

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Normas Autoejecutables en los Tratados Internacionales.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor: Claudio Troncoso R.

Alumno:

Felipe Cornejo García

I.- Autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad: Origen y Conceptos. . .	1
I.A. Origen. . .	1
I.B.- ¿Qué es una norma autoejecutable? . .	2
II.- Fundamento Jurídico de la Doctrina de la Autoejecutabilidad de los Tratados Internacionales . .	5
II.A.- La doctrina de la autoejecutabilidad a la luz de las concepciones dualista o monista del Derecho Internacional Público. . .	5
II.B.- Fundamento normativo de la doctrina de la autoejecutabilidad. . .	6
II.B.1.- Fundamento normativo de la autoejecutividad en el derecho comparado. . .	8
II.B.2.- Fundamento normativo de la autoejecutividad en el derecho chileno . . .	10
III.- Límites al efecto directo de los tratados internacionales. . .	15
IV.- El artículo 5º, inciso 2º de la Constitución y las normas autoejecutables de los tratados internacionales. . .	19
V.- Aplicación práctica de la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables en la Convención Americana de Derechos Humanos. . .	21
VI.- Conclusiones. . .	25
Bibliografía . . .	27

I.- Autoejecutabilidad y no autoejecutabilidad: Origen y Conceptos.

I.A. Origen.

La doctrina de la autoejecutabilidad, o de la autoejecutividad de los tratados internacionales tuvo su origen en el derecho norteamericano. Fue la Corte Suprema de EE.UU. conociendo del asunto Foster v. Nielson, la que sostuvo, en su sentencia, que “cuando los términos de una estipulación importan un contrato, cuando cualquiera de las partes se obliga a ejecutar un acto particular, el tratado se dirige al órgano político, no al judicial, y la legislatura debe ejecutar el tratado antes de que este pueda devenir en una regla para las cortes”¹.

De esta forma, identificaba, dentro de un tratado internacional, que existía una clase o categoría de normas que requerían, además de los trámites y requisitos propios del orden constitucional norteamericano para ser incorporadas como derecho interno, de un acto posterior, de carácter legislativo, para que el órgano judicial pudiese aplicar tales

¹ Citado por CORREA G, RODRIGO, “Tratados Internacionales bajo el embrujo de Brown”. PAG 13. (<http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/srcorrea.pdf>)

normas. En otras palabras, la sentencia establecía que no todas las normas internacionales convencionales vigentes en los EE.UU. podían ser aplicadas por los Tribunales, pues existían algunas disposiciones que simplemente no eran susceptibles de aquella aplicación, sino que, estaban dirigidas al órgano legislativo, el cual debía desarrollarlas antes que el judicial pudiese darles aplicación en un caso concreto de derecho interno. Nació así el concepto de norma no autoejecutable, justamente porque no era directamente aplicable por sí misma, y requería de un acto que le diera esa virtud de aplicabilidad que la norma no tenía.

Pues bien, esta interpretación de la Corte Suprema de EE.UU lo que hace en definitiva, es crear una clasificación de normas internacionales convencionales, pues si por un lado dentro de un tratado existen normas que importan un contrato entre los estados, y que en ese sentido, generan una obligación de hacer para el Estado, que debe cumplir mediante la vía legislativa, en cuyo caso, no pueden los tribunales dar aplicación directa al tratado o a la norma en particular que se trate sin que se cumpla previamente esa obligación, existen, por el otro, normas que sí pueden devenir en una regla para las cortes, normas cuyo cumplimiento sea posible sin necesidad de un acto de transformación o de desarrollo de las mismas.

La lectura *a contrario sensu* que debe hacerse de la parte en comento de la sentencia, es que ese tipo de normas obligarían no ya al órgano político ni al legislativo, sino a aquél que deba aplicar el derecho en un caso concreto, es decir, al órgano judicial.

Pues bien, la célebre sentencia fue dictada el año 1829, y desde entonces, la doctrina de la autoejecutividad ha adquirido cada vez mayor fuerza, sobretodo en el último cuarto del Siglo XX, impulsada ahora por autores comprometidos con la promoción de los derechos humanos, pues ven en ella un medio eficaz para incorporar a las legislaciones nacionales de los distintos estados, los catálogos de derechos humanos elaborados en instancias internacionales.

I.B.- ¿Qué es una norma autoejecutable?

Diversos autores, que reconocen validez a la doctrina de la autoejecutividad intentan definir lo que debe entenderse por norma autoejecutable.

En opinión de Humberto Nogueira, estamos en presencia de normas autoejecutables “cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del estado la aplicación de esa norma en su favor”².

Por su parte, Santiago Benadava aduce que hay que estarse al contenido mismo de la disposición, de manera que serán autoejecutables aquellas cláusulas que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente por los tribunales en los casos que se les presenten³.

² NOGUEIRA A, HUMBERTO. “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico chileno”, en Revista *Ius et Praxis* 2, N.º2, año 1997, pág. 37.

Un criterio similar adopta el jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchega, que relaciona autoejecutividad con la redacción de la norma, exigiendo, dos condiciones para la aplicación directa. Por una parte, debe ser una norma de la cual se pueda derivar directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación. Pero además, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes ⁴.

De acuerdo con estas opiniones, me parece que es posible identificar dos tendencias. Por una parte, Humberto Nogueira relaciona autoejecutividad con la intención que tuvieron los estados partes al celebrar el tratado, y por otra, Santiago Benadava y Jiménez de Aréchega extraen el carácter autoejecutivo de una disposición del propio contenido de ella, concretamente, de si ésta es en sí misma una norma jurídica que establece derechos susceptibles de ser reclamados por los interesados frente a los tribunales del estado que se trate.

En mi opinión, el criterio que debe seguirse es el segundo, es decir, el de desentrañar si una cláusula del tratado es susceptible de ser aplicada directamente por los tribunales por ser lo suficientemente específica o por tener precisión normativa suficiente, y no intentar determinar si el estado cuando celebró el tratado tuvo la intención de darles el carácter de autoejecutable. Este último criterio me parece que no es erróneo, pero sí insuficiente, porque a la luz de las disposiciones de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, éstos deben ser cumplidos por los Estados de Buena Fe ⁵, y necesariamente los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* permiten afirmar que la intención de un Estado al celebrar un tratado internacional no puede ser otra que dar cumplimiento a lo que se ha comprometido, pero es justamente entonces cuando surge el problema de cómo se cumple el tratado en concreto, y determinar cómo quiso el estado parte que se cumpliera el tratado en el sentido de haber tenido o no la intención de dar efecto directo a alguna disposición cualquiera puede dar lugar a confusiones. Además, sentar un criterio objetivo, radicado en el mismo contenido de la norma es preferible desde el punto de vista de la uniformidad en la interpretación del tratado, bajo el supuesto que es deseable que los distintos estados partes apliquen uniformemente los tratados internacionales que celebran.

En la Jurisprudencia nacional también es posible encontrar criterios para la determinación de normas autoejecutables. En efecto, el Tribunal Constitucional de Chile,

³ BENADAVA, SANTIAGO. "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos", ed ¿?, año¿?, pág. 42.

⁴ Citado por IRIGOIN B, JEANETTE, "La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno Chileno". EN "El Derecho Internacional ante los tribunales internacionales e internos". Ed. Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile. Año 1995

⁵ Convención sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena el 23 de Mayo de 1969, artículo 26.

en el considerando N.º48 de su sentencia de 4 de Agosto de 2000, sobre la constitucionalidad del convenio 169 de la O.I.T.⁶, sostuvo que las cláusulas denominadas por la doctrina como “*self executing*” (autoejecutables) son aquellas que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. Las cláusulas “*non self executing*” (no autoejecutables), en cambio, requieren de actos administrativos o legislativos que las hagan aplicables, y en ese sentido, imponen una obligación al Estado.

Como es posible apreciar, la opinión del Tribunal Constitucional es también determinar la autoejecutividad de una disposición de acuerdo a su propia naturaleza, identificando si por su contenido y precisión son susceptibles de ser aplicadas sin otro trámite posterior a los necesarios para la entrada en vigor del tratado.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, 4 de Agosto de 2000. ROL N.º 309.

II.- Fundamento Jurídico de la Doctrina de la Autoejecutabilidad de los Tratados Internacionales

II.A.- La doctrina de la autoejecutabilidad a la luz de las concepciones dualista o monista del Derecho Internacional Público.

Aunque no es necesario entrar a considerar los alcances generales de una u otra concepción del Derecho Internacional Público, sí me parece importante realizar un breve análisis acerca de cuál debiera ser el resultado de adoptar una u otra concepción del derecho internacional en relación con la doctrina de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales.

La doctrina dualista, atribuida en sus orígenes a Triepel postula esencialmente que el derecho internacional, en razón de las fuentes y del contenido que tiene, particularmente la voluntad unilateral de los estados, que le da nacimiento, y las relaciones jurídicas que regula, respectivamente, tiene una naturaleza distinta al derecho interno, son órdenes

jurídicos distintos, que no se superponen el uno con el otro, ni forman parte de un mismo cuerpo normativo⁷.

Bajo esta concepción, los tratados internacionales obligan sólo a los estados como sujetos de derecho, y la relación que pueda tener uno de éstos con los sujetos que se hayan sometidos a su soberanía es regulada exclusivamente por el sistema jurídico propio de cada estado. En consecuencia, difícilmente podría, a la luz de esta doctrina, una norma de un tratado internacional tener algún efecto en el orden interno sin un acto de recepción expreso de la autoridad competente para obligar a los sujetos sobre los cuales los tribunales de ese estado ejercen jurisdicción, verbigracia, la dictación de una ley que incorpore el texto del tratado. Dicha recepción implicaría, en realidad, el nacimiento de la norma a la vida jurídica interna, pues antes de aquella, sólo habría existido una obligación internacional sobre el estado, no obligatoria para el órgano judicial, por no constituir fuente de derecho interno. La autoejecutividad o no de las disposiciones del tratado sería, entonces, absolutamente intrascendente, precisamente porque antes del acto receptivo del tratado éste no sería aplicable como fuente de derecho interno.

Se denomina monismo a aquella doctrina que, en oposición al dualismo, concibe el Derecho Internacional Público y el Interno con una sola naturaleza, como dos partes de un solo todo.

Dentro del monismo, es posible distinguir dos tendencias, una que da primacía al derecho internacional sobre el interno y otra, a éste sobre aquél, pero ambas suponen que tanto las normas internas como las internacionales gozan de la misma juridicidad.

En mi opinión, la autoejecutabilidad de las disposiciones de los tratados internacionales al derecho interno desde una concepción dualista ortodoxa es irrelevante, justamente porque postula una radical separación entre los órdenes jurídicos internacional y nacional. En cambio, tendría importancia necesariamente en una concepción monista del derecho internacional, sea con prevalencia del derecho interno o internacional, para distinguir las normas que deben ser directamente aplicadas por los tribunales, de aquellas que no deben serlo.

Los efectos de dar primacía al derecho interno o al internacional se producirán en la medida que haya contradicción entre la legislación interna y el tratado internacional que se trate, problema que escapa a las intenciones de este trabajo monográfico.

II.B.- Fundamento normativo de la doctrina de la autoejecutabilidad.

Sin perjuicio de las prevenciones que pueden hacerse a la aplicación de normas autoejecutables desde la perspectiva dualista, o de su aceptación por la concepción monista del derecho internacional, me parece necesario determinar cuáles son los

⁷ LLANOS, HUGO. "Derecho Internacional Público". PAG. 395-397.

fundamentos de derecho positivo que justifican esa aplicación. Es decir, si existen disposiciones convencionales internacionales, o bien, disposiciones constitucionales o legales internas que ordenen a los jueces la aplicación del derecho internacional, y en particular, el que se contiene en los tratados internacionales suscritos por los diversos estados.

El principal cuerpo normativo internacional que regula el derecho de los tratados es la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la cual Chile es parte. Dicho tratado, en este aspecto, no nos es para nada útil, ya que no hace referencia al problema. En la Convención de Viena se establece por una parte el principio *pacta sunt servanda*, en el artículo 26, que dispone: “todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y por otra, que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, en el artículo 27.

Entonces, tenemos que de acuerdo a la Convención de Viena los tratados internacionales deben ser cumplidos y que no es posible argumentar razones de derecho interno para abstenerse de ese cumplimiento, pero la forma cómo se deben cumplir, concretamente si el obligado en particular, dentro del propio estado es el órgano legislativo o el judicial, no se resuelve por normas convencionales de derecho internacional. De esta manera, la posibilidad de aplicar directamente en el derecho interno una disposición de carácter internacional en su creación, no queda sometido al ordenamiento jurídico internacional, sino a los distintos ordenamientos constitucionales de cada estado.

Dentro de los ordenamientos jurídicos de cada estado, se contienen normas positivas que ordenan desde el derecho interno la aplicación del derecho internacional. Esas normas son fundamentalmente de dos tipos, a saber, de reenvío o atribución, y de sujeción general, o aceptación general.

La norma de reenvío o de atribución consiste en una disposición del derecho interno que ordena la aplicación, para materias determinadas, de normas convencionales internacionales. Un ejemplo de este tipo de normas lo encontramos en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, que dispone la aplicación de los tratados internacionales sobre ejecución de sentencias pronunciadas en países extranjeros, sujetando el procedimiento justamente a lo que disponga el tratado respectivo, y sólo en subsidio a lo que ordene la ley nacional.

Por norma de sujeción o aceptación general entendemos aquella disposición jurídica interna que considera expresamente al derecho internacional en general como fuente de derecho. Podemos encontrar un ejemplo de este tipo de normas en el artículo 96 de la Constitución española, que dispone:

“Artículo 96.

Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.⁸

Pues bien, estos dos mecanismos de incorporación del derecho de los tratados al derecho interno, ordenan a los tribunales la aplicación del derecho de los tratados. El primero lo hace específicamente para determinadas materias, mientras que el segundo, en forma genérica. En cualquiera de los dos casos, cobra relevancia la doctrina de la autoejecutividad, pues sirve justamente para distinguir en un tratado, las disposiciones que pueden ser directamente aplicadas por los tribunales, de aquellas que no pueden serlo.

II.B.1.- Fundamento normativo de la autoejecutividad en el derecho comparado.

En esta parte se verá que el derecho comparado mayoritariamente observa la posibilidad de incorporar los tratados internacionales que suscriba el estado, sin perjuicio de exigir en algunos casos, como el francés, la publicación del mismo para otorgarle validez.

En EE.UU, la aplicación directa de los tratados se funda en la llamada cláusula de supremacía constitucional⁹, que contempla expresamente a los tratados celebrados por ese país como fuente de derecho obligatoria para los órganos judiciales. Esa cualidad que tienen los tratados de informar el derecho interno, reconocida desde sus inicios en la Constitución de EE.UU, llevó a la jurisprudencia a crear la doctrina de la autoejecutabilidad¹⁰, como una forma de interpretar cuáles tratados internacionales actualmente vigentes debían ser aplicados por los jueces. Como se puede apreciar, dicha doctrina tuvo como presupuesto el reconocimiento, a nivel constitucional, que las normas contenidas en tratados internacionales debían ser cumplidas por los jueces, a quienes la disposición de supremacía constitucional mencionaba expresamente.

En el derecho inglés, en cambio, no existe norma de clausura que se refiera a tratados internacionales, y la jurisprudencia no reconoce efectos del tratado para el derecho interno con el sólo hecho de entrar en vigencia internacional, debido a que los tribunales sólo reconocen como derecho legislado aplicable aquel que ha sido dictado por el parlamento, y como la facultad de celebrar tratados internacionales no corresponde a un acto legislativo, sino de administración exterior del estado, se exige necesariamente la incorporación por vía legislativa¹¹.

Ahora, dentro de los países con tradición jurídica europea continental, existen varios

⁸ <http://www.igsap.map.es/docs/cia/dispo/constitu.htm> (12/01/2003)

⁹ Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, art.6, cláusula 2: . **“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”**. (FUENTE: <http://www.estudionuner.com.ar/cestadosunidos.htm> 12/01/2003)

¹⁰ ver *supra* I.A “Origen”

¹¹ VER CORREA G. RODRIGO, op. Cit. Nota 1. PAG 15-16.

II.- Fundamento Jurídico de la Doctrina de la Autoejecutabilidad de los Tratados Internacionales

estados que han reconocido o asignado a los tratados internacionales una jerarquía determinada, superior a la ley. Es el caso de Francia y Alemania. En el primero de ellos, el artículo 55 de su Constitución Política reconoce que desde el momento de la publicación de un tratado, éste es obligatorio, y tiene autoridad superior a las leyes, haciéndolo entonces, aplicable como fuente de derecho interno¹².

La Constitución alemana, por su parte, además de proclamar que el derecho internacional prevalece por sobre el interno, reconoce expresamente que hace nacer derechos y obligaciones para los habitantes de su territorio, con la reserva de que esa norma internacional pudiera pugnar con algún precepto constitucional, en cuyo caso sería necesaria una reforma¹³.

Por su parte, en Argentina, los tratados internacionales también tienen superior jerarquía que la ley¹⁴, pero además, respecto de algunos tratados de derechos humanos, se les reconoce jerarquía constitucional, aunque como en Alemania, no son derogatorios, sino complementarios a la Carta Fundamental.

Por último, también en España se ha establecido una norma de sujeción general al derecho internacional¹⁵, reconociendo que sus normas forman parte del ordenamiento

¹² Constitución Francesa, artículo 55: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte. (FUENTE: <http://www.estudionuner.com.ar/cfrancia.htm> 12/01/2003)

¹³ Constitución alemana, artículo 25: **Las normas generales del derecho de gentes (Volkerrecht) constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearan derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.** (FUENTE: <http://www.estudionuner.com.ar/calemana.htm> 23-09-02)

¹⁴ Constitución de la República Federal Argentina, artículo 75 N.º 22: "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; 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. Sólo 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. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.**" (FUENTE: <http://www.estudionuner.com.ar/constitucion.htm> 12/01/2003)

¹⁵ Constitución española de 1978, artículo 96: "Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional" (FUENTE: <http://www.igsap.map.es/docs/cia/dispo/constitu.htm> 12/01/2003)

jurídico interno.

Resumiendo, estos cuatro últimos países han reconocido que los tratados internacionales son fuente de derecho interno, y en algunos casos con jerarquía superior a la ley, sin perjuicio de las publicaciones oficiales que deban hacerse según el caso. Es por ello que la doctrina de la autoejecutabilidad es necesaria para determinar en qué forma se cumple el precepto constitucional que ordena su aplicación, sea aplicando directamente la norma internacional, o ejecutando actos estatales de transformación que permitan la aplicación sustantiva del tratado, sean de carácter administrativo o legislativo.

II.B.2.- Fundamento normativo de la autoejecutividad en el derecho chileno

Incorporación al orden jurídico interno y autoejecutabilidad.

La doctrina de la Incorporación Automática de los tratados internacionales al orden interno postula que ellos, deben estimarse vigentes en el sistema jurídico nacional si lo están en el orden internacional, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, y de la obligación internacional que adquiere el estado de dar cumplimiento al tratado¹⁶. A esta doctrina se opone la de la Incorporación por un acto de Transformación, la que señala que el estado al no aplicar el tratado desde su vigencia internacional lo único que hace es incumplir sus obligaciones en el orden internacional, pero eso no significa que el tratado deba entenderse incorporado automáticamente al orden interno sin un acto previo de recepción o transformación.

En Chile, la jurisprudencia reiteradamente ha exigido un decreto promulgatorio que mande cumplir y aplicar el tratado como Ley de la República y su publicación en el Diario Oficial, para entender que el tratado ha entrado en vigor en el orden interno, ya que se ha asimilado el tratado a la ley, y en consecuencia, se le han hecho aplicables los artículos 6 y 7 del Código Civil. Según algunos autores, estos trámites deben ser interpretados como un acto receptivo interno,¹⁷ pero según otra doctrina, en Chile existiría un mecanismo de incorporación automática, en cuanto el tratado como fuente de derecho interno es específico, distinto a la ley, no obstante que su aprobación por el Congreso deba sujetarse a misma tramitación que aquella, y que en consecuencia, estando debidamente perfeccionado en el ámbito internacional, se incorpora al ordenamiento interno y es plenamente vigente¹⁸.

¹⁶ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en su primera parte dispone: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

¹⁷ VER ORREGO BAUZÁ, FRANCISCO, "Notas sobre el Régimen de los Tratados en Chile". PAG 35-47. EN Apuntes de Clases del Profesor Francisco Orrego Vicuña. Central de Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago. 1998.

¹⁸ VER PRECHT PIZARRO, JORGE. "Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional Convencional y Derecho Interno Chileno". EN Revista Ius et Praxis 2, N.º2. 1997. PAG: 130-141.

Pues bien, la verdad es que la doctrina de la autoejecutabilidad, aunque está íntimamente relacionada con el régimen de incorporación que exista en un determinado estado, no descansa sobre la Incorporación Automática ni sobre la transformación o recepción del tratado, pero supone, para su aplicación, que el tratado esté vigente en el orden interno

Como se ha expresado en este trabajo, el término autoejecutable, o autoejecutivo está referido a una cualidad determinada de una norma convencional internacional, sirve para calificar una disposición de un tratado en relación a su eventual aplicabilidad por los jueces sin necesidad de un acto posterior que desarrolle el contenido jurídico de la norma internacional para el orden interno, pero siempre bajo el supuesto que esa norma se encuentre vigente. En este sentido, adoptar una política de incorporación automática o de recepción es bastante relevante, ya que determinará cuándo el tratado está vigente en el orden interno, que es el momento en que la distinción entre normas autoejecutables y normas no autoejecutables cobra importancia.

La constitución Política de la República.

En nuestro país, la Constitución Política de la República no hace un tratamiento sistemático de los tratados internacionales. Se limita a mencionarlos en los artículos 32 n.º17, a propósito de las atribuciones especiales del Presidente de la República; 50 n.º1, en relación con las facultades exclusivas del Congreso; y 82 n.º2, en lo referente a las atribuciones del Tribunal Constitucional, además de la importante mención del artículo 5º, inciso 2. Esta carencia de regulación sistemática ha producido conflictos interpretativos que mantienen dividida a la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo, en cuanto a lo que dice relación con la jerarquía normativa y la entrada en vigor de los tratados internacionales

En la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución se discutió acerca de ambos temas ¹⁹.

El comisionado Guzmán, estuvo por consagrar explícitamente que los tratados tenían jerarquía superior a la de las leyes, para así dejar en claro que una ley posterior no puede modificar un tratado internacional, y que para Chile tiene gran trascendencia el valor y la intangibilidad de los tratados. En sentido opuesto opinaron los comisionados Bertelsen y Bulnes, quienes estuvieron por no incluir en la Constitución nuevas disposiciones relativas a asuntos internacionales, por estimar imprevisibles las consecuencias de consagrar una disposición como la que se proponía. Finalmente la Comisión decidió que era inconveniente incluir un precepto que dispusiera la superioridad jerárquica del tratado sobre la ley, pese a existir consenso en que ésta no puede modificar a aquél.

En relación con la entrada en vigor del tratado en el orden interno, el comisionado Guzmán también sostuvo que era necesario por una parte, establecer que los tratados debían promulgarse y publicarse, y por otra, fijar un plazo para cumplir con dichos trámites. La primera proposición fue aprobada por la Comisión. La segunda, en cambio, fue rechazada en el seno de la comisión, prefiriendo el criterio que se sustentaba en el

¹⁹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesiones 367 y 371.

Decreto Ley N.º247²⁰, consistente en consignar los trámites de promulgación y publicación para que el tratado tuviera fuerza de ley, los cuales debían verificarse con posterioridad a la entrada en vigor internacional del tratado, pero sin establecer un plazo al ejecutivo para hacerlo. Finalmente, ninguno de estos acuerdos fue definitivamente incorporado en la Carta Fundamental vigente, produciéndose un vacío importante, que ha dado lugar a interpretaciones diversas e incluso contradictorias acerca del alcance del artículo 50 n.º1 especialmente. Además, como bien lo había señalado el comisionado Ortúzar, el Decreto Ley N.º247 regía en un período transitorio, y de hecho, fue finalmente derogado²¹.

El profesor Humberto Nogueira, haciendo una interpretación del régimen de tratados en la Carta Fundamental, sostiene que Ella, en su artículo 50 n.º1, no fundamenta la validez de los tratados, sino sólo su aplicabilidad, porque determina cómo se incorpora el tratado al derecho interno. Pero una vez incorporado, sería el propio tratado el que determina a sí mismo su aplicación. En tales circunstancias, la importancia de otorgar carácter autoejecutable o no a las disposiciones del tratado queda de manifiesto.

En el sentido contrario, o al menos poniendo en duda los argumentos en que se basaría esta interpretación, el profesor Rodrigo Correa G, sostiene que la incorporación de los tratados al orden jurídico interno no tiene un fundamento claro en nuestra Constitución, y que no corresponde dar al tratado los mismos efectos que tiene una ley en virtud del solo artículo 50 de la Constitución, porque él sólo se limita a dar al procedimiento de aprobación de un tratado por parte del Congreso la misma tramitación que se da a una ley²².

Además, señala que otorgar jerarquía superior a la ley a los tratados internacionales, y la doctrina de la autoejecutividad son peligrosos para el estado de derecho²³, pues potencialmente pueden contrariar ciertos y determinados principios que son considerados valiosos por nuestras tradiciones jurídicas²⁴, que quizás puedan ser inadvertidos al momento de celebración del tratado.

²⁰ Decreto Ley N.º247 de 1973, artículo 5: "Una vez que se haya efectuado el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho Decreto Supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial"

²¹ Ley N.º. 18.903, publicada en el Diario Oficial de 19 de enero de 1990

²² CORREA G, RODRIGO, op. Cit. Nota 1, pág. 16.

²³ El profesor Correa usa en su trabajo la expresión "*rule of law*", pues advierte que su bibliografía es principalmente anglosajona, y que usar la expresión "estado de derecho" como sinónima a la expresión *rule of law*, implicaría desconocer ciertos estudios que consideran que ambas nociones no son equivalentes.

²⁴ CORREA G. RODRIGO. OP CIT. Nota 1. PAG 18. Señala textualmente: "el problema con la jerarquía privilegiada y la autoejecutividad de los tratados internacionales es que potencialmente socavan los siguientes principios de la *rule of law*: que las leyes deben ser generales o al menos basadas en leyes generales, que las leyes deben ser conocidas de antemano, que su significado debe ser razonablemente claro, y que no pueden ser retroactivas".

La práctica jurisprudencial

La jurisprudencia mayoritaria afirma que el derecho chileno reconoce la validez de los tratados internacionales como fuente de derecho interno, una vez que han sido aprobados por el Congreso, promulgados por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial el decreto promulgatorio, sin que sea necesaria la verificación de un acto estatal más complejo de transformación, como sería la dictación de una ley.

Por ejemplo, en un fallo sobre recurso de inaplicabilidad, la Corte Suprema, reconoció que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, se encontraba incorporada como ley interna en virtud del decreto supremo promulgatorio de 5 de junio de 1953. Si bien finalmente estimó, en el caso concreto, que la convención no era aplicable porque el delito que se imputaba, no estaba tipificado en la legislación nacional, ya consideraba fuente de derecho interno dicha Convención, sin necesidad de actos posteriores a la promulgación y publicación.²⁵ La decisión de no aplicarla no fue porque no estuviese vigente, sino porque estimó que las disposiciones que se invocaban, que eran de orden penal, no eran autoejecutables.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que, una vez que el tratado ha sido incorporado validamente al derecho interno, es la propia convención internacional la que decide cómo deben ser aplicadas sus normas, y que la Constitución sólo es competente para dar al tratado el carácter de aplicable²⁶.

De acuerdo con esa interpretación, el constituyente habría limitado la competencia del órgano legislativo, en el sentido que su función sólo sería de aprobar el tratado como atribución exclusiva del Congreso. Los actos consistentes en promulgarlo y ordenar su publicación son funciones del Presidente de la República en su labor colegisladora. Después de eso, la aplicación debiera tener en cuenta las normas del propio tratado, o en subsidio, del derecho internacional en general a la hora de decidir la forma como se cumple ese tratado en Chile. De esta forma, si el tratado propusiera una forma de cumplimiento que requiere un acto de transformación de carácter legislativo, sólo ahí entraría en funciones nuevamente el legislador. Por el contrario, si el tratado contuviera normas jurídicas directamente aplicables, ellas ya formarían parte de nuestro ordenamiento jurídico y serían fuente de derecho directas para los jueces llamados a conocer de los asuntos en que se invoquen.

A su vez, el Tribunal Constitucional chileno, pronunciándose sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, afirmó que las normas autoejecutables quedan incorporadas sin necesidad de otro acto de autoridad al derecho interno²⁷. Entiendo que en el fallo subyace la doctrina de la incorporación automática, pues

²⁵ Sentencia dictada con fecha 24 de Agosto de 1990, por la Corte Suprema de Chile, en recurso de inaplicabilidad presentado por Alfredo Insunza Bascuñan. Citada por BENADAVA, SANTIAGO, EN Op. Cit. Nota 3. PAG. 43.

²⁶ Sentencia citada por CEA EGAÑA, JOSE LUIS, "Curso de Derecho Constitucional", Tomo III, PAGES.159 y 160, edición Pontificia Universidad Católica de Chile, año 1999. Considerando 9, letra h, de la sentencia pronunciada por la 5ª Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 26 de Septiembre de 1994, rol nº13.597-94, redactada por el abogado integrante Humberto Nogueira A.

consideró, después de haber decidido que el Convenio no adolecía de una inconstitucionalidad total, que era necesario distinguir normas autoejecutables y no autoejecutables, ya que estas últimas, en tanto requerían de una actividad legislativa o administrativa posterior a la ratificación, promulgación y publicación del Convenio, no podían considerarse inconstitucionales, o bien, su control de constitucionalidad debía verificarse en la oportunidad que tales disposiciones del tratado que amenazaban de inconstitucionalidad intentaran ser desarrolladas por el órgano estatal competente.

Pues bien, si el Tribunal Constitucional no considerara que la incorporación del tratado al orden interno se verifica por los simples actos de promulgación y publicación, no habría hecho tales distinciones entre normas autoejecutables y no autoejecutables, y habría aplicado el criterio que ocupó para las normas no autoejecutables a todas las disposiciones del tratado, es decir, se habría abstenido de resolver acerca de todas las disposiciones del tratado en espera de la oportunidad de conocer nuevamente de él cuando fuera desarrollado a través de una ley o un decreto con fuerza de ley y se suscitara cuestiones de constitucionalidad.

Una solución como esa sería absurda a la luz de la facultad del Tribunal Constitucional consignada en el artículo 80 n.º2 de la Carta Fundamental, pues si el constituyente hubiese estimado necesario un acto de transformación interno posterior a la promulgación y publicación del tratado, no habría consignado la facultad del Tribunal de resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

La decisión del Tribunal Constitucional de interpretar las cláusulas del tratado en el sentido de si ellas son o no son autoejecutables, además de estar fundada en la doctrina de la incorporación automática, me parece, por lo demás, procedente y adecuada, pues constituye un antecedente que sirve como herramienta útil a los tribunales de justicia cuando hayan de aplicar el tratado y sean ellos los que deban determinar la autoejecutabilidad de sus disposiciones.

Como se ha visto anteriormente, sin discurrir mucho sobre el fundamento normativo o doctrinario de la cualidad de autoejecutables que puedan tener los tratados internacionales, en Chile la jurisprudencia ha aceptado la incorporación automática de los mismos, sin que sea necesario verificar un acto de transformación. De esta manera, aprobados, promulgados y publicados, se incorporan como cuerpo normativo al ordenamiento jurídico chileno, aunque el nivel jerárquico al cual lo hacen siga siendo discutido por la doctrina.

²⁷ Considerando n°48, letra a, párrafo final de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, dictada con fecha 4 de Agosto de 2000. ROL N.º309

III.- Límites al efecto directo de los tratados internacionales.

La doctrina de la incorporación automática, mayoritariamente aceptada, en combinación con el reconocimiento de disposiciones autoejecutables en un tratado deriva el efecto más importante de los problemas en estudio, consistente en la aplicación directa de la norma al caso en que se invoque. Cabe preguntarse entonces, si existe alguna limitación a esa aplicación, o si por el contrario, las normas autoejecutables deben siempre aplicarse cuando sean invocadas. En mi parecer, es posible identificar tres límites claros, de fuente constitucional que impedirían aplicar directamente el tratado, a pesar de ser, sus disposiciones autoejecutables. En realidad, el método lógico a seguir sería, identificar como autoejecutables aquellas disposiciones, en el sentido de ser claras en contenido y precisión, y luego, negar su aplicación directa, en razón de existir limitaciones constitucionales.

Dichos límites serían, a mi juicio, los siguientes:

A) En primer lugar, me parece que, de acuerdo al principio de supremacía constitucional, los tribunales tienen la obligación de someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, en cuanto son órganos del estado²⁸, y no debieran dar aplicación a un tratado contrario a lo que ella dispone sustantivamente. Tal situación podría producirse, por ejemplo, si un tratado estableciera alguna limitación a los

²⁸ Artículo 6º, Constitución Política de la República.

derechos fundamentales, los cuales, como se sabe, sólo pueden limitarse por ley en los casos que la propia Constitución lo autoriza. Dicho control debiera corresponder a la judicatura en cuanto deben aplicar el principio de supremacía constitucional, salvo que el Tribunal Constitucional se hubiese pronunciado sobre esas materias conociendo sobre la constitucionalidad de las diversas disposiciones del tratado y no hubiere manifestado su inconstitucionalidad.

B) En segundo lugar, hay que anotar como límite a la autoejecutabilidad la eventual modificación que hiciera un tratado de alguna disposición de la Constitución, por contravenir lo dispuesto en los artículos 116 y siguientes de la Constitución Política.

Este es el criterio que ha señalado el Tribunal Constitucional en su reciente fallo de 8 de Abril de 2002, ya que en el considerando 98º ¿?, se sostuvo que para que el Congreso aprobara el llamado Estatuto de Roma sin vulnerar la Constitución, era necesario previamente practicar una reforma constitucional, en razón de que ese tratado otorgaría jurisdicción a un Tribunal Internacional no contemplado por la Carta Fundamental²⁹, efecto que modificaría lo dispuesto en la Constitución, porque ella sólo señala al poder judicial con atribuciones de conocer de causas civiles y criminales.

El mismo criterio adoptó en el requerimiento en contra del señor Clodomiro Almeyda por infracción del artículo 8º de la Constitución, actualmente derogado, no obstante la autoejecutabilidad de las disposiciones que se invocaron. En efecto, en el Considerando 28º de la sentencia³⁰ se consignó que la prevalencia de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resultaba consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental de un modo distinto al establecido en sus artículos 116 y 118³¹.

C) Cabe anotar, como tercer límite a la aplicación directa de normas autoejecutables aquellas materias que han sido reservadas por el constituyente a la ley estricta, como es, por ejemplo, el establecimiento de tipos penales.

Así lo sostuvo la Corte Suprema cuando conociendo de un recurso de inaplicabilidad estableció que no era posible aplicar la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, en cuanto no se encontraban tipificadas por la ley las conductas que se imputaban al inculpado.³²

²⁹ Citar sentencia

³⁰ Citado por RIVERA N, TEODORO. "El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno", en "Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2001, pág. 29.

³¹ Es necesario recordar que a la fecha del fallo no se había incorporado al artículo 5º el inciso 2º que reconoce como límite a la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y por los Tratados Internacionales que se encuentren vigentes. Quizás, de haber estado vigente esa norma, la solución pudo haber sido otra, o al menos habría sido necesaria su discusión para la dictación de la sentencia.

³² Sentencia dictada con fecha 24 de Agosto de 1990, por la Corte Suprema de Chile, en recurso de inaplicabilidad presentado por Alfredo Insunza Bascuñan. Citada por BENADAVA, SANTIAGO, EN Op. Cit. Nota 3. PAG 43.

En ese sentido, el principio de legalidad penal no debiera verse vulnerado por la incorporación automática, como tampoco, el principio de legalidad tributaria.

Creo que respecto de aquellas materias que el constituyente ha reservado a la ley, en sentido estricto, su regulación debiéramos interpretar que estamos siempre ante normas no autoejecutables. Por ejemplo, si se acuerda en un tratado internacional el aumento de ciertos tributos, vgr. impuesto global complementario, igualmente será necesario dictar una ley que dé cumplimiento al tratado. No podrían interpretarse autoejecutables sus cláusulas, y por el sólo mérito del tratado exigir un mayor pago a los ciudadanos, porque la Constitución es clara en su artículo 19, n.º20, en el sentido que es la ley la encargada de la regulación de los tributos y demás cargas públicas.

La verdad es que determinar cuando el constituyente se refiere a la ley en el sentido estricto y cuando no, es una tarea compleja que escapa a las intenciones de este trabajo, pero debe relacionarse necesariamente con la primera limitación anotada. Los derechos fundamentales en ningún caso deben ser limitados por los efectos directos que se quieran dar a un tratado internacional, pues el constituyente ha sido claro en el sentido de reservar al legislador esa facultad, y por mucho que los tratados internacionales puedan parecerse a las leyes en sus efectos, no son lo mismo.

IV.- El artículo 5º, inciso 2º de la Constitución y las normas autoejecutables de los tratados internacionales.

La reforma introducida por la Ley N.º 18.825 de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, hizo que cambiara el verdadero alcance de las disposiciones autoejecutables de los tratados internacionales a que se refiere ese artículo.

En efecto, la citada consagración normativa de instrumentos internacionales impide actualmente sostener que los tratados que establecen derechos que emanan de la naturaleza humana estén a un mismo nivel jerárquico que la ley. En otras palabras, la “constitucionalización” de esa clase de tratados alteró su jerarquía, aunque actualmente no esté claramente definida en su alcance. Pero en todo caso, combinado con la autoejecutabilidad, tenemos un régimen abierto de normas relativas a derechos humanos constitucionales, o incluso supraconstitucionales según el profesor José Luis Cea³³, que reclaman aplicación directa por parte de los tribunales por sobre las disposiciones de la ley, e incluso de la Constitución, según esta última opinión.

³³ CEA EGAÑA, JOSE LUIS. EN Op. Cit. Nota 26, Tomo I, pág.151; sostiene que a partir de la reforma de 1989, se le dio, con el artículo 5º, un carácter supraconstitucional a los tratados sobre derechos humanos.

La discusión sobre su alcance aún persiste en la doctrina, y aunque no pretendo tratar el problema en este trabajo monográfico, sí es importante consignar que actualmente la norma autoejecutable emanada de un tratado de derechos humanos es de la máxima importancia, porque informa sustantivamente el sistema jurídico, y como se verá, ha sido aplicada por los tribunales sin necesidad de actos posteriores de carácter legislativo ni de otra especie, incluso derogando tácitamente ciertas disposiciones legales

³⁴ .

Por lo mismo, es preciso ser muy precavido al momento de determinar cuando una norma efectivamente reconoce un derecho fundamental y cuando no. Me refiero a que no necesariamente todas las disposiciones autoejecutables de un tratado de derechos humanos reconocen efectivamente derechos esenciales, pues pueden haber, por ejemplo, deberes de incriminación, como ocurre en la Convención sobre Prevención y Sanción del Genocidio, a las cuales no se les debe dar jerarquía constitucional, y su carácter autoejecutable queda sometido a los límites anotados anteriormente, como se veía al tratar sobre la relación entre el principio de legalidad penal y las normas autoejecutables.

³⁴ Es lo que sostienen reiterados fallos en materia de giro doloso de cheques, en que la caución para obtener la libertad provisional es equivalente al valor del cheque, intereses y costas, y que pugna sustantivamente, como se verá *infra* PAG 41-44, con el artículo 7º, inciso 7 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

V.- Aplicación práctica de la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En esta parte se analizará cómo operan las normas autoejecutables en la práctica. No es mi intención hacer un análisis general de la Convención, ni determinar cómo debieran resolverse los problemas de jerarquía de sus disposiciones ni la relación tratado-ley en el orden interno, sino sólo demostrar que ha habido diversas interpretaciones relacionadas con la autoejecutabilidad de algunas de sus disposiciones, y que han tenido aplicación concreta en nuestro derecho interno.

Antes que nada, es necesario consignar que se han planteado dos posiciones, una que desconoce la existencia de disposiciones autoejecutables en el Capítulo I de la Convención, y otra, que analiza cada uno de sus preceptos para determinar la autoejecutabilidad de los mismos. La primera es sustentada por Estados Unidos, la segunda, por la mayoría de los juristas del resto de América.

De acuerdo a la interpretación estadounidense, La Convención sólo tendría carácter de autoejecutable en sus partes II y III, es decir, las relativas a los medios de protección de los derechos, que se refieren principalmente al establecimiento de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos; y la relativa a disposiciones generales y

transitorias del tratado, respectivamente. De esta manera, desconoce la autoejecutabilidad de todas las disposiciones que establecen y consagran derechos humanos.

El fundamento para esa interpretación es que el artículo 2º daría a toda la Convención un carácter de no autoejecutabilidad al disponer que si el ejercicio de los derechos y libertades que garantiza el Pacto no estuviere ya garantizado por los distintos órdenes internos, será deber de los estados partes adoptar las medidas legislativas y de otro carácter necesarias para hacer efectivo el ejercicio de dichos derechos y libertades.

En el sentido contrario a esa interpretación se señala, en primer lugar, que la mayoría de las disposiciones de la Primera Parte de la Convención, tienen el contenido jurídico preciso y necesario para atribuirles el carácter de autoejecutables. En segundo lugar, se afirma que la intención de los estados partes al suscribir la Convención, manifestada en el Preámbulo de la misma, fue crear un sistema de protección internacional para derechos cuyo fundamento era la propia naturaleza humana, y que por lo tanto, no nacían por el hecho de ser nacional de un estado determinado. De esta manera, como lo señala la Profesora Irigoin³⁵, desconocer el carácter autoejecutable de la Primera Parte del Pacto de San José, sería contrario a la intención de los estados, quienes al firmarlo estuvieron por un sistema normativo que asegurara en forma inmediata los derechos que consagraba ese Tratado. Complementando ese argumento, se puede agregar que el establecimiento de un sistema interamericano de organismos con competencia para aplicar la Convención de acuerdo a un estatuto propio, también pone en evidencia la misma intención de los estados partes en cuanto a la forma de cumplimiento de la Primera Parte del Tratado.

Además, me parece que no debe interpretarse el artículo 2º en el sentido de negar autoejecutabilidad a todas las disposiciones del Capítulo I de la Convención, porque si bien esa disposición está orientada a que los Estados adopten las medidas necesarias para dar aplicación a la Convención, eso sólo será necesario para aquellas disposiciones que no sean directamente aplicables, o sea, para las normas no autoejecutables de la Convención, por ejemplo, aquellas que disponen que los estados deben prohibir ciertas conductas o instituciones. Por lo demás, el criterio sustentado por Estados Unidos, de desconocer autoejecutabilidad a todo el Capítulo I de la Convención no tiene mucho sentido a la luz del propio Pacto, ya que es clarísimo que la mayoría de sus disposiciones tienen contenido suficiente para ser aplicadas directamente, y no requieren mayor tramitación legislativa ni de otra especie, o sea, la tarea del legislador se reduciría a un simple acto legislativo, sin que fuera necesario un mayor tratamiento a ese nivel, lo que pone de manifiesto que la interpretación de Estados Unidos tiene el efecto de diferir el cumplimiento de la Convención hasta el momento que le parezca conveniente hacerlo.

Aplicación en Chile.

En Chile se ha entendido mayoritariamente que el Pacto de San José de Costa Rica tiene carácter de autoejecutable, salvo en aquellas partes en que la disposición no podría ser cumplida de una forma distinta a la modificación legislativa interna. Por ejemplo, se

³⁵ Irigoin B. Jeannette, ob. cit, Nota 4, pág.

señala como norma no autoejecutable el artículo 21, inciso 3º, que dispone que la usura y cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley. También tendría ese carácter el artículo 17, numeral 5º, que impone el deber estatal de reconocer, en la ley, iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

En relación con esta última disposición, antes de las reformas al estatuto de filiación del Código Civil Chileno introducidas por la Ley N.º19.585, la profesora Claudia Schmidt Hott, parecía atribuir al artículo 17, inciso 5º, carácter autoejecutable, al señalar que el mantenimiento en la legislación chilena de diferentes estatutos filiativos (legítimo, ilegítimo, natural, simplemente ilegítimo) era inconstitucional, y que incluso podía considerarse tácitamente derogado por el juego de las disposiciones del artículo 52 del Código Civil (que contempla la posibilidad de la derogación tácita de una norma) y el artículo 5º de la Constitución. En su opinión, el artículo 17, inciso 5º del Pacto, que dispone el igual trato por la ley de hijos matrimoniales y no matrimoniales, era incorporado al ordenamiento chileno por el artículo 5º de la Constitución; siguiéndose la derogación tácita de los estatutos filiativos en cuanto reconocían derechos distintos en atención a la filiación matrimonial o no de los hijos ³⁶.

En mi opinión, esa interpretación no es correcta. Si bien el Pacto de San José ya era vigente mientras se mantenía en nuestra legislación civil el antiguo estatuto de filiación, la disposición de su artículo 17, n.º5 no podría haber derogado tácitamente dicha regulación, porque no reviste el carácter de autoejecutable. La norma dispone que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”, lo cual constituye sin lugar a dudas una disposición programática, porque es una orden de carácter político, no tiene contenido suficiente para ser aplicado directamente y sólo consagra como deber del legislador reconocer iguales derechos a hijos matrimoniales y no matrimoniales.

En cuanto a las disposiciones autoejecutables del Capítulo I de la Convención, la mayoría se encuentran reconocidas en nuestra Constitución Política y respecto de ellas, no ha habido mayores problemas en su aplicación. Sin embargo, existen otras que contradicen lo dispuesto en nuestra legislación, y ha sido necesario detectar su autoejecutabilidad en los asuntos en que han sido invocadas.

El ejemplo más importante y claro en el sentido que la autoejecutabilidad de ciertas disposiciones es realmente tomado en cuenta por los tribunales, es el que encontramos en el artículo 7º, n.º7 del Pacto de San José, que dispone que nadie será detenido por deudas, reconociendo como única excepción, los apremios judiciales dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

En nuestra legislación interna, el artículo 44 del D.F.L. N.º707, sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, establece que para los delitos contemplados en los artículos 22 y 43 de ese cuerpo normativo procede la excarcelación de acuerdo a las reglas generales, exigiéndose además una caución, que en todo caso, no puede ser otra que un depósito en dinero de un monto no inferior al importe del cheque más intereses y

³⁶ CITAR

costas, lo que fija prudencial y provisionalmente el tribunal.

Pues bien, desde que se publicó en el Diario Oficial, el 5 de enero de 1991 la Convención Americana de Derechos Humanos, los Tribunales Superiores de Justicia han conocido de innumerables recursos de amparo a fin que se declare la libertad provisional de los recurrentes por vulnerarse su derecho constitucional a ella, en atención a que el referido artículo del D.F.L. N°707 pugnaría con el artículo 19, n° 7 de la Constitución, y especialmente, con el artículo 7, inciso 7° del Pacto de San José de Costa Rica.

La verdad es que el contraste entre las distintas disposiciones citadas y también la procedencia o no de la declaración de libertad provisional escapan a los objetivos del presente trabajo. Sin embargo, lo interesante es constatar, que en uno u otro caso, es decir, pronunciándose los Altos Tribunales del País a favor o en contra de la libertad provisional, han reconocido carácter de autoejecutable al artículo 7° de la Convención.

Así, pronunciándose a favor de la libertad provisional, dos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago; uno de 30 de enero y otro de 11 de febrero de 1991, confirmados por la Corte Suprema conociendo por vía del Recurso de Queja, sostuvieron que el artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en la parte que exigen la caución de un depósito de dinero por el total de los cheques intereses y costas, se encontraba en pugna con lo prevenido en el artículo 5° de la Constitución, en relación con el artículo 7, n° 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁷

En el sentido contrario, la Corte Suprema en fallo dictado con fecha 25 de junio de 1991, conociendo por vía de queja, y con el voto en contra del abogado integrante don Luis Cousiño tuvo como elemento de juicio, consignado en el considerando 6°, que el numerando 7 del artículo 7° no resultaba contrariado por el artículo 44 de la ley de cheques, en cuanto la caución era sólo una condición legal para otorgar la libertad provisional y asegurar la comparecencia del procesado al juicio³⁸.

El criterio sostenido en esta última sentencia no me parece adecuado, porque desconoce sustantivamente la disposición del artículo 7, n.º7 del Pacto. En efecto, exigir una caución equivalente al monto mismo de la deuda es, en el fondo, permitir la prisión por deudas, porque es exigir el mismo monto de la deuda, pero bajo el pretexto de una caución, lo que evidentemente atenta contra la libertad provisional.

En todo caso, es interesante anotar que aún en esta sentencia, la Corte no desconoce la autoejecutividad del artículo 7°, n.º7 del Pacto de San José, pues si bien rechaza el amparo, lo hace fundada no en que las disposiciones sean no autoejecutables, sino, en que la caución sólo implicaba una forma de obtener la libertad provisional y asegurar la comparecencia del procesado al juicio. En otras palabras, no niega la aplicabilidad de la Convención, aunque en mi opinión, la aplica mal.

³⁷ Sentencias de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, citadas por Irigoin B. Jeannette, en op. cit. Nota 4.

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema dictada con fecha 25 de junio de 1991. Revista "Fallos del Mes", N°391, páginas 244 a 248.

VI.- Conclusiones.

Si bien la Constitución chilena no expresa cuándo se entiende que los tratados internacionales entran en vigor en el ordenamiento jurídico interno, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria entiende que lo hacen una vez que han sido aprobados por el Congreso, promulgados mediante Decreto Supremo, y publicados en el Diario Oficial.

Desde ese momento, surge la necesidad de determinar qué disposiciones del tratado pueden aplicarse directamente por los órganos jurisdiccionales ante los cuales se invoquen, y qué disposiciones no pueden.

Con ese objeto, la doctrina distingue entre normas autoejecutables y no autoejecutables. Las primeras son aquellas que pueden ser aplicadas sin necesidad de un acto posterior de transformación, como sería la dictación de una ley que recogiera el contenido del tratado. Esta distinción intenta desentrañar una cualidad particular de la norma convencional internacional, y en ese sentido, se identifica con un problema de interpretación.

A ese efecto, deben tenerse en consideración, en primer lugar, la cualidad de esas normas, en cuanto a su contenido y precisión, de manera que sean aptas para ser aplicadas directamente, y en segundo lugar, complementariamente, la intención de los estados partes, en el sentido de si al celebrar el tratado, quisieron hacer de la norma internacional una fuente de derecho interno susceptible de ser reclamada como tal ante la jurisdicción nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, la verdadera importancia de aceptar la existencia de

normas autoejecutables, estriba en la relación que se produce cuando se acepta además la doctrina de la incorporación automática de los tratados internacionales. Efectivamente, combinando los efectos de ambas teorías, tenemos que dichas normas internacionales pasan a formar parte del orden jurídico interno una vez que entren en vigor, y los tribunales deben aplicarlas, incluso si no concuerdan o establecen preceptos contrarios a normas legales anteriores, como ha ocurrido, por ejemplo, con la prohibición de la prisión por deudas establecida en el artículo 7º, número 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la caución exigida por la ley para obtener la libertad provisional de los inculcados en delitos de giro doloso de cheques, en el artículo 44 del D.F.L. N.º.707 de 1982.

En todo caso, la autoejecutabilidad, como cualidad de la norma internacional, no siempre debiera llevar a su aplicación directa por parte de los jueces, pues existen, como se ha visto, límites constitucionales de tres ordenes; a saber, la reforma o modificación de la Carta Fundamental, la regulación de materias que están reservadas a la ley en sentido estricto (vgr. establecimiento de tipos penales), y la eventual incompatibilidad sustantiva que haya entre la Constitución y la cláusula del tratado (por virtud del principio del principio de supremacía constitucional).

Bibliografía

- BENADAVA, SANTIAGO. "Las Relaciones entre Derecho Interno Y Derecho Internacional ante los Tribunales Chilenos". EN "Nuevos enfoques del derecho internacional". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1992
- CARMONA S, CARLOS. "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N.º169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas". EN "Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional". Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2001.
- CEA EGAÑA, JOSE LUIS. "Curso de Derecho Constitucional". Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. 1999.
- CORREA, RODRIGO. "Tratados Internacionales bajo el embrujo de Brown". Página web School of Law University of Yale. (<http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/srcorrea.pdf>). (20/06/2002)
- FUENTES, XIMENA. "Los Peligros de la Globalización: Nuevos desafíos para el concepto de soberanía". EN RAMIREZ, MARIO. "La soberanía en el mundo actual" (PAG 78-97). LOM Ediciones. Santiago, Chile. 2000.
- GARRIDO M, MARIO. "Constitución y Tratados Internacionales en la Jurisprudencia". EN Revista Ius et Praxis 2, N.º2 (PAG 155-165). Universidad de Talca. Talca, Chile. 1997.
- HANHIN, LOUIS. "Treaties as the law of the land". Cap VII, (PAG 198-204), EN "Forgein Affairs as the US Constitution". Ed. Clarendon Press, Oxford, Inglaterra.

1996 (traducción de Ximena Fuentes).

- IRIGOIN B, JEANETTE. "Autoejecutividad de las Disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno". EN "Solución Judicial de Controversias: El Derecho Internacional ante los Tribunales internacionales e internos". Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile". Santiago, Chile. 1995.
- JACKSON, JOHN. "Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis". EN "The American Journal of International Law 86". (PAG 321-340). 1992 (traducción de Ximena Fuentes)
- LLANOS, HUGO "El Derecho Internacional en sus relaciones con el derecho interno".
- NOGUEIRA, HUMBERTO. "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno". EN Revista Ius et Praxis 2, N.º2 (PAG 9-43). Universidad de Talca. Talca, Chile. 1997.
- ORREGO BAUZA, FRANCISCO. "Notas sobre el Régimen de los Tratados en Chile". EN Apuntes de Clases del Profesor Francisco Orrego Vicuña. Central de Apuntes Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile. 1998.
- PRECHT P, JORGE. "Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno". EN Revista Ius et Praxis 2 N.º2 (PAG 121-154). Universidad de Talca. Talca, Chile. 1997.
- RIBERA, TEODORO. "El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno". EN "Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional". Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2001.
- SCHMIDT H, CLAUDIA. "Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: Fundamento y alcance de esta distinción e la nueva legislación". EN "El Nuevo estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno". Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, Chile. 1999.