comunidad indígena. La Corte resolvió aplicando el DIDH y determinó que se debía anular el proceso de licitación debido a la falta de consulta previa<sup>61</sup>.

Un último ejemplo es una sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago. De acuerdo con los hechos, una pareja de lesbianas se había sometido a un tratamiento de fertilización asistida, pero sólo la madre biológica pudo ser inscrita como progenitora del niño en el registro de nacimientos del Servicio de Registro Civil e Identificación. Lo anterior tiene explicación en lo dispuesto por el artículo 182 del Código Civil, según el cual “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”<sup>62</sup>. Así las cosas, la madre que no pudo ser inscrita interpuso una acción de reclamación de filiación en contra de su conviviente civil. Ante la ausencia de una norma interna que regular el asunto de otro modo, el tribunal construyó una contundente argumentación basada en el DIDH, aplicando tratados internacionales de los sistemas interamericano y universal. Asimismo, esta sentencia aplicó el control de convencionalidad, invocando jurisprudencia de la Corte IDH. El fallo indica que la obligatoriedad de estas fuentes se justifica en base a lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución<sup>63</sup>. Se trata de un caso muy interesante, porque es un excelente ejemplo para demostrar que el constitucionalismo entendido en un sentido transformador puede permitir superar las barreras impuestas por leyes internas que no razonan con una lógica centrada en los derechos humanos.

#### 4 Propuestas de reconocimiento del Derecho internacional de los derechos humanos en una Nueva Constitución “transformadora”

Como se señaló anteriormente, la actual Constitución se limita a reconocer expresamente los deberes estatales de respetar y promover los derechos fundamentales recogidos por los tratados internacionales ratificados y vigentes, sin entregar claridad respecto de la aplicación del DIDH en el Derecho interno, lo que ha impactado negativamente en la protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno. Esta falencia debe ser superada en la Nueva Constitución, a través de una disposición que regule la incorporación y aplicación del DIDH a nivel interno. Para el diseño de esta cláusula deben considerarse, al menos, cuatro cuestiones: 1) el tipo de normas internacionales sobre derechos humanos que deben incorporarse; 2) la eventual fijación de la jerarquía que deberían tener tales normas o la posible regulación de principios de interpretación, como el principio de la interpretación conforme y el principio *pro homine*; 3) la inclusión de algún mandato sobre el cumplimiento de las sentencias y decisiones de tribunales y órganos internacionales; y 4) la justiciabilidad de los derechos regulados en el DIDH por medio de las acciones constitucionales.

<sup>60</sup> Entre los estudios sobre la jurisprudencia que aplica DIDH. HENRÍQUEZ VIÑAS; M. L. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 2, p. 73-119, 2008; NASH ROJAS, C.; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 217-224; NASH ROJAS, C. Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia, y críticas. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, M.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER, 2017. p. 403-446; NÚÑEZ DONALD, C. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Santiago: Librotecnia, 2016. p. 190-239.

<sup>61</sup> CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (Chile). *Rol 454-2012, 3 de julio de 2012*.

<sup>62</sup> CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 16 de mayo de 2000*. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>63</sup> CHILE. Segundo Juzgado de Familia De Santiago. *Rit C-10028-2019, 8 de junio de 2020*.

#### 4.1 Las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que deben incorporarse al Derecho interno

En cuanto al tipo de normas internacionales del DIDH que deberían ser incorporadas al Derecho nacional, la Nueva Constitución debería hacer referencia no sólo a los tratados internacionales, sino también a las otras fuentes relevantes del Derecho internacional, como la costumbre internacional, los principios generales del Derecho internacional y las normas de *ius cogens*, porque se trata de fuentes que juegan un papel esencial para la protección de los derechos humanos.

Creemos que la mejor opción es incluir una referencia genérica a las fuentes del DIDH, reconociéndolo como una parte integrante del Derecho interno. El Derecho comparado ofrece varios ejemplos de este tipo de disposiciones. Este es el caso de la Constitución de Alemania, la cual incluye en su artículo 25 una cláusula de recepción global de dichas fuentes, al señalar que “las normas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal”<sup>64</sup>. Una cláusula muy similar puede encontrarse en el artículo 9.1 de la Constitución de Austria, según la cual “las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas se consideran parte integrante del Derecho internacional federal”<sup>65</sup>. El artículo 28.1 de la Constitución de Grecia reconoce que las reglas de Derecho internacional generalmente aceptadas son parte integral del Derecho griego<sup>66</sup>, mientras que artículo 8.1 de la Constitución de Portugal señala que “Las reglas y principios de Derecho internacional general formarán parte integrante del derecho portugués”<sup>67</sup>.

En lo que respecta a los tratados internacionales, no debería hacerse referencia a los tratados “de derechos humanos”, porque hay varios ejemplos de convenciones internacionales que sin tener por finalidad directa la consagración de este tipo de derechos, podrían regular cuestiones relacionadas con éstos<sup>68</sup>. Sería recomendable seguir el ejemplo de la Constitución de México, la cual señala en su primer artículo que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Una disposición de este tipo permitiría un reconocimiento de todos los tratados internacionales que incluyan disposiciones en materia de derechos humanos y no sólo de los “tratados de derechos humanos”<sup>69</sup>.

En base a lo anterior, no consideramos adecuado que la Constitución contenga un listado específico de normativas, al estilo del artículo 75.2 de la Constitución de Argentina<sup>70</sup>. Pese a que esta disposición ha tenido

<sup>64</sup> ALEMANIA. *Constitución de Alemania, 1949, con enmiendas hasta 2014*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/German\\_Federal\\_Republic\\_2014.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>65</sup> AUSTRIA. *Constitución de Austria*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Austria\\_2013.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>66</sup> GRECIA. *Constitución de Grecia*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Greece?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>67</sup> PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021. Para más ejemplos, véase BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 14; MONROY CABRA, M. G. El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n. 1, p. 107-138, 2008. p. 118-120.

<sup>68</sup> Un ejemplo es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en materia del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, cuestión que fue examinada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. OC/16/1999, Serie A No 16. 1 de julio de 1999. Véase CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011.

<sup>69</sup> CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011.

<sup>70</sup> Dentro del catálogo de instrumentos de DIDH se incluyen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas

un impacto positivo en la protección de los derechos humanos en dicho país<sup>71</sup>, creemos que una cláusula de este tipo dejaría afuera a tratados que no son de derechos humanos, pero que regulan cuestiones relacionadas con estos. Además, si tomamos en consideración la práctica del TC chileno en materia de DIDH, resulta importante no dejar lugar a la duda respecto de la incorporación al ordenamiento interno de los tratados o instrumentos que no se enuncien expresamente por una eventual cláusula de este estilo. Por lo demás, es esperable que Chile vaya ratificando más tratados, tanto aquellos de los que aún no es parte, como nuevos tratados que se vayan aprobando en el futuro.

#### 4.2 Principios de interpretación: superando la jerarquía

En relación con el problema de la jerarquía, ya hemos reseñado las diferentes posiciones que existen en la jurisprudencia del TC y los tribunales ordinarios. De cara al proceso constituyente que vive Chile, una alternativa consistiría en que la Nueva Constitución indique expresamente la jerarquía del DIDH en el ordenamiento jurídico interno<sup>72</sup>, otorgándole el rango constitucional a sus fuentes<sup>73</sup>. De ese modo, los derechos regulados en dichas fuentes, se beneficiarían del principio de supremacía constitucional y primarían sobre las normas inferiores, sean legales o reglamentarias. Existen numerosas Constituciones en que se ha regulado con claridad la jerarquía de los tratados internacionales. Por ejemplo, la Constitución de Argentina señala expresamente que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, agregando un listado de tratados en materia de derechos humanos que “tienen jerarquía constitucional”<sup>74</sup>. La Constitución de Venezuela, en el artículo 23, indica que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno”<sup>75</sup>. Por su parte, el artículo 256.I de la Constitución de Bolivia otorga jerarquía supraconstitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos<sup>76</sup>. Por lo demás, el reconocimiento jerárquico de los tratados de DIDH no es exclusivo de América Latina, ya que es posible encontrar ejemplos en variadas constituciones en Europa y el resto del mundo<sup>77</sup>.

---

las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño. Además, se permite la inclusión de otros tratados de derechos humanos en el catálogo constitucional, al indicar: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>71</sup> NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 194-196; BAZÁN, V. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 359-388, 2010. p. 372.

<sup>72</sup> CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. Nueva constitución y derecho internacional de los derechos humanos: problemas y desafíos. In: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Una nueva Constitución para Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2018. p. 113-129. p. 123, 127.

<sup>73</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84.

<sup>74</sup> ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>75</sup> VENEZUELA. *Constitución de Venezuela*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Venezuela?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>76</sup> BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>77</sup> Para más ejemplos, véase BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 547; NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 48-51.

Sin embargo, en conformidad con la doctrina reciente, sostenemos que en la Nueva Constitución es necesario que se superen antiguas discusiones sobre la recepción formal y jerarquía de las fuentes del DIDH, basadas en concepciones monistas y dualistas respecto a las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno<sup>78</sup>. Estas discusiones han probado ser insuficientes para explicar y dar solución a problemas de coordinación y articulación entre el DIDH y el Derecho interno, generando además situaciones de incumplimiento de obligaciones estatales, en virtud de su excesiva rigidez<sup>79</sup>. Por lo mismo, sugerimos la alternativa de no regular explícitamente el rango normativo de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino que incorporar a nivel constitucional el principio de interpretación conforme de los derechos fundamentales y el principio *pro homine*.

De acuerdo con el primero, los tribunales y órganos públicos deben desempeñar sus competencias interpretando los derechos humanos de acuerdo con lo dispuesto tanto en las normas internacionales, como en la jurisprudencia y práctica internacional<sup>80</sup>. Por su parte, el principio *pro homine*, reconocido en variados tratados<sup>81</sup>, tiene por finalidad imponer a los órganos públicos que adopten la decisión más protectora para los derechos humanos, especialmente, en los casos eventuales en que existan normas contradictorias que regulen la misma situación. Junto con lo anterior, el principio *pro homine* obliga a que las restricciones o limitaciones de derechos se consideren en sentido estricto, sin desarrollar interpretaciones extensivas a lo que señala expresamente el texto normativo<sup>82</sup>.

Un modelo de incorporación fundado en la interpretación conforme razona sobre la base de la complementariedad o convergencia entre el Derecho interno y el Derecho internacional, de manera tal que los derechos fundamentales regulados en la Constitución deben ser armonizados con las normas internacionales. De ese modo, la relación entre Constitución y Derecho internacional no se plantea en una lógica de conflicto, sino de coordinación y compatibilidad, con la finalidad de proteger a la persona de la mejor

<sup>78</sup> ACOSTA, P. Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 1, p. 15-60, 2016; DÍAZ, R. Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación? *Revista de Derecho Público*, v. 77, p. 263-276, 2012. p. 264, 274; NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 211.

<sup>79</sup> ACOSTA, P. Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 1, p. 15-60, 2016; NOLLKAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 286-288, 295, 296; NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018. p. 386.

<sup>80</sup> CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 549; NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 53; NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018. p. 385, 388.

<sup>81</sup> A modo de ejemplo, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. 22 de noviembre de 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>82</sup> AGUILAR CAVALLLO, G. Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 146, p. 13-59, 2016. p. 30-33; AGUILAR CAVALLLO, G.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, p. 13-43, 2016; CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011; MEDELLÍN URQUIAGA, X. Principio *Pro Persona*: una revisión crítica desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, año 17, n. 1, p. 397-440, 2019. p. 440.

manera posible<sup>83</sup>. En coherencia con el principio *pro homine*, si la función de los derechos humanos consiste en proteger ciertos atributos, facultades o necesidades básicas, no debería importar tanto la naturaleza de la norma que los regula, sino la mayor protección que brinda a la persona para un caso concreto<sup>84</sup>.

Más aún, la incorporación a nivel constitucional de los principios *pro homine* y de interpretación conforme, permitiría a los operadores jurídicos nacionales cumplir de buena fe con los compromisos internacionales del Estado, junto con llevar a cabo el control de convencionalidad exigido por el sistema interamericano, sin tener que discutir respecto de la jerarquía de las fuentes de Derecho internacional en caso de controversia entre una norma interna y una norma internacional de derechos humanos<sup>85</sup>. Estos principios son además coherentes con la noción de bloque de constitucionalidad a la que ya aludimos, porque obliga a posicionar a las normas en materia de derechos humanos en un plano de igualdad<sup>86</sup>, la cual, como se ha revisado anteriormente, ha sido ampliamente aplicada por la jurisprudencia nacional, mas no por el TC.

Los principios de interpretación conforme y *pro homine* no son completamente ajenos a la legislación y jurisprudencia chilena. Por ejemplo, el artículo 10 de la Ley N° 20.403 sobre protección de refugiados, entrega un ejemplo de interpretación conforme, al señalar que “Los alcances y disposiciones de la presente ley y su reglamento se interpretarán conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967”<sup>87</sup>. En el caso de la jurisprudencia, es posible encontrar algunos fallos de tribunales de justicia que aplican estos principios de manera implícita<sup>88</sup>. Sin embargo, estos casos son escasos, situación que debiese cambiar al incorporar los principios de interpretación conforme y *pro homine* a nivel constitucional.

Cabe hacer presente que en el Derecho comparado existen algunos interesantes ejemplos de Constituciones que consagran cláusulas de interpretación conforme o de interpretación *pro homine*<sup>89</sup>. Así, la Constitución de España adopta la interpretación conforme en su artículo 10.2, al señalar que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mis-

<sup>83</sup> DÍAZ, R. Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación? *Revista de Derecho Público*, v. 77, p. 263-276, 2012. p. 264.

<sup>84</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 54; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 550.

<sup>85</sup> AGUILAR CAVALLLO, G. El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 41, p. 83-128, jul./dic. 2019; NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 210-211.

<sup>86</sup> FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 551; NOGUEIRA ALCALÁ, H. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 2, p. 301-350, 2015. p. 314, 325, 326.

<sup>87</sup> CHILE. *Ley N° 20.403 de 15 de abril de 2010*. Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012435> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>88</sup> Para una examinación de estos ejemplos, véase AGUILAR CAVALLLO, G. El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 41, p. 83-128, jul./dic. 2019.

<sup>89</sup> Para ejemplos de interpretación conforme y *pro homine* a nivel constitucional, véase BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 549-550; NOLLKAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 147. Existen también ejemplos de incorporación de estos principios en la legislación comparada. Por ejemplo, el artículo V del Código Procesal Constitucional de Perú señala que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.” PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

mas materias ratificados por España”<sup>90</sup>. El artículo 93 de la Constitución de Colombia establece que “Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”<sup>91</sup>. Por su parte, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 417, incorpora el principio *pro homine* al indicar que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la constitución”<sup>92</sup>.

Otro ejemplo interesante es el de la Constitución de Bolivia, donde el artículo 256.II incorpora tanto el principio de interpretación conforme como el *pro homine*, al señalar que “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”<sup>93</sup>. Un ejemplo importante es el de la Constitución mexicana, que en el párrafo primero de su artículo 1 dispone lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”, agregando en el párrafo segundo 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”<sup>94</sup>. Esta disposición de la Constitución mexicana ha sido referida comúnmente por la literatura como un buen modelo de texto constitucional, ya que contiene una referencia genérica a todos los tratados que de alguna manera regulen derechos humanos, junto con asumir un modelo de interpretación conforme y consagrar explícitamente el principio *pro homine*<sup>95</sup>.

De esta manera, es posible señalar que existen varios ejemplos de incorporación de los principios de interpretación conforme y *pro homine* en el Derecho constitucional comparado. En nuestra opinión, la implementación de un modelo similar en Chile, en el marco de una Nueva Constitución transformadora, implicaría un cambio de paradigma en beneficio de una mayor protección para los derechos humanos de todas las personas.

Otro tema que resulta importante examinar es el reconocimiento de las fuentes de *soft law* (Derecho blando) y el rol que juegan en la interpretación y aplicación de las fuentes primarias del DIDH. Resulta relevante recordar que los derechos fundamentales se consagran en los instrumentos internacionales de una manera similar a su regulación constitucional, o sea, como principios con un contenido abierto o flexible. Cuando los tribunales y órganos internacionales encargados de la supervisión de tales instrumentos ejercen sus competencias, interpretan el contenido de los derechos e individualizan las facultades que se desprenden de ellos. De ese modo, dictan sentencias, decisiones, opiniones consultivas o elaboran informes, lo que permite una interpretación auténtica de las fuentes principales del DIDH<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Spain\\_2011.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>91</sup> COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia\\_2015.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>92</sup> ECUADOR. *Constitución de Ecuador*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Ecuador?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>93</sup> BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>94</sup> MEXICO. *Constitución de México*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Mexico?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>95</sup> CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Annuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 553; NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018. p. 392-394.

<sup>96</sup> BOYLE, A. Soft law in international law making. In: EVANS, M. D. (ed.) *International Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 125-128; CHINKIN, C. Sources. In: MOECKLY, D.; SHAH, S.; SIVAKUMARAN, S. (ed.) *International Human Rights Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 63-85; CUENCA GÓMEZ, P. La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*,

El Derecho comparado no ofrece muchos ejemplos de reconocimiento expreso de *soft law* a nivel constitucional<sup>97</sup> o legal<sup>98</sup>, siendo más bien utilizado como un instrumento interpretativo del DIDH a nivel jurisprudencial<sup>99</sup>. Sin embargo, creemos que el principio de interpretación conforme obliga a considerar los instrumentos del *soft law*, con lo cual su regulación a nivel constitucional debería garantizar la aplicación de los mismos, lo que sería coherente con el paradigma del constitucionalismo transformador. Asimismo, en consideración de la poca uniformidad en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales chilenos, creemos necesario que la cláusula de interpretación conforme se refiera expresamente a la práctica y jurisprudencia de órganos y tribunales internacionales, por cuanto se trata de intérpretes autorizados de los tratados que les corresponde supervisar.

### 4.3 El cumplimiento de las sentencias y decisiones internacionales

Otro punto que es importante destacar es la necesidad de regular el cumplimiento y ejecución a nivel interno de las sentencias y decisiones de los órganos de los sistemas interamericano y universal<sup>100</sup>. Pese a que Chile tiene un nivel relativamente alto de cumplimiento de estas decisiones en comparación con otros países de la región<sup>101</sup>, la falta de una normativa interna integral que establezca los pasos administrativos, legales o judiciales para cumplir con una decisión internacional ha creado problemas prácticos de coordinación e implementación<sup>102</sup>.

Estas dificultades se hicieron evidentes respecto del cumplimiento de la sentencia del caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*<sup>103</sup>, en donde la Corte IDH ordenó al Estado de Chile dejar sin efecto sentencias penales

n. 12, p. 1-24, 2012. p. 21-22.

<sup>97</sup> Un caso excepcional es el art. 75.22 de la Constitución de Argentina, que reconoce de manera expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, como fuentes obligatorias de jerarquía constitucional. Otro ejemplo lo da la Constitución de los Países Bajos, la cual reconoce a las decisiones de las organizaciones internacionales como “vinculantes para todas las personas en virtud de su contenido”. ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021; PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands\\_2008?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>98</sup> Por ejemplo, la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras, la cual, en su artículo 2, establece expresamente que en la interpretación constitucional que deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de acuerdo con la interpretación que de ellos hagan los tribunales internacionales. HONDURAS. *Ley No 30.792 de 30 de agosto del 2004*. Ley sobre Justicia Constitucional. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20sobre%20Justicia%20Constitucional%20GACETA.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021. Lo mismo puede decirse respecto al artículo V del Código Procesal Constitucional de Perú. PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>99</sup> BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 14-18.

<sup>100</sup> SCHÖNSTEINER, J.; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015. p. 345-346.

<sup>101</sup> Por ejemplo, según datos entregados por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), al año 2020 Chile presentaba un 59% de cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH. Sin embargo, las actuaciones que dependen del Poder Ejecutivo tienen un cumplimiento más alto que aquellas que dependen del legislativo o judicial. ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *2º Informe Observatorio AIDEF*. 2020. Disponible en: <https://aidef.org/2-informe-observatorio-aidef/> Acceso en: 27 mayo 2021; SCHÖNSTEINER, J.; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015. p. 346.

<sup>102</sup> En la actualidad, en Chile sólo existen decretos que regulan ciertos aspectos sobre la implementación de estas decisiones. Además, en el año 2016, con la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos, se entregó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la atribución de colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en materias de cumplimiento, pero sin definir el órgano responsable de la ejecución de la jurisprudencia de los órganos internacionales; DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>103</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Norín Catrimán (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena*

condenatorias en contra de las víctimas del caso. Al no existir un mecanismo en el Derecho interno chileno que permita dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias en virtud de una decisión internacional, la Corte Suprema acordó declarar en una resolución que “los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que le son propios”, lo que generó algunos cuestionamientos por parte de la doctrina nacional<sup>104</sup>.

El Derecho comparado otorga ejemplos de reconocimiento constitucional de la obligatoriedad de las sentencias de tribunales internacionales y de regulación de los procedimientos de ejecución de tales sentencias a nivel interno<sup>105</sup>. Por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución de Honduras señala que se “proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional”<sup>106</sup>. El artículo 31 de la Constitución de Venezuela dispone que “El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”<sup>107</sup>.

Junto con lo anterior, es posible encontrar ejemplos de legislación que regula los procedimientos de ejecución de las sentencias y decisiones de los órganos internacionales. Por ejemplo, el artículo 27 de la Ley N° 6.889 de Costa Rica señala que las resoluciones de la Corte IDH “tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”<sup>108</sup>. Por su parte, la legislación de Perú incluye normas procesales específicas que regulan el procedimiento de ejecución de resoluciones de órganos interamericanos y universales, incluyendo la ejecución de medidas de reparación indemnizatorias y no indemnizatorias<sup>109</sup>.

En consideración de la experiencia comparada y los problemas que se presentan en Chile, postulamos que la Nueva Carta Fundamental debe reconocer la validez y ejecución obligatoria de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano e internacional de derechos humanos. Además, se debe incluir un mandato constitucional que obligue al legislador a regular los procedimientos de ejecución interna de las mismas<sup>110</sup>. De esta manera, compartimos la idea de incluir una disposición constitucional al estilo de Honduras, pero con una suficiente regulación específica de implementación a nivel legal, como en el caso de Perú.

---

*mapuche*) y otros vs Chile. Fondos, reparaciones y costas. Serie C N. 279. 29 de mayo de 2014.

<sup>104</sup> CORTE SUPREMA (Chile). *AD 1386-14, 16 de mayo de 2019*; DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. p. 15-17. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>105</sup> Para ejemplos de constituciones y legislación sobre cumplimiento de jurisprudencia internacional, véase. DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. p. 18-25. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.; SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 17-18.

<sup>106</sup> HONDURAS. *Constitución de Honduras*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras\\_2013.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras_2013.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>107</sup> VENEZUELA. *Constitución de Venezuela*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Venezuela?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>108</sup> COSTA RICA. *Ley No 6.889 de 9 de septiembre de 1983*. Convenio para la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35927&nValor3=37878&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35927&nValor3=37878&strTipM=TC) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>109</sup> PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021; PERÚ. *Ley No 27.775 de 22 de junio de 2002*. Que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Disponible en: <http://cdn01.pucp.edu.pe/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/13162128/ley-n-27775.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021. Para una explicación de esta legislación, véase DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>110</sup> SCHÖNSTEINER, J; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015. p. 345.

## 4.4 Acciones constitucionales y Derecho internacional de los derechos humanos

Pasando a otro punto, sería deseable que la regulación de las acciones constitucionales en la Nueva Carta Política –como la acción de protección y la acción de amparo<sup>111</sup>– especifique que los derechos fundamentales garantizados por éstas no sean solo los mencionados en la Constitución, sino también los regulados por el DIDH<sup>112</sup>.

Un ejemplo para elaborar esta disposición constitucional sería el artículo 48 de la Constitución de Costa Rica, según la que

toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, así como al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aplicables a la República<sup>113</sup>.

El incluir una disposición de este tipo en la Nueva Constitución permitiría dar un avance significativo respecto de la realidad actual, en la cual los derechos consagrados en el DIDH no son justiciables por medio de estas acciones constitucionales, y para peor, no todos los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución son accionables. Solo para dar ejemplos de esta situación, el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social se encuentran consagrados en la Carta, pero no son objeto de la acción de protección recogida en el artículo 20.

Finalmente, la Nueva Constitución debería señalar expresamente que el TC u otro órgano al que se le atribuya la competencia de ejercer el control de constitucionalidad, debe estar obligado a considerar al DIDH como parámetro de dicho control<sup>114</sup>. De todas maneras, es importante recordar que, como señalamos anteriormente, de incorporar la Nueva Constitución las cláusulas de interpretación conforme y *pro homine*, todos los operadores jurídicos, incluidos el TC u otro órgano que asuma sus atribuciones, estarían obligados a elegir la fuente que mejor protege los derechos humanos, sea de carácter nacional o internacional.

## 5 La distribución de competencias en el proceso de incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos

En esta sección del trabajo se reflexionará sobre la manera en que la Nueva Constitución podría regular la distribución y asignación de las competencias en relación con el procedimiento de incorporación del DIDH, específicamente, respecto de los tratados sobre esa materia. Es necesario subrayar que, de acuerdo al objetivo de este artículo, el análisis se centrará en los tópicos del procedimiento de incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ciertamente, el procedimiento de incorporación de estos tratados debe diseñarse con un adecuado equilibrio entre las competencias del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Por ende, se trata de una materia íntimamente vinculada con la forma de gobierno que se

<sup>111</sup> El recurso de protección chileno protege sólo derechos específicos individuales, con excepción de la libertad personal individual, la cual es tutelada por el recurso de amparo chileno. Este último es similar al *habeas corpus* en el derecho comparado. CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>112</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 56, 57, 78.

<sup>113</sup> COSTA RICA. *Constitución de Costa Rica*. Disponible en: [https://constituteproject.org/countries/Americas/Costa\\_Rica?lang=en](https://constituteproject.org/countries/Americas/Costa_Rica?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>114</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 59-60.

adoptará en el nuevo texto constitucional. De todos modos, consideramos que pueden ser pertinentes algunas advertencias generales que se formularán a lo largo de este apartado. Así, en primer lugar se tratarán las atribuciones que deberían desempeñar los poderes del Estado que se mencionaron. En segundo lugar, se analizará brevemente si la ciudadanía podría participar directamente en el procedimiento de incorporación. También se harán algunas alusiones a las competencias en materia de reserva y denuncia de los tratados. Finalmente, el apartado concluirá con un análisis sobre la (im)procedencia del control de constitucionalidad respecto de tratados de derechos humanos.

## 5.1 El papel del Poder Legislativo

Actualmente, el Congreso Nacional tiene la función de aprobar o desechar los tratados internacionales. Antes de manifestar el consentimiento, el Presidente de la República somete a la decisión del Congreso la incorporación del tratado, la cual se tramita de acuerdo con el procedimiento de formación de la ley, debiendo ambas cámaras decidir si aprueban el tratado con el quórum que corresponda según la materia regulada en el mismo<sup>115</sup>.

Es indispensable que en la Nueva Constitución el Poder Legislativo, como representante legítimo de la ciudadanía, ejerza un control democrático sobre la incorporación de los tratados internacionales<sup>116</sup>, tal como sucede en la gran mayoría de las constituciones comparadas<sup>117</sup>. Para tal efecto, la Nueva Constitución debería contener una cláusula que exija la necesidad de aprobación parlamentaria respecto de todos los tratados y eventualmente debería especificar los tratados que no deberían contar con dicha aprobación<sup>118</sup>. En nuestra opinión, los tratados sobre derechos humanos deberían someterse al procedimiento de aprobación por parte del Poder Legislativo y en ningún caso deberían ser considerados como *executive treaties*, porque en atención a la materia que regulan, requieren el ejercicio de un control democrático.

La Constitución actual contempla quórum supramayoritarios para la aprobación de ciertas leyes según el tipo de materia sobre la que versan<sup>119</sup>. Los quórum de aprobación de los tratados, incluyendo los de derechos humanos, siguen la misma lógica, con lo cual debe determinarse en cada caso qué tipo de materia regulan y proceder a su aprobación con el quórum legislativo que corresponda<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021; GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007. p. 473-474. Señalando que algunos trámites del procedimiento para la formación de la ley no se aplican en el caso de los tratados; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 372-373; ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 128-129.

<sup>116</sup> BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014.

<sup>117</sup> SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 8. Por ejemplo, véase FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; JAPÓN. *Constitución de Japón*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Japan\\_1946.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; NORUEGA. *Constitución de Noruega*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Norway\\_2016.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Czech\\_Republic\\_2002.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021. Para más ejemplos, véase MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 91.

<sup>118</sup> HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58. p. 34.

<sup>119</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021. De ese modo, las materias de ley orgánica constitucional se aprueban con el quórum de cuatro séptimos de diputados y senadores en ejercicio; las de ley de quórum calificado exigen el quórum de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio; finalmente, para las materias de ley ordinaria basta reunir el quórum de mayoría simple de diputados y senadores presentes.

<sup>120</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

En relación con este punto, algunos modelos comparados exigen el cumplimiento de requisitos adicionales y/o un quórum supramayoritario para la aprobación de ciertos tipos de convenciones internacionales<sup>121</sup>. Así, en algunos Estados la incorporación de tratados que se consideran contrarios a la Constitución, requieren el mismo quórum que el de una reforma constitucional<sup>122</sup>.

En nuestra opinión, la incorporación de un tratado de derechos humanos debería proceder cumpliéndose el quórum de mayoría simple y no estar sujeto a otros trámites legislativos más exigentes<sup>123</sup>. La aprobación de este tipo de tratados tiene por objeto fortalecer la protección de las personas, siendo este un motivo suficiente para no requerir el cumplimiento de exigencias procedimentales excesivas en una Nueva Constitución transformadora. Además, si esta consagrare un modelo basado en la interpretación conforme y el principio *pro homine*, no debería producirse una contradicción entre sus disposiciones y los tratados de derechos humanos que integren al ordenamiento jurídico nacional, con lo cual no se justificaría la exigencia de los procedimientos de reforma constitucional para la incorporación de esas convenciones, suponiendo que las reformas de la Nueva Constitución requieran cumplir procedimientos más exigentes que la aprobación de una ley.

## 5.2 La participación directa de la ciudadanía

Algunos modelos comparados estipulan mecanismos de participación popular directa para aprobación de tratados sobre cierto tipo de materias<sup>124</sup>. El ejemplo más llamativo es el de la Constitución de Suiza, que contempla diferentes tipos de referéndums respecto de distintos tipos de tratados<sup>125</sup>. Por su parte, la Constitución de Bolivia regula la realización opcional de un referéndum para incorporar cualquier tratado, siempre que se cumplan los requisitos para su convocatoria, mientras que exige un referéndum obligatorio para la ratificación de tratados sobre ciertas materias<sup>126</sup>. La Constitución de Francia también regula referéndum respecto de tratados que inciden “en el funcionamiento de las instituciones”<sup>127</sup>.

La opción de someter a la voluntad popular la aprobación de un tratado de derechos humanos debe ser

<sup>121</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 92-93; HONDURAS. *Constitución de Honduras*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras\\_2013.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras_2013.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; ALEMANIA. *Constitución de Alemania, 1949, con enmiendas hasta 2014*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/German\\_Federal\\_Republic\\_2014.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Czech\\_Republic\\_2002.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021. En la doctrina chilena, entre los autores favorables a la aprobación con quórum supramayoritario de los tratados que se consideran contrarios a la Constitución, véase GAMBOA SERAZZI, F. Derecho internacional y derecho interno. *Revista de Actualidad Jurídica*, n. 2, p. 23-31, 2000. p. 29, 31; FERMANDOIS, A. El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales. *Revista chilena de Derecho*, v. 30, n. 3, p. 471-489, 2003. p. 488. Este último sólo respecto de tratados que implican “transferencia limitada y calificada de soberanía, a órganos supranacionales”.

<sup>122</sup> PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands\\_2008?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; PERÚ. *Constitución de Perú*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Peru\\_2021.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>123</sup> Nos parece un mal modelo el de la Constitución de Brasil, art. 5(3) (exige un quórum supramayoritario para los tratados de derechos humanos). BRASIL. *Constitución de Brasil*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil\\_2017.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>124</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 91-92.

<sup>125</sup> SUIZA. *Constitución de Suiza*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland\\_2014.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021; WILDHABER, L.; SCHEIDEGGER, A.; SCHINZEL, M. D. Switzerland. In: HOLLIS *et al.* (ed.). *National treaty law and practice*. dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 627-685. p. 653-657; MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 91-92.

<sup>126</sup> BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>127</sup> FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://www.constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021. Admitiendo la procedencia del referéndum para cuestiones de interés nacional que deban ser decididas mediante tratados y sobre tratados vinculados con la Unión Europea.

objeto de un atento estudio y en ningún caso debería ser descartada, sobre todo si se tiene en consideración que Chile no ha ratificado importantes instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>128</sup>. Por otra parte, uno de los grandes anhelos de la ciudadanía, que se hizo presente durante el estallido social y sigue vigente en el actual momento constituyente, consiste en poder contar con mecanismos de participación directa. Estimamos que en materia de derechos humanos, es relevante poder escuchar precisamente a sus destinatarios, esto es, a todas las personas que forman parte de la comunidad política. En tal sentido, la Convención Constitucional es soberana para poder configurar un procedimiento mediante el cual se pueda plebiscitar la incorporación de un tratado. Este mecanismo podría ser propuesto por algún órgano y/o por un grupo considerable de ciudadanos(as) que reúna una determinada cantidad de firmas. Sostenemos que el resultado de un plebiscito de esta índole debiese ser vinculante para el órgano legislativo.

### 5.3 El papel del Poder Ejecutivo

En el diseño constitucional actual, el Presidente de la República es el órgano facultado para negociar los tratados y manifestar el consentimiento del Estado en orden a obligarse con su cumplimiento<sup>129</sup>, funciones que son ejercidas en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>130</sup>. Cabe recordar que actualmente el Presidente es Jefe de Estado y también Jefe de Gobierno. Algunos autores han señalado que la manifestación del consentimiento es una facultad exclusivamente radicada en el Presidente, tanto así que éste podría no ratificar un tratado pese a que el Congreso Nacional haya procedido a su aprobación previa<sup>131</sup>. Esta es una clara manifestación del sistema hiperpresidencial que impera actualmente en Chile. Sin embargo, si la Nueva Constitución transita hacia un sistema semi-presidencial o parlamentario, las competencias sobre negociación y manifestación del consentimiento de los tratados deberían ser objeto de una distribución entre la Jefatura de Estado y el Gobierno<sup>132</sup>, con la finalidad de que estas importantes decisiones no sean ejercidas por un solo órgano.

### 5.4 Las reservas

En relación con las reservas, la Constitución vigente establece que el Congreso sólo tiene la facultad de sugerir su formulación y de pronunciarse sobre su retiro<sup>133</sup>. Sin embargo, el Presidente de la República es el órgano facultado en último término para decidir si las formula o retira. Por ende, se trata de un modelo en que el órgano legislativo, por un lado, detenta una facultad meramente propositiva de reservas sin ningún efecto vinculante para el Ejecutivo y, por otro lado, ejerce una función consultiva con respecto al retiro de

<sup>128</sup> Entre los tratados no ratificados se pueden mencionar, a modo de ejemplo, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. 17 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. 4 de marzo de 2019. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>129</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>130</sup> CHILE. *Ley N° 21.080 de 20 de marzo de 2018*. Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1116334> Acceso en: 27 mayo 2021; ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 125-126.

<sup>131</sup> ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 126, 128.

<sup>132</sup> HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58. p. 20.

<sup>133</sup> CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

las mismas, lo que tampoco tiene efecto vinculante<sup>134</sup>. En la regulación de las reservas, por tanto, salta a la vista otra clara manifestación del actual hiperpresidencialismo chileno.

Sin embargo, en el Derecho constitucional comparado hay modelos que otorgan un mayor protagonismo al Congreso en esta materia, por ejemplo, sometiendo la decisión de la formulación o retiro a la aprobación parlamentaria<sup>135</sup> o incluso concediendo al órgano legislativo la competencia de proponer reservas obligando al Ejecutivo a presentarlas<sup>136</sup>. Nos parece adecuado un modelo en que el Poder Legislativo ejerza un control intenso en lo que se refiere a la presentación y retiro de las reservas. Sostenemos lo anterior, ya que este Poder es el legítimo representante del pueblo.

## 5.5 La denuncia

Los Estados tienen la facultad de retirarse de un tratado mediante un acto que se denomina “denuncia”<sup>137</sup>. De acuerdo con la Constitución vigente, el Presidente de la República es el único órgano facultado para ejercer esta atribución, dado que el Congreso Nacional solo debe emitir un pronunciamiento que no es vinculante<sup>138</sup>. Consideramos que el ejercicio de esta relevante facultad requiere un mayor control por parte del Congreso, el cual debería aprobar la denuncia antes de que sea formulada por el Presidente, tal como se estipula en algunas Constituciones comparadas<sup>139</sup>. Esto permitiría que las distintas fuerzas políticas puedan llegar a un consenso, que eventualmente podría ser contrario a la decisión del Presidente. La necesidad de un diálogo entre estas distintas fuerzas resulta especialmente relevante en una materia tan delicada como la denuncia de un tratado sobre derechos fundamentales, dado que su formulación podría conllevar una disminución significativa del nivel de protección de los derechos de las personas.

Nuevamente, el argumento que justifica nuestra posición crítica se relaciona con la necesidad de un mayor control democrático en el proceso de denuncia de los tratados. De hecho, parece poco coherente que el Poder Ejecutivo detente la exclusividad para denunciar un tratado respecto del cual, por mandato de la Constitución, se ha requerido contar con la aprobación parlamentaria para su previa incorporación al ordenamiento interno<sup>140</sup>. Incluso, no sería descabellado que respecto de tratados de derechos humanos, la

<sup>134</sup> ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 130-131.

<sup>135</sup> COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. Analytical Report And Country Reports. Council of Europe. 21 de enero de 2001. Disponible en: <https://rm.coe.int/168004ad95> Acceso en: 27 mayo 2021. p. 68-69.

<sup>136</sup> COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. Analytical Report And Country Reports. Council of Europe. 21 de enero de 2001. Disponible en: <https://rm.coe.int/168004ad95> Acceso en: 27 mayo 2021. p. 69-70. Un ejemplo en este sentido se da en la práctica en Estados Unidos, dado que se ha interpretado que el Senado tiene la facultad de condicionar la aprobación a un tratado a la formulación de una reserva, pese a que la Constitución de Estados Unidos no se refiere expresamente a estas. Al respecto, véase DALTON, R. E. *National treaty law and practice: United States*. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 765-822. p. 774-777.

<sup>137</sup> NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969. Disponible en: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021; GIEGERICH, T. Article 56. Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination, denunciation or withdrawal. In: DÖRR, O. *et al.* (ed.) *Vienna Convention on the law of treaties: a commentary*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2012. p. 967-987.

<sup>138</sup> ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 139.

<sup>139</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 94; ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Spain\\_2011.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; PERÚ. *Constitución de Perú*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Peru\\_2021.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands\\_2008?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021. Sobre este último caso, véase BROUWER, J. C. *National treaty law and practice: the netherlands*. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 483-536. p. 494.

<sup>140</sup> HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58. p. 28-29.

Nueva Constitución regular la posibilidad de que se active un mecanismo de participación ciudadana, para que en definitiva sean los propios titulares de los derechos quienes decidan en forma soberana y vinculante sobre su esta materia.

## 5.6 El control de constitucionalidad

Anteriormente, hemos hecho referencia a la regulación del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile. En el panorama comparado<sup>141</sup> hay algunos modelos que contemplan un control de constitucionalidad *ex ante*<sup>142</sup> y/o *ex post*<sup>143</sup> de los tratados internacionales, mientras que en otras Constituciones se prohíbe expresamente todo tipo de control de constitucionalidad<sup>144</sup>. En este apartado problematizaremos la pregunta sobre la plausibilidad de que en la Nueva Constitución se atribuya a un órgano la competencia para llevar a cabo este control respecto de los tratados internacionales de derechos humanos. Dividiremos la explicación en dos partes, la primera dedicada al control preventivo y la segunda al control represivo.

### 5.6.1 Control preventivo

Como se adelantó, en la Constitución vigente en Chile existe un control preventivo eventual u obligatorio de los tratados internacionales dependiendo de la materia que regulan. La doctrina nacional mayoritaria es favorable a un control preventivo *ex ante* obligatorio para todos los tratados<sup>145</sup>. Para defender la procedencia del control de constitucionalidad preventivo de las convenciones internacionales, se suele argumentar que este tipo de control tendría la capacidad para evitar la incorporación al ordenamiento jurídico interno de tratados contradictorios con la Carta<sup>146</sup>. También se ha esgrimido que un control de esta índole evitaría

<sup>141</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 95.

<sup>142</sup> BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia\\_2015.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Spain\\_2011.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021; REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Czech\\_Republic\\_2002.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>143</sup> AUSTRIA. *Constitución de Austria*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Austria\\_2013.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021; BRASIL. *Constitución de Brasil*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil\\_2017.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>144</sup> PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands\\_2008?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021; LUXEMBURGO. *Constitución de Luxemburgo*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>145</sup> Por ejemplo, véase ALDUNATE, E. La posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho positivo. *Ius et Praxis*, año 16, n. 2, p. 185-210, 2010. p. 194; FERNANDOIS, A. El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales. *Revista chilena de Derecho*, v. 30, n. 3, p. 471-489, 2003. p. 488; GAMBOA SERAZZI, F. Derecho internacional y derecho interno. *Revista de Actualidad Jurídica*, n. 2, p. 23-31, 2000. p. 31; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 376-377; NOGUEIRA ALCALÁ, H. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, v. 5, n. 1, p. 59-88, 2007. p. 71-72; SAENGER GIANONI, F. Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución?. *Revista Chilena de Derecho*, v. 20, n. 2-3, p. 647-667, 1993. p. 661; TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010. p. 157.

<sup>146</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 105; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 378; TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010. p. 157.

la responsabilidad internacional del Estado, lo que incluso justificaría el reemplazo del control *ex post* por un control *ex ante* de los tratados<sup>147</sup>, dado que el primero no tendría la capacidad para evitar dicha responsabilidad y más bien sería una causa de su configuración en el evento de que se aplique en un caso concreto<sup>148</sup>.

De acuerdo con una primera crítica contra el control preventivo, según Mendez la gran mayoría de los tratados internacionales, probablemente, no serían contrarios a las normas constitucionales<sup>149</sup>, lo que no justificaría un control obligatorio para todos los tratados, sino que a lo más un control eventual para los casos que susciten más suspicacia, regulándose adecuadamente la legitimidad activa y el procedimiento para la activación de un control de esta naturaleza.

Por otra parte, un modelo de control *ex ante* tiene inconvenientes para las relaciones internacionales del Estado, dado que frente a la declaración preventiva de inconstitucionalidad del tratado, las alternativas a disposición no son muchas, las que serán enunciadas a continuación<sup>150</sup>. Se podría optar por la no manifestación del consentimiento de obligarse con el tratado<sup>151</sup>. Asimismo, se podría introducir una modificación al texto constitucional para permitir la incorporación del tratado<sup>152</sup>. También se podría presentar una reserva o declaración interpretativa, siempre que el tratado lo permita<sup>153</sup>. En algunos sistemas, se acepta que un tratado declarado inconstitucional pueda ser incorporado al ordenamiento interno mediante su aprobación parlamentaria con un quórum supramayoritario<sup>154</sup>. Una última alternativa consistiría en impulsar una negociación o enmienda del tratado, procedimiento que jurídicamente estará regulado en el mismo instrumento o supletoriamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que políticamente dependerá de la voluntad de los Estados partes<sup>155</sup>.

Consideramos que, para los tratados internacionales sobre materias distintas a los derechos fundamentales, podría ser razonable un control preventivo eventual, regulándose adecuadamente la legitimidad activa para promoverlo, dado que permitiría analizar con detención los tratados que se tensionan con las normas de la Constitución, incluyendo por cierto, las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales. No estamos de acuerdo con un control preventivo obligatorio de todos los tratados, dado que implicaría otorgar a un órgano como una Corte Constitucional el poder de decidir sobre la incorporación

<sup>147</sup> VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Anuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010. p. 468.

<sup>148</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 103, 105, 106; DJAJIĆ, S. Serbia. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 526-554. p. 545. Explicando las críticas de la Comisión de Venecia al control *ex post* en Serbia y su propuesta de reemplazarlo por un control *ex ante*.

<sup>149</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 104.

<sup>150</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 106.

<sup>151</sup> Esta situación se produjo en Francia respecto de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias tras su declaración de inconstitucionalidad por parte del Consejo Constitucional. Al respecto, véase NEUMAN, G. L. The brakes that failed: constitutional restriction of international agreements in France. *Cornell International Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 257-365, 2012. p. 326-330.

<sup>152</sup> Al igual que en el caso chileno, esta fue la solución adoptada para la incorporación del Estatuto de Roma en Francia tras su declaración de inconstitucionalidad por parte del Consejo Constitucional. FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>153</sup> COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia\\_2015.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021. Estableciendo que si la Corte Constitucional declara inexecutable una o varias normas de un tratado, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. ABELLO GALVIS, R. La Corte Constitucional y el derecho internacional: los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2007. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, año 1, n. 1, p. 263-391, 2008.

<sup>154</sup> PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

<sup>155</sup> NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969. Disponible en: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021. REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Czech\\_Republic\\_2002.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021. Impide la ratificación de un tratado declarado inconstitucional hasta que se resuelva la discrepancia entre el tratado y la Constitución.

de los tratados. Ahora bien, en cuanto a los tratados de derechos humanos, el control preventivo de constitucionalidad —eventual u obligatorio— debiese eliminarse, dado que la decisión sobre su incorporación debe quedar radicada en los órganos democráticos representativos. Por lo demás, tal como ha sido enunciado a lo largo de este trabajo, si la Nueva Constitución asegura un modelo de interpretación conforme y *pro homine*, resulta bastante difícil imaginar un caso en que un tratado de derechos humanos contradiga el texto constitucional.

### 5.6.2 Control represivo

Como se explicó anteriormente, en la actualidad el TC podría declarar inaplicable un tratado internacional en el marco de un proceso judicial específico. De todos modos, pese a algunos intentos puntuales de generar la inaplicación de algunos tratados de derechos humanos, el TC no ha dictado ninguna sentencia acogiendo una petición de esta naturaleza<sup>156</sup>.

El control de constitucionalidad *ex post* de los tratados ha sido defendido por tratarse de un control concreto que permitiría identificar inconstitucionalidades en la aplicación práctica del instrumento internacional en un caso determinado, siendo este un problema que el control *ex ante* no tendría la capacidad de detectar, al ser un control abstracto<sup>157</sup>.

El control represivo de los tratados también ha sido defendido con argumentos basados en el respeto de la democracia y los derechos humanos, argumentándose que el proceso de formación de los tratados en sede internacional no cumpliría con las exigencias del juego democrático que sí tendrían aplicación en el proceso de formación de la ley a nivel nacional<sup>158</sup>. Por otro lado, la tutela de los derechos fundamentales, especialmente, aquellos que han sido constitucionalizados, también justificaría el ejercicio de un control *ex post* de aquellos tratados que podrían entrar en tensión con tales derechos<sup>159</sup>.

La principal crítica que se dirige contra el control *ex post* de los tratados explica que su declaración de inconstitucionalidad generaría su inaplicación en un caso concreto o su expulsión del ordenamiento jurídico, dependiendo de si el control tiene efecto particular o general. Cualquiera sea el caso, lo anterior traería como consecuencia el incumplimiento del tratado y con ello la responsabilidad internacional del Estado<sup>160</sup>.

De hecho, en la literatura crítica del control represivo de los tratados es frecuente la invocación de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La primera de estas disposiciones consagra el principio *pacta sunt servanda*, de acuerdo con el cual los tratados internacionales son obligatorios para los Estados partes y deben ser cumplidos de buena fe<sup>161</sup>. A su vez, de acuerdo con el

<sup>156</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 2789-15, 25 de marzo de 2015; CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 6447-19, 31 de mayo de 2019. Caso sobre el asesinato de Víctor Jara y Littré Quiroga, en el cual se intentó inaplicar el Estatuto del Tribunal de Núremberg por haber sido citado en *obiter dicta* en una resolución del caso. Al respecto, COLLINS, C. La memoria en los tiempos del cólera: verdad, justicia, reparaciones, y garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, p. 23-132, 2019. p. 91-92.

<sup>157</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 97, 104; VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Annuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010. 473.

<sup>158</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 97-98.

<sup>159</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 98.

<sup>160</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 99, 103-104; críticamente, NÚÑEZ POBLETE, M. A. Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales: un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 431-464, 2010. p. 452-457; TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Annuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010. p. 157.

<sup>161</sup> GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007. p. 476; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control

segundo de los artículos citados, un Estado no puede invocar las de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado<sup>162</sup>.

Estas críticas son especialmente pertinentes respecto de los tratados de derechos humanos, dado que su inaplicación podría acarrear el incumplimiento de las obligaciones del Estado configurándose su responsabilidad internacional por la vulneración de derechos básicos de la persona. Esta es una razón suficiente para que la Nueva Constitución no contemple este tipo de control respecto de las convenciones sobre derechos humanos. Por lo demás, si se consagra una cláusula de interpretación conforme y *pro homine*, en los casos en los cuales se produzca una antinomia entre una norma constitucional sobre derechos humanos y un tratado internacional sobre la misma materia, primará la más protectora. De ese modo, no se podría producir un supuesto de inconstitucionalidad, con lo cual el control represivo sobre estos tratados carecería de sentido. Así, la conflictividad que supone la defensa de la supremacía constitucional ante este tipo de tratados, quedaría diluida por medio de la interpretación conforme y el principio *pro homine*<sup>163</sup>.

Mendez intenta defender la procedencia de un control represivo “débil” en virtud del cual el órgano que ejerce el control no debería tener la facultad de imponer la inaplicación o invalidación del tratado, sino solamente la atribución de advertir al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo o a ambos, para que procedan a promover una enmienda del tratado o su denuncia<sup>164</sup>. El mismo autor sostiene que un control *ex post* en un sentido “fuerte”, en cuya virtud el órgano que lo ejerciere tuviere la facultad de exigir la denuncia de un tratado al Poder Ejecutivo, en la práctica produciría el mismo resultado<sup>165</sup>. En nuestra opinión, un control represivo débil o fuerte que se aplique con efectos generales y conduzca a la terminación del tratado de derechos humanos mediante su denuncia es un panorama incluso menos auspicioso que el actualmente vigente en Chile, ya que se otorgaría a un Tribunal o Corte Constitucional el poder de impulsar la terminación de un tratado que ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante el respaldo democrático del Parlamento.

Para cerrar este apartado, consideramos que en una Constitución transformadora que se adhiera al modelo de interpretación conforme, complementado con el principio *pro homine*, resulta complejo imaginar una contradicción entre una norma constitucional sobre derechos humanos y una norma de un tratado sobre la misma materia, justamente, porque ese modelo razona en una lógica de compatibilidad e interacción y no en términos de contradicción o conflictividad normativa. Por tanto, reiteramos que no sería procedente, ni justificable un control de constitucionalidad preventivo o represivo respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

---

de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 380; MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 99.

<sup>162</sup> DJAJIĆ, S. Serbia. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 526-554. p. 545. En relación con las críticas de la Comisión de Venecia dirigidas contra el control de constitucionalidad *ex post* de los tratados internacionales autorizado por el art. 167.2 de la Constitución de Serbia. SERBIA. *Constitución de Serbia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia\\_2006.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006.pdf?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021; GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007. p. 475; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 378, 380.

<sup>163</sup> Sobre la supremacía constitucional como argumento para la justificación del control represivo, véase VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Anuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010. p. 465-467.

<sup>164</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 99-100. Un modelo de este tipo está regulado en: POLONIA. *Constitución de Polonia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Poland\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021. En virtud del cual el efecto jurídico de la sentencia de inconstitucionalidad con alcance general de un tratado (no de inaplicación para el caso concreto) podría tener lugar tras el transcurso de un plazo de 12 meses contados desde la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional. GARLICKI, L.; MASTERNAK-KUBIAK, M.; WÓJTOWICZ, K. Poland. In: SLOSS, D. (ed.) *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 370-409. p. 381-382. Dentro de este plazo debería considerarse si se denuncia el tratado o se promueve su enmienda.

<sup>165</sup> MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 100.

## 6 Conclusiones

La Constitución vigente no regula la jerarquía normativa de los tratados internacionales, ni siquiera de los que versan sobre derechos fundamentales. Esta omisión ha abierto una larga discusión doctrinaria al respecto, donde existen visiones contrastadas. Lo anterior también ha incidido en la aplicación del DIDH que hacen los tribunales. En este sentido, el TC ha sostenido en forma sistemática que este tiene una jerarquía infraconstitucional. Ello contrasta con importantes avances que se han dado en los tribunales superiores, que aplican la doctrina del bloque de constitucionalidad y por tanto dan una jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Teniendo en cuenta el diagnóstico anterior, proponemos que la Nueva Constitución chilena incluya disposiciones que reconozcan al DIDH como parte integrante del Derecho interno, lo que incluiría al conjunto de fuentes que regulen materias de derechos humanos. Además, postulamos que la Nueva Constitución debe incorporar a nivel constitucional los principios de interpretación conforme y *pro homine*. En coherencia con estos principios, sugerimos que la Nueva Constitución reconozca al *soft law* como instrumento interpretativo del DIDH. Junto con lo anterior, proponemos incluir una disposición constitucional que reconozca la validez obligatoria de la jurisprudencia de los órganos del sistema internacional de derechos humanos, con la inclusión de un mandato constitucional que obligue al legislador a establecer los órganos competentes y el procedimiento de ejecución de estas decisiones a nivel interno. Asimismo, planteamos que la Nueva Constitución señale expresamente que los derechos fundamentales protegidos a través de las acciones constitucionales incluyan los garantizados por el DIDH. Finalmente, manifestamos que se incorpore una disposición a nivel constitucional que obligue al TC u otro órgano que asuma sus atribuciones, a considerar al DIDH como parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad.

De esta manera, consideramos que una Nueva Constitución con una mayor claridad y reconocimiento sobre la incorporación y aplicación del DIDH en el Derecho interno, nos permitiría dejar atrás la duplicidad de interpretaciones que se dan en la actualidad por los operadores jurídicos chilenos, disminuyendo además la posible responsabilidad internacional del Estado. El Derecho constitucional comparado nos da varios ejemplos de incorporación y aplicación del DIDH, los cuales pueden servir de inspiración a las y los constituyentes nacionales.

En cuanto a la distribución de competencias relativas al proceso de incorporación de los tratados de derechos humanos, consideramos que debe otorgarse un mayor protagonismo al Poder Legislativo, el cual debería ejercer un control democrático en lo que se refiere a la aprobación de los tratados, pero también a la formulación y retiro de las reservas y a la denuncia. Asimismo, consideramos que sería pertinente regular algunos mecanismos de participación popular directa en relación con el ejercicio de estas funciones. Finalmente, estimamos que no sería pertinente someter a los tratados internacionales de derechos humanos a un control de constitucionalidad preventivo ni represivo, debido a que no se justificaría si es que la Nueva Constitución adopta los principios de interpretación conforme y *pro homine*.

## Referencias

- ABELLO GALVIS, R. La Corte Constitucional y el derecho internacional: los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2007. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, año 1, n. 1, p. 263-391, 2008.
- ACOSTA, P. Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 1, p. 15-60, 2016.
- AGUILAR CAVALLO, G. El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 41, p. 83-128, jul./dic. 2019.

- AGUILAR CAVALLO, G. Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 146, p. 13-59, 2016.
- AGUILAR CAVALLO, G.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, p. 13-43, 2016.
- ALDUNATE, E. La posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho positivo. *Ius et Praxis*, año 16, n. 2, p. 185-210, 2010.
- ALEMANIA. *Constitución de Alemania, 1949, con enmiendas hasta 2014*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/German\\_Federal\\_Republic\\_2014.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.
- ARANGO, R. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 179-191.
- ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *2º Informe Observatorio AIDEF*. 2020. Disponible en: <https://aidef.org/2-informe-observatorio-aidef/> Acceso en: 27 mayo 2021.
- AUSTRIA. *Constitución de Austria*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Austria\\_2013.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021.
- BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014.
- BASSA MERCADO, J. *Chile decide: por una nueva Constitución*. Santiago: Editorial Planeta, 2020.
- BAZÁN, V. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 359-388, 2010.
- BERTELSEN REPETTO, R. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 211-222, 1996.
- BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.
- BOYLE, A. Soft law in international law making. In: EVANS, M. D. (ed.) *International Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- BRASIL. *Constitución de Brasil*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil\\_2017.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.
- BROUWER, J. C. National treaty law and practice: the netherlands. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 483-536.
- CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011.
- CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 16 de mayo de 2000*. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 1 de junio de 2010*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016103> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 1 de 11 de septiembre de 1973*. Acta de constitución de la junta de gobierno. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=237897> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 128 de 12 de noviembre de 1973*. Aclara el sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1, de 1973. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5787> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 2.191 de 18 de abril de 1978*. Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6849> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 788 de 2 de diciembre de 1974*. Dicta normas sobre el ejercicio del poder constituyente. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=204417> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 17.997 de 12 de mayo de 1981*. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29427> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 18.825 de 15 de junio de 1989*. Modifica la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30201> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 20.352 de 26 de mayo de 2009*. Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1002776> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 20.403 de 15 de abril de 2010*. Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012435> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 21.080 de 20 de marzo de 2018*. Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1116334> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 21.200 de 23 de diciembre de 2019*. Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. Segundo Juzgado de Familia De Santiago. *Rit C-10028-2019, 8 de junio de 2020*.

CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de inconstitucionalidad. *Rol 346-02, 4 de marzo de 2002*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 1288-08, 25 de agosto de 2009*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 2789-15, 25 de marzo de 2015*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 346-02, 8 de abril de 2002*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 6447-19, 31 de mayo de 2019*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 786-07, 13 de junio de 2007*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Roles 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013*.

CHINKIN, C. Sources. In: MOECKLY, D.; SHAH, S.; SIVAKUMARAN, S. (ed.) *International Human Rights Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 63-85.

COLLINS, C. La memoria en los tiempos del cólera: verdad, justicia, reparaciones, y garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, p. 23-132, 2019.

COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia\\_2015.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN. *Actas oficiales de la comisión constituyente*. Disponible en: [https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion\\_politica/Actas\\_comision\\_ortuzar/Tomo\\_I\\_Comision\\_Ortuzar.pdf](https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general No 15 (2002)*. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. Analytical Report And Country Reports. Council of Europe. 21 de enero de 2001. Disponible en: <https://rm.coe.int/168004ad95> Acceso en: 27 mayo 2021.

CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. Nueva constitución y derecho internacional de los derechos humanos: problemas y desafíos. In: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Una nueva Constitución para Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2018. p. 113-129.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (Chile). *Rol 465-2008, 26 de julio de 2010*.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (Chile). *Rol 454-2012, 3 de julio de 2012*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 154. 26 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. OC/16/1999, Serie A No 16. 1 de julio de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Norín Catrimán (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) y otros vs Chile*. Fondos, reparaciones y costas. Serie C N. 279. 29 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA (Chile). *AD 1386-14, 16 de mayo de 2019*.

CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 517-04, 17 de noviembre de 2004*.

CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*.

CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*.

COSTA RICA. *Constitución de Costa Rica*. Disponible en: [https://constituteproject.org/countries/Americas/Costa\\_Rica?lang=en](https://constituteproject.org/countries/Americas/Costa_Rica?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021.

COSTA RICA. *Ley No 6.889 de 9 de septiembre de 1983*. Convenio para la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35927&nValor3=37878&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35927&nValor3=37878&strTipM=TC) Acceso en: 27 mayo 2021.

CUENCA GÓMEZ, P. La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 12, p.

1-24, 2012.

CUMPLIDO CERECEDA, F. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 255-258, 1996.

DALTON, R. E. National treaty law and practice: United States. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.). *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 765-822.

DE “PLAZA Italia” a “Plaza de la Dignidad”: los pasos para el cambio de nombre oficial. *El Mostrador*, 2019. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/12/04/de-plaza-italia-a-plaza-de-la-dignidad-los-pasos-para-el-cambio-de-nombre-oficial/> Acceso en: 27 mayo 2021.

DÍAZ, R. Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación? *Revista de Derecho Público*, v. 77, p. 263-276, 2012.

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

DJAJIĆ, S. Serbia. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 526-554.

ECUADOR. *Constitución de Ecuador*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Ecuador?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Spain\\_2011.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

FERMANDOIS, A. El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales. *Revista chilena de Derecho*, v. 30, n. 3, p. 471-489, 2003.

FERNÁNDEZ NEIRA, K. Breve Análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 1, p. 467-488, 2010.

FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

GAMBOA SERAZZI, F. Derecho internacional y derecho interno. *Revista de Actualidad Jurídica*, n. 2, p. 23-31, 2000.

GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007.

GARLICKI, L.; MASTERNAK-KUBIAK, M.; WÓJTOWICZ, K. Poland. In: SLOSS, D. (ed.) *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 370-409.

GIEGERICH, T. Article 56. Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination, denunciation or withdrawal. In: DÖRR, O. *et al.* (ed.). *Vienna Convention on the law of treaties: a commentary*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2012. p. 967-987.

GRECIA. *Constitución de Grecia*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Greece?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

- GUATEMALA. *Constitución de Guatemala*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Guatemala?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001.
- HENRÍQUEZ VIÑAS; M. L. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 2, p. 73-119, 2008.
- HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.). *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58.
- HONDURAS. *Constitución de Honduras*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras\\_2013.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras_2013.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.
- HONDURAS. *Ley No 30.792 de 30 de agosto del 2004. Ley sobre Justicia Constitucional*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20sobre%20Justicia%20Constitucional%20GACETA.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.
- HUNGRÍA. *Constitución de Hungría*. Disponible en: [https://constituteproject.org/constitution/Hungary\\_2016?lang=en](https://constituteproject.org/constitution/Hungary_2016?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021.
- ITALIA. *Constitución de Italia*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Italy?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- JAPÓN. *Constitución de Japón*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Japan\\_1946.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.
- LUXEMBURGO. *Constitución de Luxemburgo*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.
- MEDELLÍN URQUIAGA, X. Principio *Pro Persona*: una revisión crítica desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, año 17, n. 1, p. 397-440, 2019.
- MEDINA QUIROGA, C. El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno. In: *CORPORACIÓN Nacional de Reparación y Reconciliación: constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1993. p. 13-54.
- MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017.
- MEXICO. *Constitución de México*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Mexico?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- MONROY CABRA, M. G. El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n. 1, p. 107-138, 2008.
- NACIONES UNIDAS. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. 4 de marzo de 2019. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.
- NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969. Disponible en: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.
- NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.
- NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: ht-

[tps://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

NACIONES UNIDAS. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio de 1998. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.

NASH ROJAS, C. Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia, y críticas. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, M.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER, 2017. p. 403-446.

NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017.

NEUMAN, G. L. The brakes that failed: constitutional restriction of international agreements in France. *Cornell International Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 257-365, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 2, p. 301-350, 2015.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, v. 5, n. 1, p. 59-88, 2007.

NOLLKAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2011.

NORUEGA. *Constitución de Noruega*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Norway\\_2016.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018.

NÚÑEZ DONALD, C. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Santiago: Librotecnia, 2016.

NÚÑEZ POBLETE, M. A. Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales: un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 431-464, 2010.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41)*. 30 de abril de 1948. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. 22 de noviembre de 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) Acceso en: 27 mayo 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. 17 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Acceso en: 27 mayo 2021.

ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154.

PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands\\_2008?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

PARA RECORDAR: a 30 años del plebiscito que reformó la Constitución. *Servel*, 2019. Disponible en: <https://www.servel.cl/para-recordar-a-30-anos-del-plebiscito-que-reformo-la-constitucion/> Acceso en: 27 mayo 2021.

PERÚ. *Constitución de Perú*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Peru\\_2021.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

PERÚ. *Ley No 27.775 de 22 de junio de 2002*. Que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Disponible en: <http://cdn01.pucp.edu.pe/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/13162128/ley-n-27775.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

PFEFFER URQUIAGA, E. Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, 2003. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100021&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100021&script=sci_arttext) Acceso en: 27 mayo 2021.

PIÑERA: "Estamos en guerra contra un enemigo poderoso". *CNN Chile*, 2019. Disponible en: [https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso\\_20191021/](https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso_20191021/) Acceso en: 27 mayo 2021.

POLONIA. *Constitución de Polonia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Poland\\_2009.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009.pdf?lang=es) Acceso en: 27 mayo 2021.

PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Diez años de auditoría a la democracia: antes del estallido*. Santiago: PNUD, 2019.

QUINZIO FIGUEIREDO, J. ¿Reformas a la constitución política o una nueva constitución política? Chile necesita una constitución generosa. *Revista de Derecho*, n. 212, v. 1, p. 173-177, 2002.

REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Czech\\_Republic\\_2002.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

ROA ROA, J. E. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper*, n. 2020-11. Disponible en: <https://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm> Acceso en: 27 mayo 2021.

SAENGER GIANONI, F. Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución". *Revista Chilena de Derecho*, v. 20, n. 2-3, p. 647-667, 1993.

SCHÖNSTEINER, J. El Derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador. *Revista de Derecho*, n. 1, v. 29, p. 197-226, 2016.

SCHÖNSTEINER, J; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015.

SEPÚLVEDA, M. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Utrecht: Intersentia, 2003.

SERBIA. *Constitución de Serbia*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia\\_2006.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006.pdf?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021.

SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22.

SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997.

SUIZA. *Constitución de Suiza*. Disponible en: [https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland\\_2014.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=en) Acceso en: 27 mayo 2021.

TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010.

VENEZUELA. *Constitución de Venezuela*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Venezuela?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Anuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010.

VIVANCO MARTÍNEZ, Á. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC, 2015. t. 1.

VON BOGDANDY, A. *et al.* Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-51.

VON BOGDANDY, A. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015.

VOTACIÓN constitución política. *Servei*, 2020. Disponible en: <https://pv.serveelecciones.cl/> Acceso en: 27 mayo 2021.

WILDHABER, L.; SCHEIDEGGER, A.; SCHINZEL, M. D. Switzerland. In: HOLLIS *et al.* (ed.). *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 627-685.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.