

DOCTRINA

## El *soft law* en la discusión constitucional

*Soft law in the constitutional debate*

María Angélica Benavides 

Universidad Central de Chile

**RESUMEN** Analizamos el *soft law*, en cuanto a su conceptualización, sus características y su situación frente al derecho internacional público, para llegar a determinar su rol como fuente del derecho internacional. Para ello, incorporamos referencias a la regulación constitucional comparada, como son los casos de México, Argentina y España, junto al papel que cumple la costumbre como fuente del derecho internacional público. Concluye el trabajo con fundadas recomendaciones referentes a la inconveniencia de incluir el *soft law* en un texto constitucional.

**PALABRAS CLAVE** *Soft law*, derecho internacional público, derecho convencional, fuentes formales del derecho internacional.

**ABSTRACT** This article deals with the analysis of soft law, in terms of its conceptualization, its characteristics, and its situation about public international law, to determine its role as a source of international law. It incorporates references to comparative constitutional regulation, such as the cases of Mexico, Argentina, and Spain, as well as to the role of custom as a source of public international law. It concludes the work with well-founded recommendations regarding the inconvenience of including soft law in a constitutional text.

**KEYWORDS** Soft law, public international law, conventional law, formal sources of international law, international law.

### Introducción

Al discutir en torno a una nueva Constitución, el derecho internacional público juega un rol, si bien no troncal, importante, pues la histórica internacionalización del Estado de Chile ha sido vertiginosa en los últimos treinta años, tanto en las relaciones internacionales como en el progresivo aumento a la vinculación de normas jurídicas internacionales en los más variados ámbitos.

Ello trae a la mesa dos aspectos fundamentales. Primero, el derecho internacional público otorga a los Estados la opción de elegir cuáles fuentes del derecho internacional añaden a su orden interno; y segundo, las fórmulas que tienen los Estados al respecto son variadas. El asunto indubitado es que el derecho vinculante debe ser cumplido.

Sobre la manera en que los ordenamientos internos pueden regular la relación entre ambos derechos, las constituciones suelen hacerse cargo de regular solo la relación de algunas fuentes del derecho internacional público. La mayoría contiene normas sobre los tratados identificando su forma de aprobación y ratificación, jerarquía o rango, y, las menos, ciertas regulaciones sobre la interacción entre la propia Constitución y el derecho convencional incorporado. Pocas constituciones refieren a otras fuentes.

La regulación entre ambos derechos, tanto en la forma de incorporación, jerarquía, competencias internas para los procesos que sean necesarios, fuentes reguladas, etcétera, es algo que desde el derecho internacional público no está definido. El mismo solo conoce normas que obligan al cumplimiento. Y esto específicamente en materia convencional y sentencias. En otras materias ha sido propio de la jurisprudencia y doctrina desarrollar la extensión y forma de la obligación jurídica.

En cuanto al derecho convencional, sin distinción de materias, existen normas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En ella destacan para estos efectos el artículo 26 que establece convencionalmente el principio *pacta sunt servanda*: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Por su parte, el artículo 27, sobre el derecho interno y la observancia de los tratados, señala: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46».<sup>1</sup>

Ambos artículos establecen la obligación genérica jurídicamente vinculante, que envuelve la imperatividad para el Estado en cuestión, de cumplir el tratado ratificado.

Sin perjuicio de las normas que en cada tratado en particular pudiesen encontrarse, los artículos precedentemente transcritos, entregan las bases suficientes para la amplia libertad entregada a los Estados en materia de incorporación, jerarquía, entre otros aspectos, de las normas convencionales.

Atendido a ese silencio del derecho internacional público, los Estados han adoptado diversos mecanismos de incorporación, algunos regulando aspectos de jerarquía. Junto a ello, los Estados definen las fuentes reguladas en las constituciones.

En cuanto a qué fuentes son incorporadas y cómo es regulada su relación con el

---

1. El artículo 46, sobre disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, establece excepciones a la regla del artículo 27: 1. El hecho de que el conocimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

orden interno, es posible percibir en la mayoría de las constituciones la mención de los tratados. Las otras fuentes formales son más bien no mencionadas. Al respecto, excede a este trabajo el análisis de la incorporación y relación de toda norma de derecho internacional público; se busca más bien exponer respecto a la inconveniencia de que una Constitución aborde instrumentos que no sean fuentes formales.

De tal modo, primero presentaremos normas constitucionales extranjeras que muestran la opción mayoritaria por regular preferentemente los tratados. Y luego, se exponen ideas sobre el *soft law* y sus características, así como el inconveniente de incluirlo en un texto constitucional, considerando que en el proyecto de Constitución política propuesto por la Convención Constitucional el año 2022, el *soft law* fue incorporado con el nombre de «instrumentos internacionales».

## **Regulación constitucional comparada sobre la interacción convencional y derecho nacional**

### Constitución mexicana

La Constitución mexicana contiene normas relativas al derecho internacional público. Estas, como ya señalamos, refieren fundamentalmente a la fuente convencional, es decir, a los tratados.

Así, en el artículo primero,<sup>2</sup> al establecer la relación entre el derecho internacional público de los derechos humanos y el derecho interno, la Constitución hace referencia a los tratados sobre esta materia, sin referencia a otros instrumentos que puedan eventualmente ser parte del derecho internacional público en materia de derechos humanos. Complementando esta opción, la Constitución, al regular el reconocimiento y protección de los derechos humanos, también apunta a las normas convencionales y no a otras fuentes, sean materiales o formales.

Por su parte, el artículo 11 sobre derecho de asilo y condición de refugiado<sup>3</sup> menciona los derechos contenidos en los tratados sobre el tema. En materia de extradición, en el artículo 15 también se indican como normas internacionales a considerar, para prohibir este trámite, los tratados internacionales cuyos derechos reconocidos sean alterados por la Constitución mexicana, sea por normas constitucionales o internacionales.<sup>4</sup>

---

2. Artículo primero: 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, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

3. Artículo 11: Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

4. Artículo 15: No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Igual mención hace el artículo 18, en relación a determinados derechos carcelarios.<sup>5</sup> En el mismo orden, en el artículo 34 se establece que no puede ser objeto de consulta popular la restricción de derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados en que el Estado es parte.<sup>6</sup>

Por otro lado, en las normas sobre distribución de competencias, el derecho constitucional mexicano se refiere, asimismo, al derecho convencional. Sobre este tipo de regulación, la Constitución mexicana considera a las fuentes convencionales, distribuyendo competencias entre el ejecutivo y legislativo.

El presidente, de acuerdo al artículo 89, letra X, conduce las relaciones internacionales y también debe «celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado».<sup>7</sup>

El Congreso tiene facultades para expedir leyes, indicadas en el artículo 73, las que de acuerdo al apartado XXIX-P, en el caso de normas sobre derechos de niñas, niños y adolescentes, deben velar por el cumplimiento de los tratados suscritos por el Estado.<sup>8</sup>

---

5. Artículo 18: Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren purgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la república para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos solo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

6. Artículo 34: Son ciudadanos de la república los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional, las que se sujetarán a lo siguiente 30. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, ni las garantías para su protección.

7. Artículo 89: Las facultades y obligaciones del presidente, son las siguientes: X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del poder ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

8. Artículo 73: El Congreso tiene facultad XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la federación, las entidades federativas, los municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos, así como en materia de formación y desarrollo integral de la juventud, cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México es parte. Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

Y en las normas sobre sus facultades para que los tratados negociados y firmados por el Ejecutivo queden en situación de ratificación, deben aprobar dichos tratados, siendo una facultad más amplia que la actual chilena. El artículo 76 dispone que es atribución del Senado el aprobar la decisión del Ejecutivo de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas, respecto a esos tratados.<sup>9</sup>

Siguiendo con las normas competenciales, la Constitución mexicana regula la aplicación de normas convencionales por parte de instancias jurisdiccionales. Así, el artículo 103 indica que los Tribunales de la Federación conocerán las causas en que sean violentados derechos, entre otros, contenidos en tratados internacionales.<sup>10</sup>

La Suprema Corte, por otro lado, tiene por disposición del artículo 105, letra I, la competencia de conocer el recurso con efecto particular, en casos, entre otros, que versen sobre violaciones a derechos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales.<sup>11</sup> Y por su parte, en la letra H del mismo artículo,<sup>12</sup> es la mencionada Suprema Corte la garante de los tratados, de aquellos que versan sobre acceso a la información pública y protección de datos.

---

9. Artículo 76: Son facultades exclusivas del Senado I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal con base en los informes anuales que el presidente de la república y el secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso. Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

10. Artículo 103: Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

11. Artículo 105: La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: l) Dos órganos constitucionales autónomos federales, y entre uno de estos y el poder ejecutivo de la unión o el Congreso de la unión. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la federación; de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o en los casos a que se refieren los incisos c), h), k) y l) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. [...] En las controversias previstas en esta fracción únicamente podrán hacerse valer violaciones a esta Constitución, así como a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

12. Artículo 105, inciso h): El organismo garante que establece el artículo sexto de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la república, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales.

## Constitución argentina

Por su parte, la Constitución argentina tampoco hace referencia a fuentes jurídicas internacionales fuera de las convencionales. En materia de relación entre el derecho nacional y el internacional, la opción del constituyente argentino fue la de entregar jerarquía constitucional a los tratados mencionados en el artículo 75 número 22, definiendo una relación en que esos tratados no pueden modificar la Constitución.<sup>13</sup> Sin perjuicio de esa opción expresa de establecer un listado de tratados con jerarquía constitucional, los tribunales han ampliado los tratados, no entendiéndose ya la norma como un *numerus clausus*.

En materia competencial, la Constitución argentina también refiere solo a los tratados en su articulado. El artículo 99 establece dentro de las competencias del presidente la de negociar, firmar y ratificar los tratados;<sup>14</sup> y en el ya mencionado artículo 75 número 23, la Constitución apunta a la labor legislativa del Congreso en relación a la promoción, goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la constitución y tratados internacionales vigentes.<sup>15</sup>

## Constitución española

La Constitución española toma una opción parecida a las constituciones ya analizadas, regulando la relación entre el derecho nacional y el internacional convencional, tanto en el derecho sustantivo como en las normas competenciales. Sin embargo, en el artículo 10, número 2, se entrega efecto jurídico vinculante a una norma discutida

---

13. Artículo 75: Corresponde al Congreso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. 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 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; la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el poder ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

14. Artículo 99: El presidente de la nación tiene las siguientes atribuciones: 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

15. Artículo 75: Corresponde al Congreso 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

de *soft law*, la Declaración Universal de Derechos Humanos, indicando una regla de interpretación conforme.<sup>16</sup> Esta solución interpretativa que reconoce a una fuente no formal, un efecto jurídico vinculante, es de aquellas potestades que los Estados tienen para regular la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.

Desde lo competencial, la Constitución española establece un equilibrio entre las potestades tanto del ejecutivo como del legislativo. Así, en el artículo 93 y en el marco de las competencias que los Estados miembros de la Unión Europea deben transferirle, se establece que será una ley orgánica la que autorice el traspaso de las facultades establecidas en la Constitución, norma interna que además define la autoridad competente para el cumplimiento de tratados o resoluciones internacionales o supranacionales.<sup>17</sup> Por otro lado, y en el marco de las normas competenciales, se señala en el artículo 94 la participación de las Cortes Generales para que los tratados puedan ser ratificados, previo su consentimiento.<sup>18</sup> En el artículo 96 inciso 2 se indica que para que estos abandonen el ordenamiento nacional, la división de competencias establecidas ordena que las Cortes Generales deben, asimismo, prestar su consentimiento.<sup>19</sup>

Siguiendo con normas competenciales, la Constitución española, en su artículo 95, se refiere a la intervención del Tribunal Constitucional cuando los tratados tengan reproche de constitucionalidad, lo que debe ser solicitado sea por el Gobierno o cualquiera de las Cámaras legislativas.<sup>20</sup>

Desde un punto de vista material, la Constitución española también refiere preponderantemente a los tratados. Así, el artículo 96 establece la incorporación del derecho convencional al ordenamiento interno, estableciendo además una postura dualista en

---

16. Artículo 10: 2. 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 mismas materias ratificados por España.

17. Artículo 93: Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

18. Artículo 94: 1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. 2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

19. Artículo 96, inciso 2: Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

20. Artículo 95: 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

que los tratados mantienen su naturaleza de tal, lo que se manifiesta en que solo pueden sufrir modificaciones o alteraciones de cualquier tipo en su vigencia, de acuerdo al derecho internacional público.<sup>21</sup> Otra norma expresa en relación con el derecho material está consagrada en el artículo 39 inciso 4, que se refiere a la protección de los niños contenida en los acuerdos internacionales, donde *acuerdo* es otra forma de señalar *tratados*.<sup>22</sup>

### Otras fuentes formales y su regulación constitucional

En los ejemplos señalados advertimos una opción constitucional, por parte de los constituyentes, de preferir una interacción expresa entre el derecho nacional y el derecho internacional convencional. Tal opción no es azarosa. Los tratados, junto a las sentencias internacionales, son las fuentes formales de mayor precisión, sin que por ello estén exentas de necesidad de interpretación. Las negociaciones, las declaraciones de los Estados al ratificarlos, al dictar leyes internas que se relacionan con los temas de determinados tratados, las reservas formuladas, etcétera, son elementos que, dentro de las reglas de interpretación, entregan mayores grados de previsibilidad o facilitan la comprensión de las obligaciones internacionales. Esto difiere de otras fuentes formales como la costumbre y los principios generales del derecho internacional.

Son pocas las constituciones que refieren a otras fuentes. Dentro de las fuentes a las que en menor medida se refieren las cartas fundamentales está la costumbre (Ginsburg y otros, 2008). Una Constitución que la trata es la italiana, en su artículo 10: «El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas». En el caso inglés, la costumbre internacional se entiende parte del *common law* mediante un trabajo jurisprudencial (Capps, 2007), como ha sido el caso chileno. Nuestra regulación constitucional no contiene norma expresa sobre esta fuente formal, lo que no ha sido obstáculo para que, mediante desarrollo jurisprudencial, se entienda la costumbre incorporada en determinados casos, como el ámbito de los derechos humanos (Fuentes, 2018). La razón de este silencio no es antojadiza. No significa que los Estados no consideren al derecho consuetudinario una fuente jurídica no vinculante. Los Estados se rigen por el mismo, ha sido utilizado en instancias jurisdiccionales internacionales y forma parte del derecho que los Estados reconocen como internacional. De hecho, parte importante del actual derecho internacional público ha sido primeramente concebido como consuetudinario y luego codificado en tratados. Es el caso, por ejemplo, de normas contenidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, la Convención del Mar, entre otros. El silencio constitucional

---

21. Artículo 96: 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

22. Artículo 39, inciso 4: Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

se debe fundamentalmente a la dificultad de dotar de contenido y contornos claros a la norma consuetudinaria.

Los principios generales del derecho corresponden a otra fuente más bien ignorada por la mayoría de las constituciones. Pues al igual que en la costumbre, el contenido de ellos no es claro de forma tal que su aplicación podría tornarse compleja en el ámbito nacional. No así principios fuertemente asentados en el derecho internacional público como la prohibición del uso de fuerza o no intervención en asuntos internos. La Constitución mexicana se ha hecho cargo de ellos en el artículo 89 X.<sup>23</sup> En el campo de las facultades presidenciales en materia de tratados internacionales, el presidente debe observar principios de derecho internacional público tales como no intervención y la seguridad internacional, entre otros. En este caso, la Constitución se hace cargo de la obligación jurídica vinculante que debe pesar sobre el Estado, en la figura del presidente a quien el ordenamiento mexicano entrega facultades en materia de tratados internacionales. Los mencionados en el artículo son principios propios del derecho internacional público de aquellos que emanan del ámbito internacional y están fuertemente asentados y respetados en el concierto internacional mayoritario. Una norma como esta puede ser indicaria incluso del apego a los valores que esos principios contienen en la actualidad.

Otro ejemplo de inclusión de esta fuente formal es el caso argentino. En la primera disposición transitoria<sup>24</sup> se señala que el objetivo permanente de recuperación de las islas Falkland, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, implica el respeto a los principios del derecho internacional.

### **El *soft law* en la Constitución**

No es aleatorio que las constituciones tiendan a referirse a los tratados y releguen a otras fuentes menciones específicas en ámbitos determinados. Esto atendido que en la aplicación interna del derecho internacional y dado el aumento de regulación internacional que cruza distintas áreas de la vida de las personas, como los derechos humanos, el comercio y el medioambiente, es necesario que dichos contenidos normativos sean

---

23. Artículo 89 X: Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

24. Disposiciones transitorias: Primera, la nación argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

incorporados en los órdenes jurídicos de los Estados que los asumen como obligaciones, en su faz más concreta posible, y esos son los tratados. En la interacción de derechos se juega el cumplimiento, por regla general, de las obligaciones que los Estados han asumido y del que derivan directa o indirectamente derechos para las personas. Los tratados otorgan un marco y rango de cierta certidumbre, mayor que otras fuentes como la costumbre o los principios generales.

El fallido proyecto de Constitución en Chile, rechazado el 4 de septiembre del año 2022, contemplaba una figura altamente cuestionable, el *soft law*, mencionado como «instrumentos internacionales».

Dentro del criticable tratamiento que se daba a diversos aspectos del derecho internacional público en el proyecto, uno es la falta de sistematización de las fuentes recogidas y la inclusión de una que no es fuente formal, el mencionado *soft law*. Así, diseminado en diferentes normas del proyecto, nos encontramos con el artículo 29, en el título de derechos fundamentales y garantías,<sup>25</sup> que protegiendo los derechos de los neurodivergentes alude a los tratados e instrumentos internacionales ratificados por Chile. Esto era ya una precaria técnica porque anteponiendo tratados e instrumentos a «ratificados y vigentes» daba la impresión que existiesen instrumentos no tratados que debían ser ratificados. O derechamente al hablar de «instrumentos» ratificados inducía a una lectura equivocada del concepto «instrumentos», intentado asimilar *soft law* a tratados. Nunca lo sabremos seguramente.

Luego en el capítulo IX sobre sistemas de justicia, el artículo 307.1 indicaba que la función jurisdiccional debía ser ejercida, entre otras, conforme a los tratados e instrumentos internacionales.<sup>26</sup> Nuevamente el proyecto entregaba vinculación jurídica a una figura que no es parte de la teoría de las fuentes como fuente formal del derecho internacional público. Igual alusión se hacía en el artículo 309.1 referido a la justicia indígena.<sup>27</sup> Ahondando en la complejidad que representa el tratamiento constitucional de detalles, el artículo 322.2 expresaba la obligación de los operadores judiciales de aplicar una perspectiva intercultural,<sup>28</sup> de acuerdo, entre otros, a los instrumentos internacio-

---

25. Artículo 29: El Estado reconoce la neurodiversidad y garantiza a las personas neurodivergentes su derecho a una vida autónoma, a desarrollar libremente su personalidad e identidad, a ejercer su capacidad jurídica y los derechos reconocidos en esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile.

26. Artículo 307.1: La jurisdicción es una función pública que se ejerce en nombre de los pueblos y que consiste en conocer y juzgar, por medio de un debido proceso, los conflictos de relevancia jurídica y hacer ejecutar lo resuelto, conforme a la Constitución y las leyes, así como a los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.

27. Artículo 309.1: El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.

28. Artículo 322.2: Cuando se trate de personas indígenas, los tribunales y sus funcionarios deberán adoptar una perspectiva intercultural en el tratamiento y resolución de las materias de su competencia, tomando debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, los protocolos y los sistemas nor-

nales de los que Chile es parte. Esta es otra alusión al *soft law*. Otro tanto ocurría con el artículo 336 que ordenaba velar por los derechos fundamentales de condenados o sujetos a medidas de seguridad, de acuerdo, entre otros, a instrumentos internacionales.

La propuesta entonces sumaba a las obligaciones jurídicamente vinculantes del derecho internacional público convencional, aquellas que se contenían en instrumentos internacionales o dicho propiamente, *soft law*.

Más allá de las razones de mala técnica constitucional en la forma de incluir al *soft law*, existen razones teóricas y prácticas que recomiendan evitar en el nuevo proyecto constitucional la alusión a esta manifestación del orden internacional.

La actual Constitución contiene solo normas referidas al derecho convencional y de manera deficiente (Aldunate, 2008). Dado que este trabajo no es para abordar la temática completa sobre relación del derecho internacional público y el derecho interno mediante normas constitucionales (Benavides, 2018), en este apartado se presentan elementos que permiten desaconsejar la incorporación de instrumentos internacionales en el nuevo proyecto de Constitución.

La complejidad de la teoría de las fuentes en derecho internacional público tiene sus raíces en la inexistencia de un órgano legislativo internacional que ejerza potestades normativas vinculantes para todos los Estados (Benavides, 2021). Debido a que la vinculación a obligaciones internacionales se basa en el consentimiento (Schilling, 2005) que otorgan los Estados, el derecho internacional público se presenta en parte fraccionado, requiriéndose la presencia de una manifestación de voluntad, sea expresa o tácita dependiendo de las fuentes (Benavides, 2016), que genere la obligación de cumplimiento. La razón última de este sistema jurídico radica en el principio de igualdad soberana de los Estados que no han generado la mencionada instancia legislativa a la cual están sometidos, y por tanto obligados a las normas que de él emanarían.

Las fuentes aceptadas mayoritariamente son los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, las sentencias para los Estados involucrados en el juicio (Sanz y Folloni, 2017),<sup>29</sup> los actos jurídicos unilaterales y la creación jurídica emanada de las organizaciones internacionales dentro de sus competencias.

La pregunta sobre las fuentes conduce entonces a interrogarnos: ¿Cuándo estamos ante una de ellas? Lo propio de una fuente formal es al menos la aceptación del Estado de la obligación por medios identificables; la existencia de obligaciones y derechos precisos o al menos precisables, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional. Existe, además, un sujeto identificado y facultado para la creación de normas.

---

mativos de los pueblos indígenas, conforme a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte.

29. El artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece fuentes, pero la doctrina reconoce otras fuentes formales, como los actos jurídicos unilaterales que no se encuentran en él. Es un artículo, por tanto, referencial y no agota las posibilidades de establecer un sistema de fuentes dinámico que cambie con el curso del tiempo.

Así, «un tratado es categorizado como tratado, convención, pacto, protocolo, etcétera, atendiendo a sus requisitos formales presentes que lo hacen caer en la categoría convencional»;<sup>30</sup> en este caso sujeto con capacidad para contratar contenido normativo respecto a obligaciones y derechos, y un acuerdo de voluntades. Cada vez que hay referencia a una sentencia internacional se hace en consideración de sus requisitos formales de creación; esto es un acto estatal previo de sometimiento —expreso o tácito— a la jurisdicción del órgano, un instrumento que contiene las cuestiones de hecho, derecho y la resolución dentro de las competencias atribuida al respectivo órgano jurisdiccional. Una vez que se está en presencia de esos elementos se habla de sentencia o fallo, o la denominación que se le entregue en los documentos que establecen las competencias del órgano jurisdiccional. Lo mismo ocurre con la costumbre. Se habla de ella desde la existencia de sus elementos. Una situación que contenga los elementos de *opinio iuris* y *consuetudo* permite referirse a esa realidad como una costumbre jurídica internacional.<sup>31</sup> Es decir, existe una referencia, explícita o implícita, al *making law* del derecho internacional público (Benavides, 2021).

En la actualidad, y dado el cambio en las necesidades de la sociedad internacional, sin duda la teoría de las fuentes requiere ser revisada y discutida. Sin embargo, esto no debe apartar del análisis el criterio de realidad: los Estados siguen siendo aquellos sujetos preponderantes en la creación del derecho internacional público, en su aplicación y en los límites que establecen para el origen de nuevas fuentes.

La forma en que la teoría de las fuentes se entiende actualmente por la mayoría de las corrientes doctrinarias, entrega un piso de certeza a los Estados. Son ellos los que en definitiva deben cumplir las obligaciones jurídicas que asumen. El elemento del consentimiento es un filtro que permite, con ciertos grados de claridad, reprochar incumplimiento y derivar la responsabilidad internacional correspondiente.

Y al hablar de *soft law*, o instrumentos internacionales, la certeza de sujeto obligado, contenido, y la responsabilidad asociada a un incumplimiento, es evidente. La referencia a esta figura trae a la mesa diversos documentos, opiniones, declaraciones de disímil configuración, emisor, contenido, alcances, etcétera, mientras que en un tratado tenemos elementos de sujeto creador con capacidad para originar una norma (el Estado, por ejemplo), obligaciones específicas o especificables y consentimiento de vinculación mediante la ratificación, en el *soft law* encontramos documentos en extremo dispares, como recién se señaló. No es posible identificar elementos que —en abstracto y confrontados a un documento de los llamados *soft law*— permitan indicar que ahí, como en otros tantos que reciben esa denominación, estamos frente a una manifestación inequívoca de generación de obligaciones exigibles jurídicamente y aceptadas por los Estados. Como lo hemos expresado en otras oportunidades, autores como Ipsen (1999) señalan que tales manifestaciones no constituyen fuente jurídica alguna y que considerarlas como tal puede tener exigencias más bien políticas e ideológicas.

---

30. Corte Internacional de Justicia, 1994.

31. Corte Internacional de Justicia, 1986.

Todo esto no debe conducir a la apreciación errónea de que todos esos documentos, declaraciones, opiniones, carecen de todo sentido y utilidad. Cada una de esas manifestaciones contienen elementos de desarrollo del derecho internacional público. No son vacías de contenido ni de utilidad. La pregunta es dónde poner esa utilidad, dada por el uso interpretativo a que sirven esos instrumentos. Ellos contienen elementos que permiten interpretar otras fuentes (Hillgenberg, 1998); así, por ejemplo, las observaciones generales permiten al intérprete contar con herramientas hermenéuticas contextuales. Estas caben, como es sabido, en los límites de las reglas de interpretación convencional contenidas en la regla general de interpretación del artículo 31.1 de la Convención de Viena.<sup>32</sup>

Dichas soluciones permiten ir expandiendo la comprensión de las normas jurídicas creadas por los Estados o con su consentimiento y así impulsar el desarrollo del derecho internacional público, pudiendo entonces la sociedad internacional contar con fuentes formales modernas y adecuadas para los tiempos en que ellas se deben aplicar.

Sumado a ello, estos instrumentos internacionales o *soft law* permiten generar, en el mediano o largo plazo, nuevas normas jurídicas. Como indican Verdross y Simma (1984), el *soft law* constituye un «prederecho», que puede desde luego y operando el *making law* del derecho internacional público, desembocar en una nueva fuente formal vinculante para los Estados.

## A modo de conclusión

Observadas algunas constituciones y aspectos básicos de teoría de las fuentes, es posible comprender la opción de los constituyentes de omitir el *soft law* o instrumentos internacionales como opción preferente al tratar el derecho internacional público.

No es baladí para un Estado la vinculación jurídica a una determinada fuente formal. De ella, como por ejemplo los tratados, se derivan obligaciones y responsabilidad internacional en caso de incumplimiento. Mientras mayores sean las certezas con que cuenten los operadores del derecho en el ámbito interno, así como el poder legislativo y el ejecutivo, serán mayores las posibilidades de, por ejemplo, que un particular reclame el incumplimiento de una obligación, sea en sede interna o internacional. Cuando se pretende que todo es derecho y por tanto vincula, se degrada la relevancia real que el derecho internacional público tiene y pueda llegar a tener en beneficio de las personas.

La inclusión del *soft law* o instrumentos internacionales no es más que una forma de complejizar y al final, permitiéndome una expresión poco apropiada, sabotear la relevancia del derecho internacional público. La importancia del mismo está cimentada en el inapelable reconocimiento de los Estados de las fuentes formales que le son obligatorias, aquellas manifestaciones jurídicas, fuentes formales, desde donde emanan obligaciones exigibles sea por otros Estados, organizaciones o individuos. El *soft law*

---

32. Artículo 31.1: Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

tiene ahí el rol de inspirar nuevas comprensiones, ayudar en la interpretación y permitir, en el mediano o largo plazo, nuevas obligaciones jurídicas revestidas de la forma de fuentes aceptadas por los Estados, o complementar las existentes.

El deseable que el desarrollo del derecho internacional público ocurra con los Estados y en un proceso de aceptación de contenidos nuevos o comprensiones modernas de los conceptos que contienen las fuentes formales. Es, por lo tanto, desaconsejable incluirlos en una nueva propuesta como si fueran fuentes formales que, como se explicó, no lo son.

El derecho internacional público suma suficientes complejidades que deben ser recogidas en el texto a proponer a la ciudadanía. Por ejemplo, cuáles son las fuentes del derecho, sus rangos, las jerarquías de estas fuentes, los elementos de interpretación, competencias, etcétera. Parece entonces conveniente seguir las tendencias sobrias que muestra la mayoría de las constituciones en orden a regular aquello que es indispensable para el cumplimiento interno de las obligaciones internacionales asumidas en el caso de Chile. Mas frente a ello el Estado tiene siempre, en este caso mediante la aceptación por parte del pueblo en el plebiscito, la posibilidad de entregar rango jurídico a aquello que no lo es. Así como el derecho internacional público no establece los mecanismos de incorporación, rango u otros factores, tampoco obstaculiza que un Estado se obligue a aquello que no constituye derecho.

## Referencias

- ALDUNATE, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica (2016). «El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 27: 141-166. DOI: <https://doi.org/10.11144/javeriana.il15-27.eeos>.
- . (2018). «Los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su relación con la Constitución Política de la República». *Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae*, VI (1): 89-107.
- . (2021). «El *soft law* en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión». *Revista de Derecho Público*, 94: 1-16. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2021.64239>.
- CAPPS, Patrick (2007). «The Court as Gatekeeper: Customary Law in English Courts». *The Modern Law Review*, 70 (3): 458-471. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2007.00647.x>.
- FUENTES, Ximena (2018). «La incorporación de la costumbre internacional al sistema jurídico chileno». *Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae*, VI (1): 109-128.
- GINSBURG, Tom, Svitlana Chernykh y Zachary Elkins (2008). «Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law». *University of Illinois Law Review*, 201: 201-237. Disponible en: <http://bit.ly/3O7YWwS>.

- HILLGENBERG, Hartmut (1998). «Soft law im Völkerrecht». *Zeitschrift für Europarechtliche Studien ZeuS*, 1: 81-102.
- IPSEN, Knut (1999). *Völkerrecht*. 4.<sup>a</sup> ed. Múnich: Verlag C.H. Beck.
- SANZ, Rafael y André Folloni (2017). «El *soft law* como fuente del derecho internacional: Reflexiones desde la teoría de la complejidad». *Revista de Direito Internacional*, 14 (3): 243-259.
- SCHILLING, Theodor (2005). «Völkerkonsensrecht». En Jürgen Bröhmer y Georg Ress (editores), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress* (pp. 235-248). Múnich: Verlag C.H. Beck.
- VERDROSS, Alfred y Bruno Simma (1984). *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*. 3.<sup>a</sup> ed. Berlín: Duncker & Humblot.

### **Sobre la autora**

MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES es profesora de la Universidad Central de Chile, doctora en Derecho por la Universidad del Sarre, Alemania, e integrante de la Corte Suprema. Abogada y licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, máster en Derecho Europeo y diplomada en Derecho Europeo con mención en Derechos Humanos en la Universidad del Sarre, Alemania. Su correo electrónico es [maria.benavides@ucentral.cl](mailto:maria.benavides@ucentral.cl).  <https://orcid.org/0000-0001-7174-8751>.

## REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

---

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

### DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

### SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

[fperoti@derecho.uchile.cl](mailto:fperoti@derecho.uchile.cl)

### SITIO WEB

[revistaderechopublico.uchile.cl](http://revistaderechopublico.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[publico@derecho.uchile.cl](mailto:publico@derecho.uchile.cl)

### LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía

[www.tipografica.io](http://www.tipografica.io)