

Una propuesta de Constitución desde los derechos humanos 😊

Incorporación del derecho internacional

Judith Schönsteiner¹

1. Profesora Asociada e investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. PhD en Derecho y LL.M. en Derecho internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex. Publicaciones en materia de incorporación y cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Agradezco comentarios de Ximena Gauché a un borrador anterior.

Resumen 🔍

En esta minuta se **sugiere** que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos 😊 y ambientales establecidos por Chile en tratados internacionales requieren ser reflejados en la nueva Constitución . En este trabajo se examina en la primera parte el rol que cumplen los tratados internacionales, para luego sugerir **propuestas** de cláusulas constitucionales de incorporación e interpretación.

Palabras Clave:
derechos
humanos, derecho
internacional.

La incorporación de los tratados de derechos humanos desde la perspectiva de la eficacia de la protección internacional

Los derechos humanos y ambientales están reconocidos en tratados internacionales que Chile ha ratificado y se encuentran vigentes, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Estos derechos – y derechos en el futuro que el Estado de Chile quiera reconocer, como por ejemplo, a través de la ratificación del Acuerdo de Escazú – necesitan tener un reflejo apropiado en la nueva Constitución.

Aunque haya voces que indican que los compromisos internacionales no vincularían jurídicamente hablando a la Convención Constituyente que mantendría la plena autoridad y soberanía de definir la nueva Constitución,² Esta postura está, por una parte, controvertida, y por otra, existen por lo menos razones pragmáticas que sugieren no desconocer compromisos internacionales centrales en materia de derechos humanos y ambientales: al incumplirlos, por ejemplo, por crear normas que impedirían su cabal implementación, se generarían eventualmente costosas obligaciones de reparación en el derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad internacional del Estado. Así, la Convención Constituyente también está considerada órgano del Estado para efectos de la atribución de hechos eventualmente violatorios de derecho internacional al Estado de Chile, y éste último deberá asumir la

2. Salgado, Constanza/ Lovera, Domingo/Contreras, Pablo (2021), ¿Límites internacionales del poder constituyente? Análisis del caso chileno, borrador proporcionado a la autora.

responsabilidad internacional al respecto. Un incumplimiento, en este sentido, tiene un considerable potencial de perjudicar la reputación del Estado de Chile en las relaciones internacionales. Finalmente, la razón de iniciar un proceso constituyente fueron los reclamos de la ciudadanía por una mayor protección de derechos humanos, particularmente, los derechos sociales; entonces, sería contrario a este mandato popular reconocer los derechos humanos en menor medida de lo que la ratificación de tratados internacionales ya haya asumido.

Cabe resaltar en este contexto que los tratados internacionales económicos (Tratados de Libre Comercio, principalmente) otorgan al Estado mayor libertad y discrecionalidad de regulación, incluso progresivamente restrictiva de derechos de inversionistas, que varios de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La capacidad regulatoria y fiscalizadora del Estado fue confirmado recientemente en la decisión *Electricaribe contra Colombia*.³

En definitiva, la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga al Estado de Chile “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” La Corte Interamericana ha considerado que el artículo 2 también abarca cambios constitucionales, si fuera necesario para la respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención. Chile ha reconocido esta obligación al cumplir cabalmente con las decisiones de la Corte en los casos *Última Tentación de Cristo* y *Claude Reyes*, que requerían ambos cambios constitucionales para su cumplimiento.

Si la Convención Constituyente quisiera optar por una Constitución que permita el cabal cumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile en materia de derechos humanos, buscaría un mecanismo de incorporación que reduzca en lo posible la discordancia entre el alcance y contenido del derecho internacional de los derechos humanos aplicable, y el alcance y contenido de los derechos definidos por la Constitución.

Entonces, una serie de decisiones deben tomarse para efectos de lograr un cabal cumplimiento de los tratados de derechos humanos. Las explicitaremos en seguida.

3. Prieto-Ríos, Enrique / Pontón, Juan Pablo / Uruña, René, ¿Qué implica la victoria internacional de Colombia en el caso *Electricaribe*?, *Razón Pública*, 22 de marzo de 2021.

La primera decisión corresponde a si la relación entre derecho internacional y derecho interno (constitucional) se regirá por un sistema monista o dualista, o sea, por una incorporación automática (monista) o una incorporación basada en un acto legislativo (dualista). Nuestra tradición nacional siendo claramente dualista en relación al derecho internacional convencional – y monista solamente en relación con las normas consuetudinarias internacionales –, sin mayores cuestionamientos de ambos supuestos en la doctrina, seguiremos desarrollando el argumento sobre los tratados internacionales solo en base a la opción por un sistema dualista, y la incorporación de normas consuetudinarias incluyendo las normas de *ius cogens* en base a la tradición monista.

Nuestra Constitución actual (de 1980) ha contado con una cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a partir la reforma constitucional del 1989, el artículo 5 inciso 2. Sin embargo, se mantienen varios los problemas no resueltos sobre los tratados internacionales, especialmente derivados de la actual norma de reenvío, así como por la falta de una regulación orgánica apropiada sobre cómo se vinculan ambos órdenes normativos, principalmente, sobre

- a) la posición que ocupan los tratados de derechos humanos en el ordenamiento interno los tratados;
- b) su autoejecutabilidad, es decir la posibilidad de invocarlos directamente ante un tribunal chileno;
- c) la facultad y obligación de todos los órganos del Estado de aplicar, en el marco de sus competencias, el control de convencionalidad definido como obligación estatal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- d) la incorporación de la jurisprudencia internacional y de las decisiones de los órganos de supervisión de tratados en la definición del alcance y contenido de los derechos humanos no están claramente definidos de parte del derecho constitucional (si bien lo están en el derecho internacional)
- e) y la posición que ocupan las normas de *ius cogens* en el derecho constitucional interno.

Todos esos problemas tienen un correlato directo en el respeto y la garantía de los derechos humanos.

a) Posición de los tratados en el sistema de derecho interno

La indeterminación del rango de los tratados produce efectos directos en la protección de los derechos fundamentales tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales de justicia, quienes, en su interpretación y aplicación, les reconocen distinto valor. Los principales problemas radican en dilucidar cómo se complementan los derechos contenidos en los tratados con los derechos constitucionales; cómo se integran los primeros en caso de que no exista un derecho constitucional explícito; y cómo se resuelve la potencial incompatibilidad entre un derecho fundamental y un derecho reconocido en un tratado internacional.

En Chile, la incorporación de los tratados depende generalmente de la aprobación del Congreso Nacional y no se vislumbran propuestas de cambiar este mecanismo de manera fundamental en la nueva Constitución. Sin embargo, en muchas ocasiones, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos no son lo suficientemente detalladas para que los tribunales chilenos las consideren aplicables como “reglas” y, contrario a lo que se debiera, no se dictaron los reglamentos correspondientes al momento de incorporación, privándoles de eficacia y plena aplicabilidad. Este problema debe ser resuelto por la nueva Constitución.

b) La auto-ejecutabilidad

La teoría de la (no)auto-ejecutabilidad de las normas proviene de un sistema monista donde el reconocimiento de las normas internacionales se da sin la necesidad de la incorporación de la norma internacional por el Congreso. Chile, sin embargo, es un sistema dualista donde toda ratificación de tratados internacionales depende de la aprobación del Congreso, y la respectiva incorporación de la normativa internacional a la interna. En este sentido, si una norma no fuera lo suficientemente detallada para ser recogida y aplicada por los tribunales del país, deberían crearse, en este momento de incorporación, los reglamentos correspondientes para permitir la plena aplicabilidad de la norma - no una posterior limitación del compromiso internacional que está contrario a la norma consuetudinaria reconocida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados. La nueva Constitución debiera proveer mecanismos que sean consistentes con el sistema dualista y prescindir de la importación de teorías que no son coherentes con éste.

Desde la práctica jurisprudencial constitucional, en tanto, la teoría del Tribunal Constitucional sobre la jerarquía infra-constitucional de los tratados de derechos humanos, hace que puedan subsistir normas constitucionales aunque resulten contrarias a un compromiso del Estado en un tratado internacional de los derechos humanos. Mientras, en materias como las económicas (tratados de libre comercio, por ejemplo), la subordinación de las normas bajo las constitucionales se justifica porque son materias que, efectivamente, se regulan por leyes en el ordenamiento interno, esto mismo no es el caso para las materias que se consideran de importancia constitucional, en este caso, los derechos de las personas naturales. Entonces, en un sistema coherente, los derechos consagrados en los tratados internacionales de los derechos humanos debieran estar incorporados con jerarquía constitucional.

c) El control de convencionalidad

En el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el poder judicial debe ejercer un control de convencionalidad de las leyes y su aplicación, particularmente en el caso que el Congreso no derogue leyes contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La jurisprudencia sobre el control de convencionalidad no está exenta de controversias⁴, sin embargo, Chile aún no ha incorporado sus elementos no-controvertidos, y la nueva Constitución es una oportunidad para aquello. Se requiere, por lo tanto, la definición de la facultad de los órganos del Estado de realizar este control, la definición de la obligación de hacerlo, y la definición de su alcance, especialmente, en relación con normas vigentes que estén contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en virtud de su artículo 2, debieran ser enmendadas. En este contexto, debe primar la protección de los derechos humanos, y al contradecirse la protección de los derechos de las personas naturales a nivel constitucional y a nivel internacional, debe aplicarse el principio *pro persona*, para así aplicar, siempre, el derecho en su forma más ampliamente definida. Esta misma lógica se encuentra en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando prioridad en la interpretación de un derecho a su reconocimiento nacional si éste es más amplio que el derecho internacionalmente reconocido. Las personas jurídicas no son titulares de derechos en el derecho internacional de los derechos humanos vigente para Chile.

4. Miriam Henríquez and Mariela Morales (eds), *El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (DER Ediciones 2017).

d) La interpretación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos

También, para la protección y garantía de los derechos humanos tal como son reconocidos por Chile a nivel internacional, es clave la interpretación de éstos en conformidad con la interpretación que se les da a nivel internacional. Sino, se crea una brecha artificial, entre la garantía internacional que Chile ha asumido y la implementación a nivel interno, lo que resultaría en una elevada cantidad de denuncias en los órganos internacionales de los derechos humanos. La actual constitución no hace referencia a la interpretación - tampoco la interpretación constitucional - y la tradición se focaliza en una interpretación formalista del derecho que está en claro contraste con las reglas de interpretación del derecho internacional público consagrados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en particular, las reglas y principios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, reconocidos, por ejemplo, en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta interpretación utiliza como “medio auxiliar” la jurisprudencia de los órganos internacionales relevantes, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contrario a lo que la mayoría del Tribunal Constitucional actual considera la forma correcta de interpretar los tratados de derechos humanos (incorporándolos sin las reglas de interpretación del derecho internacional). Para paliar este problema, varios países reconocen la interpretación conforme (con el derecho internacional o el derecho internacional de los derechos humanos) en sus constituciones, reduciendo así las disonancias entre las lecturas internacionales y domésticas del derecho internacional de los derechos humanos. Esto permite también resolver eventuales conflictos de interpretación entre distintas normas ratificadas en conformidad con el mismo derecho internacional.

e) Las normas de ius cogens y las normas consuetudinarias de derecho internacional de los derechos humanos

El silencio de la actual Constitución sobre normas tan cruciales como las normas de *ius cogens* - de máxima jerarquía en el derecho internacional, de tal forma que no puede persistir acuerdo alguno en contra de ellas - no refleja el compromiso diplomático que Chile ha tenido con estas normas desde el retorno a la democracia. Tampoco lo refleja la falta de problematización de los instrumentos no vinculantes pero recomendatorios, de los órganos de derechos humanos a los que el estado le ha dado competencia. Por lo tanto, sería útil reconocer estas normas en la nueva Constitución y definir cómo se relacionan con el derecho constitucional. Por su importancia - al prohibir crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada, pero también el genocidio y los crímenes de guerra y la agresión entre Estados - debieran reconocerse a nivel supraconstitucional, para asegurar que ninguna norma constitucional pueda contrariar estas prohibiciones.

Aunque las cláusulas propuestas son fundamentales para la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el orden constitucional interno, no reemplaza el reconocimiento explícito de los derechos y de las obligaciones de los órganos del Estado en relación con estos derechos, así como la definición del efecto horizontal (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales. Las cartillas temáticas proponen cómo realizar este reconocimiento.

Propuesta de cláusulas para la Nueva Constitución

1. Cláusula(s) de referencia (incorporación propiamente tal)

Los derechos y las obligaciones reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado y se encuentran vigentes y el derecho internacional consuetudinario sobre la misma materia, forman parte integral de la Constitución de la República. Las normas de ius cogens tienen rango supraconstitucional.

2. Cláusula(s) de interpretación

Esta Constitución y las leyes de la República se interpretarán en conformidad con las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. Se privilegiará, cumpliendo el principio de buena fe, la interpretación en conformidad con las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos cuya competencia Chile ha aceptado. En caso de conflictos entre obligaciones que se derivan de la Constitución y dicha interpretación, los derechos y las obligaciones se interpretarán de manera armónica, respetando el principio pro persona.

Fundamentación

Que “derechos humanos” incluye “derechos laborales”, “derechos de los pueblos indígenas”, y “derechos ambientales”.

Que las obligaciones y los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, las normas consuetudinarias sobre derechos humanos, se incorporen al Derecho interno con jerarquía constitucional.

Que la redacción de los derechos fundamentales se haga en conformidad con su reconocimiento y contenido en los tratados internacionales de los derechos humanos.

Que la interpretación de los derechos constitucionales se realice conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las reglas propias de interpretación de este último, incluyendo una cláusula de “interpretación conforme” con el derecho internacional de los derechos humanos.