



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

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

**EL EFECTO DIRECTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO
CHILENO**

Diego Pérez Farías
Profesora Guía: Ximena Fuentes Torrijo

Santiago de Chile
2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I EL LUGAR DEL EFECTO DIRECTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	10
El derecho internacional público de nuestros días.....	11
La persistencia de los cuestionamientos a la legitimidad del derecho internacional.....	13
El lugar del efecto directo en el derecho internacional.....	15
La regulación de los efectos de los tratados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	18
Los efectos de los tratados en el derecho consuetudinario	20
Algunos tratados que establecen disposiciones sobre autoejecutabilidad	23
Conclusiones.....	29
CAPÍTULO II EL EFECTO DIRECTO EN EL DERECHO COMPARADO	31
Reino Unido.....	33
Estados Unidos	36
El Reino de los Países Bajos.....	40
El derecho de la Unión Europea	44
Los diversos criterios utilizados en el derecho comparado para determinar si un tratado tiene o no efecto directo.....	48
1. La intención de las Partes Contratantes.....	49
2. La intención del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo de un Estado	49
3. Claridad y precisión	50
4. Materia del tratado	51
5. Mecanismo internacional para el cumplimiento del tratado	51
6. Existencia de legislación doméstica en la materia	52
7. La existencia de un derecho de acción para reclamar la violación del tratado	52
8. El principio de reserva de ley.....	52
9. Obligaciones no justiciables.....	53
10. Modificación de instituciones domésticas	53
11. La aplicación de un tratado requiere reformar la Constitución nacional.....	53
Conclusiones.....	54
CAPÍTULO III LA AUTOEJECUTABILIDAD Y EL DERECHO CHILENO.....	55

La regulación de los tratados internacionales en el derecho chileno	55
El fundamento para la aplicación directa de los tratados internacionales en el derecho chileno.....	58
El Tribunal Constitucional y su decisión sobre autoejecutabilidad de los tratados.....	60
Algunas sentencias de tribunales ordinarios (superiores) sobre autoejecutabilidad.....	72
La práctica de la Contraloría General de la República	78
Un caso de estudio: la aplicación del derecho a consulta establecido en el Convenio 169... 83	
Conclusiones.....	90
CAPÍTULO IV CRITERIOS RELEVANTES PARA DETERMINAR EL EFECTO DIRECTO DE UN TRATADO INTERNACIONAL EN CHILE	92
¿Es deseable otorgar efecto directo a los tratados internacionales en el derecho chileno? ...	93
¿Puede ser la intención de las partes de un tratado un criterio de autoejecutabilidad?	100
El criterio de claridad y precisión reformulado	101
Disposiciones de un tratado que suponen modificación radical de instituciones domésticas	102
La materia de un tratado como criterio de autoejecutabilidad.....	104
Cuando un tratado establece un mecanismo de solución de controversias.....	107
Materias que la Constitución reserva a la ley	109
Atribuciones judiciales no establecidas por la Constitución	112
Obligaciones no ‘justiciables’	113
Conclusiones.....	114
CAPÍTULO V TEMAS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DIRECTA DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL.....	117
La relación entre aplicación directa de tratados internacionales y las sentencias de tribunales internacionales	118
La aplicación directa de la costumbre internacional.....	126
Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	133
El cumplimiento de solicitudes de cooperación emanadas de la Corte Penal Internacional en Chile.....	137
Conclusiones.....	144
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFÍA.....	151

INTRODUCCIÓN

¿Puede un tribunal chileno resolver una controversia aplicando un tratado internacional? Hace no mucho tiempo esta pregunta habría tenido escasa importancia y probablemente no habría sido fuente de discusión. Esto, porque el ámbito tradicional del derecho internacional era, precisamente, *internacional*. Su regulación concernía fundamentalmente las relaciones interestatales y su influencia en el ordenamiento interno de los Estados era poco frecuente¹. En las últimas décadas esto ha cambiado drásticamente. El derecho internacional ha expandido su ámbito de regulación, estableciendo normas sobre materias que otrora estaban circunscritas a una estricta reserva estatal. Pero no solo eso: conforme se ha expandido su ámbito de regulación, se ha comenzado a instar por su aplicación directa en el derecho doméstico.

Aunque la pregunta formulada no es nueva, la evolución del derecho internacional ha provocado que adquiera cada vez mayor importancia. En el derecho comparado ha existido un intenso debate acerca del llamado ‘efecto directo’ de los tratados internacionales en el derecho interno. En concreto, tanto el efecto directo, la aplicación directa, como la autoejecutabilidad o autoejecutividad de los tratados internacionales (términos utilizados indistintamente en lo sucesivo), se refieren a la posibilidad de aplicar los tratados por órganos del Estado sin esperar la dictación de reglas domésticas de implementación. En el ámbito judicial, particularmente, implica que los órganos jurisdiccionales pueden aplicar las normas contenidas en los tratados para resolver directamente una controversia sometida a su conocimiento. De la respuesta a la pregunta depende entonces la posibilidad de aplicación del derecho internacional a través del derecho interno. Es por esto que la doctrina de la autoejecutabilidad se encuentra vinculada con el principio de separación de poderes. Cuando un tratado es autoejecutable obliga a los tribunales a aplicar un tratado como si fuera una ley; pero cuando no lo es, serán los órganos políticos los que deberán adoptar las medidas para su cumplimiento antes de que pueda ser aplicado por los tribunales.

El origen del concepto no es reciente. Fue en Estados Unidos donde por primera vez se distinguió entre tratados autoejecutables y tratados no autoejecutables, cuando la Corte Suprema de dicho país resolvió el caso *Foster v. Neilson* en 1829. Para resolver la controversia, la Corte

¹ Cf. BURKE-WHITE, William y SLAUGHTER, Anne-Marie. *The future of international law is domestic (or, the European Way of Law)*. 47 Harvard International Law Journal 327 (2006), pp. 327-328.

sostuvo que un tratado sería considerado de manera equivalente a una ley; siempre que operara sin la necesidad de ninguna disposición legislativa. Pero cuando los términos de un tratado importaran un contrato -afirmó la Corte- cuando las partes se obligaran a ejecutar un acto particular, el tratado se dirige al órgano político, no al judicial y la legislatura debe dictar las leyes para implementar el tratado antes de que pueda convertirse en una regla para los tribunales².

En un principio, los casos que involucraban tratados eran escasos. Pero cuando el derecho internacional dejó de regular únicamente relaciones entre los Estados, el concepto resurgió como consecuencia de la creciente invocación de tratados internacionales en tribunales. Posteriormente, con la creación de las Comunidades Europeas –actual Unión Europea- y su ordenamiento supranacional, el concepto de efecto directo generó un intenso debate que continúa hasta el día de hoy. El Tribunal de las Comunidades decidió que las normas creadas por esta organización supranacional debían ser aplicadas directamente por los tribunales domésticos de cada Estado miembro, siempre que fueran lo suficientemente precisas³. En las décadas siguientes a esta decisión, el debate acerca de la aplicación de tratados en el derecho interno ha generado tanta apología como diatriba. El debate se ha desarrollado tanto en Europa como en Estados Unidos y en el resto del mundo, con distinta intensidad.

El concepto de autoejecutabilidad no es ajeno al derecho chileno. Desde ya se puede adelantar que las escasas normas de derecho chileno relativas al derecho internacional no establecen reglas que permitan determinar si los tratados internacionales se incorporan o no al derecho interno ni tampoco existen reglas sobre la posibilidad de que estos sean aplicados directamente. Esta cuestión ha sido determinada por la jurisprudencia.

Como se verá, el reconocimiento explícito de la autoejecutabilidad en Chile es reciente y no ha sido analizado en profundidad por los tribunales ni por la doctrina. No existen estudios ni jurisprudencia que analice con detención los fundamentos y efectos de la aplicación de tratados internacionales, así como tampoco hay reflexiones acerca de los beneficios y riesgos que dicha aplicación puede generar. La jurisprudencia en esta materia no ha tomado en cuenta todas las

² Caso *Foster c. Neilson*, Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, 2 Pet. (27 U.S.) 253, 314 (1829).

³ Cf. Caso *Becker c. Alemania*, Caso No. 8/81, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1982, párrafo 25

variables involucradas en la relación que existe entre derecho internacional y el derecho interno. La tesis predominante sobre la autoejecutabilidad, surgida en el ámbito judicial, es simple: en la medida en que las disposiciones de un tratado tengan un contenido y precisión suficiente, pueden ser aplicadas directamente por los tribunales. Para determinar lo anterior la jurisprudencia constitucional, seguida por los tribunales ordinarios, ha estimado que basta con considerar el lenguaje utilizado por los tratados; en la medida en que su lenguaje no sea programático (no utilice el tiempo verbal futuro), podrá ser aplicado sin necesidad de una ley. Como se analizará, descansar en un análisis gramatical de los tratados para determinar su aplicación genera más dudas que certezas y es insuficiente desde una perspectiva constitucional. La discusión está lejos de ser satisfactoria. Esta memoria aspira a ser un aporte a la discusión que entregue nuevas perspectivas de análisis a la comunidad jurídica.

En este sentido, el objetivo de esta memoria es analizar la aplicación directa de los tratados internacionales en el derecho chileno. Este análisis se llevará a cabo a través del examen del derecho internacional y comparado en la materia, para luego examinar las normas relativas al derecho internacional en el sistema jurídico chileno, y cómo éstas han sido interpretadas por los tribunales, así como por otros órganos del Estado, en particular la Contraloría General de la República. De esta forma se examinará qué criterios han utilizado los diversos órganos para determinar el carácter autoejecutable de un tratado y si estos criterios establecen pautas precisas que permitan distinguir tratados que pueden ser aplicados directamente de aquellos que no pueden serlo y más importante aún, si dichos criterios satisfacen los principios del derecho público. En la medida en que estos criterios resulten insuficientes, el resultado será estudiar posibles criterios –algunos utilizados por la práctica comparada- que permitan a los operadores jurídicos determinar cuándo un tratado puede ser aplicado sin necesidad de la dictación de otras normas. Estos criterios deben ser consistentes con los principios constitucionales, particularmente con el de la separación de los poderes del Estado.

En cuanto a la metodología que se utilizó para desarrollar esta investigación, esta consistió en la revisión de normas, jurisprudencia y doctrina, tanto perteneciente al ámbito del derecho internacional público, como del derecho comparado especialmente referida al tema de la autoejecutabilidad. En cuanto al derecho chileno, además de normas constitucionales y legales presentes en otros cuerpos normativos, se analizó acuciosamente la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional en la materia, y algunas sentencias pronunciadas por tribunales ordinarios que se refieren a la aplicación directa de tratados. La investigación también consideró el enfoque adoptado por otros órganos del Estado que se han pronunciado en la materia, como la Contraloría General de la República. Puesto que parte importante de la bibliografía y la jurisprudencia consultada se encuentra sólo en idioma inglés, se han traducido las citas al castellano con la finalidad de facilitar la lectura, aunque se ha mantenido el texto original en la nota al pie correspondiente.

La memoria se estructura de la siguiente forma. En el capítulo I se examinará el derecho internacional público, para revisar si existe la obligación de otorgar efecto directo a los tratados internacionales en el derecho doméstico y si este sistema jurídico define las condiciones bajo las cuales los tratados pueden ser aplicados directamente ante los tribunales domésticos. En particular, esto implicará un análisis de los efectos de los tratados a partir de lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –un acuerdo que precisamente establece reglas sobre los tratados- y del derecho internacional consuetudinario. En este capítulo también se comprobará si los propios tratados establecen obligaciones acerca de los efectos que deben tener en el derecho doméstico. Además, para comprender la importancia que tiene la posibilidad de aplicar directamente un tratado internacional se describirán las características del derecho internacional contemporáneo -la evolución que ha tenido en el último siglo- y las críticas que existen con respecto a legitimidad democrática de sus normas.

En el capítulo II se examinarán las respuestas que han surgido en el derecho comparado para determinar el efecto directo de tratados. Los distintos sistemas jurídicos, en algunos casos, rechazan la aplicación directa mientras que en otros ella depende de ciertos criterios jurídicos. Con esta finalidad, serán analizadas las reglas establecidas por algunos sistemas jurídicos en la materia. El criterio de selección de los sistemas jurídicos estudiados ha sido su grado de apertura hacia el derecho internacional. Se analizará, en el mismo orden, (i) la práctica del Reino Unido, que rechaza la aplicación directa; (ii) el Reino de los Países Bajos, que se ha calificado como uno de los estados más abiertos al derecho internacional; (iii) los Estados Unidos, que incorpora a los tratados internacionales en su sistema pero que establece límites a su aplicación; y (iv) el caso del derecho de la Unión Europea, como una situación especial en la materia. Además se

examinarán los fundamentos subyacentes a los criterios que determinan la posibilidad de dar efecto directo a los tratados.

Una vez analizada la regulación del derecho internacional y la experiencia comparada, en el capítulo III se abordará la aplicación directa de los tratados en el derecho chileno, por lo que se examinarán las normas relativas al derecho internacional establecidas en la Constitución y otros cuerpos normativos. Adicionalmente, se revisará la interpretación judicial y de otros órganos del Estado, con el objeto de encontrar los criterios que se han utilizado para determinar si un tratado es autoejecutable. Un lugar destacado en este análisis lo ocupará la jurisprudencia constitucional, considerando las sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional sobre autoejecutabilidad, ya que fue el primer órgano que reconoció explícitamente dicho concepto en el derecho chileno. La postura adoptada por dicho Tribunal parece haber prevalecido y se revisará si ella ha sido adoptada por los tribunales ordinarios. A continuación se discutirá si los criterios utilizados en el derecho chileno son suficientes para dar cuenta de las implicaciones que tiene la aplicación directa de los tratados internacionales, a partir del estudio de la aplicación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, por parte de los tribunales chilenos.

Luego de examinar las respuestas del derecho comparado y del derecho chileno, en el capítulo IV se analizará en primer lugar si es deseable que los tratados internacionales tengan efecto directo en el derecho chileno y, en segundo lugar, si los tratados han de tener efecto directo, bajo qué criterios se debiera determinar si las disposiciones del mismo pueden ser aplicadas directamente. Para abordar ambas cuestiones será necesario tener en cuenta los principios constitucionales que informan al sistema jurídico chileno, dado que la Constitución es la norma de mayor jerarquía de este sistema. El objetivo de este capítulo será entonces formular una teoría coherente con los principios de derecho público, y particularmente en base a los principios de distribución de competencias que rigen la actividad de los órganos estatales.

Aunque el objeto de esta memoria se limita a analizar la aplicación directa de tratados internacionales, a modo de *ex curso* se analizarán algunos temas relacionados con dicha aplicación. Por ejemplo, con la posibilidad de aplicación de otras normas de derecho internacional, particularmente, la costumbre internacional y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. También se abordará la relación entre la aplicación directa de

tratados internacionales y las sentencias de tribunales internacionales, y la práctica en Chile del cumplimiento de solicitudes de cooperación emanadas de la Corte Penal Internacional. Estos temas no han sido objeto de un detallado análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia y, en este sentido, este capítulo tiene por finalidad analizar las posibles implicancias que tendrían en el derecho chileno, de manera de alentar una mayor discusión sobre ellos.

La memoria finalizará con conclusiones generales en base a la investigación desarrollada.

CAPÍTULO I

EL LUGAR DEL EFECTO DIRECTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El efecto directo, como se señaló anteriormente, se refiere a la posibilidad de aplicar un tratado internacional por órganos del Estado sin la necesidad de dictación de reglas domésticas que implementen dicho tratado. En el contexto judicial, implica que los tribunales pueden aplicar las normas contenidas en los tratados para resolver directamente una controversia sometida a su conocimiento. Con respecto a este concepto cabe preguntarse (i) por los alcances que, dadas las características actuales del derecho internacional, tiene el efecto directo, y (ii) si existe una obligación en el derecho internacional de dar efecto directo a los tratados. Las respuestas a estas dos preguntas señalan los alcances de este capítulo, el que aborda la aplicación directa de los tratados internacionales desde la perspectiva del derecho internacional público. Con esta finalidad en mente, el capítulo comienza con la descripción de las características del derecho internacional público contemporáneo, descripción que busca dar cuenta de los cambios que ha experimentado este sistema jurídico, porque es claro que si en sus orígenes era un derecho que se limitaba a regular las relaciones diplomáticas entre los Estados, la situación ha cambiado radicalmente. Asimismo se examinará si este cambio plantea nuevas interrogantes sobre la legitimidad del sistema, las que parecen perseguir al mismo (cual alma en pena) desde siempre. Planteado este contexto, se buscará determinar cuál es el alcance que tiene el efecto directo de los tratados internacionales en la actualidad, particularmente problematizando sus consecuencias en el derecho doméstico.

El objetivo del capítulo es determinar el rol que en el derecho internacional ocupa el efecto directo de los tratados internacionales. De esta forma se analizarán las diversas fuentes de derecho de este sistema a fin de determinar si existe alguna obligación internacional que ordene aplicar directamente los tratados internacionales en el derecho doméstico. El contraste entre el estatus actual del derecho internacional y las consecuencias del efecto directo es necesario para comprender en toda su magnitud las implicancias que tiene la autoejecutabilidad de los tratados.

El derecho internacional público de nuestros días

Hasta mediados del siglo XX se podía afirmar que el derecho internacional se limitaba a regular las relaciones *interestatales*, esto es, a establecer derechos y obligaciones entre Estados con respecto a sus esferas externas. El sujeto del derecho internacional por excelencia era el Estado y las relaciones al interior de los mismos no eran -en general- reguladas por este sistema jurídico; su ámbito de regulación se refería al establecimiento de reglas sobre relaciones diplomáticas y consulares, cuestiones limítrofes, de comercio y navegación, la solución de controversias, entre otras. Un denominador común de estas materias es la escasa probabilidad que el derecho interno tuviera regulaciones distintas o contradictorias a las del derecho internacional, porque no regulaba relaciones entre los Estados. El impacto que tenían los tratados y demás fuentes internacionales en el derecho doméstico de un Estado era, entonces, muy limitado. El ámbito de regulación era distinto y dado que el derecho internacional se preocupaba de las relaciones interestatales, no necesitaba tener efecto alguno en el derecho doméstico. Como consecuencia de lo anterior, señala Mattias Kumm, el criterio de legitimidad relevante era que el consentimiento de los Estados fuera manifestado de conformidad con las disposiciones constitucionales domésticas⁴. Una norma era legítima si la voluntad del Estado se había manifestado correctamente.

Las últimas décadas han mostrado un desarrollo del derecho internacional hacia la creación de una densa regulación que cubre las más diversas áreas del derecho. Ha pasado a regular materias *intraestatales*. El medioambiente, los derechos humanos, materias penales, por nombrar algunas, son ahora parte de su objeto de regulación. En efecto, el mecanismo predilecto para esta regulación han sido los tratados internacionales. Las preguntas otrora resueltas exclusivamente por el derecho interno, están siendo también respondidas por el derecho internacional. En tal medida las normas internacionales han comenzado a tener cada vez más impacto en los derechos nacionales, ya sea porque ha sido necesario modificar la legislación nacional (transformar los tratados en ley de la república) o porque se ha comenzado a aplicar directamente las normas internacionales. A esto se suma el surgimiento de nuevos sujetos de derecho internacional. No

⁴ Cf. KUMM, Mattias. *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*. The European Journal of International Law, Vol. 15, No. 5 (2004), p. 913.

solo se establecen obligaciones sinalagmáticas *entre* Estados, sino que también se acuerdan obligaciones de los Estados hacia sus ciudadanos.

Sumado a la ampliación del ámbito de regulación, el derecho internacional también ha mostrado cambios en el procedimiento de creación del mismo. El vínculo entre el consentimiento del Estado y el surgimiento de una obligación internacional se ha atenuado. Esto ha ocurrido a través de la creación de múltiples órganos en los tratados a los que los Estados han delegado relevantes potestades. Ellos se han convertido en órganos cuasi legislativos o cuasi judiciales, que han interpretado expansivamente sus funciones⁵. Se trata de transferencia de competencias a órganos que son menos responsables y representativos que los gobiernos nacionales y que no están sometidos al control del proceso político doméstico. En la medida en que ellos son capaces de establecer obligaciones o determinar el alcance de las mismas, el consentimiento del estado se atenúa.

Una tercera característica del derecho internacional contemporáneo ha sido la proliferación de mecanismos de solución de controversias radicados en órganos independientes. Los Estados ya no solucionan exclusivamente sus controversias a través de medios directos, como las negociaciones diplomáticas. Existen múltiples órganos judiciales internacionales con jurisdicción general, con competencia en derecho penal internacional, derechos humanos, comercio e inversiones y surgidos en acuerdos regionales de integración económica y política⁶. Esto ha provocado que los Estados ahora tengan menos flexibilidad en la interpretación y en la forma de dar cumplimiento al derecho internacional, la que es juzgada por órganos independientes⁷.

Este cambio en la estructura original del derecho internacional plantea desafíos a los Estados sobre la incorporación y los efectos que en sus derechos domésticos tiene el derecho internacional. En la medida en que las normas internacionales regulan cuestiones internas, se ha incrementado paulatinamente los reclamos por su aplicación interna⁸. Pero esta demanda por aplicación directa no está exenta de problemas.

⁵ Cf. KUMM, op. cit. (nota 4), p. 914.

⁶ Un panorama general de los actuales tribunales internacionales se puede encontrar en http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/Synoptic%20Espanol.pdf [Fecha de consulta: 21 de abril de 2015]

⁷ Cf. KUMM, op. cit. (nota 4), pp. 914-915.

⁸ Como se verá más adelante, sin embargo, tradiciones jurídicas como la estadounidense o la británica desde mucho tiempo ya se han preguntado sobre la posibilidad de aplicación directa. Ver *infra*, pp. 33 y ss. Lo que quisiera

La persistencia de los cuestionamientos a la legitimidad del derecho internacional

Una de las consecuencias de los cambios experimentados por el sistema internacional ha sido la superposición entre la regulación del derecho internacional y la del derecho interno. Los Estados e individuos han comenzado a estar sometidos a reglas internacionales que pretenden regular la conducta a nivel nacional pero que difieren dramáticamente con el procedimiento de creación de leyes y normas domésticas. Se trata de normas que han sido negociadas y establecidas al exterior de la comunidad política. En este sentido mientras mayor ha sido el impacto en la esfera nacional, se han planteado cuestionamientos a la legitimidad del sistema.

Sin embargo, los cuestionamientos a la legitimidad del derecho internacional no son nuevos. No interesa acá describirlos exhaustivamente ni intentar comprobarlos o refutarlos. Pero sí es relevante para el objetivo de esta memoria tener presente cuáles son algunos de ellos y cómo se relacionan con el efecto directo.

Un primer cuestionamiento apunta al déficit democrático del derecho internacional. Éste sistema jurídico no sería representativo de una comunidad política. Como señala Paul Kahn, “no se puede argumentar que representa la soberanía popular o la voluntad de alguna comunidad particular”⁹. Esta es una diferencia crítica con los ordenamientos jurídicos estatales. Los ordenamientos jurídicos nacionales han creado instituciones representativas de sus ciudadanos. El derecho internacional, en cambio, se encuentra desprovisto de la capacidad de representar una comunidad política frente a sus miembros¹⁰. Para Paul Kahn, esta diferencia no es baladí:

Los órdenes jurídicos exitosos impulsan las normas que la comunidad ve que ella misma ha escogido. Éstas son normas en que ha invertido su voluntad soberana. El estado de derecho depende de la existencia de una comunidad que se percibe a sí misma en y a través del derecho¹¹.

destacar es que los cambios del derecho internacional han conllevado a que en todos los Estados comience a discutirse sobre la aplicación directa.

⁹ KAHN, Paul W. *El derecho internacional y la comunidad*. En: D’ALESSIO, Andrés (Ed.). *Estado de derecho y democracia: un debate acerca del rule of law*. Editores del Puerto (2001), p. 272.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*, p. 278.

El consentimiento estatal en la creación de normas internacionales o en las organizaciones internacionales en las que participa es insuficiente para superar el déficit democrático; en palabras de Kahn: “los gobiernos, satisfagan o no un estándar de legitimidad democrática, tienen el poder de otorgar o negar el consentimiento bajo el derecho internacional”¹².

Por otra parte, la creación de reglas en el sistema internacional no obedece a los principios democráticos que se aplican en gran parte de los Estados. Los individuos no participan en la creación de las normas. La creación de las mismas, la negociación y conclusión de los tratados, recae esencialmente en las ramas ejecutivas de los gobiernos¹³. El parlamento, órgano que permite mayor deliberación democrática, no puede negociar ni modificar estas normas. En cambio, su rol en la mayoría de los Estados es la aprobación de los tratados para que éstos entren en vigor¹⁴.

Un segundo cuestionamiento apunta a la falta de transparencia en la creación de reglas. Las negociaciones de los tratados no incluyen discusiones abiertas que tomen en cuenta las visiones de los diversos sectores de la sociedad. Son conducidas de manera reservada por canales diplomáticos, fuera del control ciudadano. Este proceso es mucho menos visible que, por ejemplo, el de la creación de una ley. Consecuentemente, el espacio para el *lobby* es mucho mayor.

Un tercer cuestionamiento se relaciona con las diferencias políticas y económicas entre los Estados. Dado que el derecho internacional no es inmune a ellas, existen Estados que tienen mayor poder fáctico para influir en la creación de normas. Como señala la profesora Ximena Fuentes, “es evidente que en áreas específicas del derecho internacional, los países

¹² *Ibíd.*, p. 272.

¹³ En un estudio comparado sobre el derecho de los tratados y la práctica de los Estados, Duncan Hollis sostiene que el poder para negociar y concluir tratados lo tiene el poder ejecutivo. En sus palabras: “[e]n términos generales, los estados demuestran una notable uniformidad en la distribución de la potestad para celebrar tratados internamente. En todos los casos, los estados encuestados le asignan la potestad para negociar y celebrar tratados al ejecutivo”. HOLLIS, Duncan B. ‘*A Comparative Approach to Treaty Law and Practice*’. En: BLAKESLEE, Merritt et. al. (Eds.). *National Treaty Law and Practice*. Martinus Nijhoff Publishers (2005), p. 19. En inglés se lee: “[g]enerally speaking, states demonstrate remarkable uniformity in distributing their treaty-making authority internally. In every case, the states surveyed assign the power to negotiate and conclude treaties to the executive”.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 32-37.

industrializados tienen mayor poder de decisión que los países en desarrollo”¹⁵. Esto también ha tenido como consecuencia que muchos tratados internacionales sean verdaderos ‘contratos de adhesión’ cuyo contenido los Estados poco pueden determinar y entonces deben optar entre adherir o no.

El derecho internacional en definitiva no es creado a través del marco institucional que caracteriza a las democracias constitucionales liberales y por lo tanto no permite la posibilidad de supervisión del electorado, que en estas últimas juegan un rol central¹⁶. Estos problemas de legitimidad se han intensificado con la evolución del derecho internacional descrita precedentemente. El derecho internacional ahora tiene impacto en el derecho interno. En la medida en que las normas internacionales regulan conducta nacional de Estados y personas, ellas han comenzado a ser aplicadas en el derecho doméstico, lo que intensifica sus problemas de legitimidad. ¿Cómo se explica que normas de estas características ahora obliguen a los ciudadanos y al Estado y sean aplicadas por los tribunales?

¿Quiere decir esto que hay que rechazar el derecho internacional, declarar su ilegitimidad y excluir su aplicación doméstica? Mi respuesta es negativa. Sin embargo, es necesario ser conscientes y tener en cuenta estas críticas a la hora de abordar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Sobretudo cuando se trate de aplicar normas internacionales de manera directa¹⁷.

El lugar del efecto directo en el derecho internacional

El uso intensivo de los tratados internacionales y la expansión de su ámbito de regulación ha trasuntado en que derechos y obligaciones, otrora solo reclamables por los Estados en foros internacionales, han penetrado en el derecho interno. Así, han surgido obligaciones de los Estados con respecto a sus propios ciudadanos, cuyos derechos correlativos pueden ser

¹⁵ FUENTES, Ximena. *¿Puede el derecho internacional contribuir a prevenir la violencia?* En: SABA, Roberto (Ed.). *Violencia y Derecho*. Editores del Puerto (2004), p. 279.

¹⁶ Cf. KUMM, op. cit. (nota 4), p. 916.

¹⁷ Como argumentaré en el capítulo IV una teoría sobre la aplicación directa debe ser capaz de subsanar los problemas de legitimidad de los que puedan adolecer las normas internacionales, a través del respeto de principios constitucionales. Ver *infra*, pp. 92 y ss.

reclamados ante los tribunales domésticos. En la actualidad existen tratados que buscan prevenir conductas de privados que dañen el medioambiente, se tipifican delitos que ofenden nociones básicas de humanidad, existen convenciones sobre derechos humanos que controlan la manera en que los Estados tratan a sus ciudadanos, y hay acuerdos que buscan regular la actividad económica internacional. Estos tratados –verdaderos marcos regulatorios- se asemejan a la legislación doméstica en sus propósitos y efectos. Como han señalado algunos autores, se trata de tratados celebrados formalmente entre estados, cuyas obligaciones se imponen a ellos, pero cuyo objetivo real no es afectar la conducta estatal sino regular las actividades de individuos y empresas privadas¹⁸.

Una de las formas en que el derecho internacional ha sido recibido por el derecho interno ha sido por la vía de otorgarle efecto directo a los tratados internacionales. Los tribunales nacionales se han convertido en un poderoso aliado para la eficacia del derecho internacional y el efecto directo ha servido como un medio para perseguir su cumplimiento. Uno de los efectos de la globalización ha sido precisamente la creación de regímenes jurídicos internacionales que utilizan el derecho y los tribunales nacionales¹⁹. El impacto en el derecho doméstico también aparece como solución a uno de los problemas congénitos del derecho internacional: la ausencia de jurisdicción obligatoria y poder coercitivo. Tal como señala Anne-Marie Slaughter: “el derecho internacional funciona mejor cuando puede tomar prestada la legitimidad del derecho doméstico y la potestad coercitiva de los tribunales nacionales”²⁰.

Por lo tanto, en el contexto contemporáneo el rol ocupado por el efecto directo es de gran importancia. La autoejecutabilidad permitirá que un caso sea decidido conforme a reglas de derecho internacional sin que sea necesario ningún paso adicional a la ratificación de un tratado, para que sea aplicable por un tribunal o un órgano doméstico. Dadas las características del derecho internacional ya descritas, esta no es una cuestión trivial. El efecto directo intensifica los

¹⁸ Cf. CHAYES, Abram y HANDLER CHAYES, Antonia. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Harvard University Press (1995), p. 14.

¹⁹ CORREA, Rodrigo. *Tratados Internacionales bajo el Embrujo de Brown*. En: D’ALESSIO, Andrés (Ed.). *Estado de derecho y democracia: un debate acerca del rule of law*. Editores del Puerto (2001), p. 251.

²⁰ Citada por O’CONNELL, Mary Ellen. *The Power and Purpose of International Law*. Oxford University Press (2008), p. 329. En inglés: “international law works best when it can borrow the legitimacy of domestic law and the coercive power of domestic courts”.

problemas de legitimidad porque lleva las reglas internacionales, sin cuestionamiento alguno, a ser aplicadas por un juez.

Es importante destacar que el efecto directo no es un concepto jurídico neutral. No es una consecuencia necesaria del desarrollo del derecho internacional: es solo *una* de las varias formas en las que el derecho internacional puede interactuar con el derecho interno. El efecto directo es una elección política²¹.

La elección política de otorgar o no efecto directo a los tratados internacionales tiene argumentos contrapuestos. Por un lado la autoejecutabilidad puede ser mirada como algo positivo para el derecho internacional: una forma de cumplir con las obligaciones internacionales en el derecho nacional, de velar por los derechos de los particulares en la esfera doméstica y permitir que los cambios de gobierno no afecten el cumplimiento de los compromisos internacionales ahora entregados a los tribunales y no a los órganos políticos²². Por otra parte, negar la autoejecutabilidad de los tratados internacionales puede proteger a la democracia de cada comunidad política. Serán los órganos políticos, de acuerdo a los valores de cada comunidad, los que definan la incorporación del derecho internacional. En el ámbito internacional, el Estado seguirá obligado por las normas internacionales, pero internamente podrá determinar sus efectos. Es por esto que negar el efecto directo puede ser visto como una respuesta legítima a los defectos del derecho internacional. Citando a André Nollkaemper:

[U]na interpretación del concepto del efecto directo que impida la aplicación judicial del derecho internacional en el sistema interno no debe ser observada como un acto reflejo de índole nacionalista que busca socavar la ejecución de las obligaciones internacionales. En realidad, se debe entender como una respuesta legítima a los defectos del derecho internacional, el que cumple un rol relevante en la mantención del derecho internacional como un sistema que le permite a los Estados coordinar sus políticas y asegurar sus objetivos compartidos²³.

²¹ En palabras de Trachtman: “[...] otorgar efecto directo a una norma jurídica es una decisión política [...]”. Citado por KLABBERS, Jan. *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*. 21 Yearbook of European Law 263 (2001), p. 297. En inglés: “[...] the grant of direct effect to a legal rule is a political decision [...]”.

²² NOLLKAEMPER, André. *The Duality of Direct Effect of International Law*. The European Journal of International Law, Vol. 25, No. 1 (2014), pp. 112-113.

²³ *Ibid.*, p. 120. En inglés: “[A] construction of the conditions of direct effect that impede the domestic judicial application of international law need not be regarded as nationalistic reflexes that seek to undermine the performance of international obligations. Rather, it may be seen as a legitimate response to the shortcomings of

Señalé anteriormente que la decisión de otorgarle efecto directo a los tratados internacionales es una decisión política y no una consecuencia impuesta por el derecho internacional. Pero esta afirmación requiere ser probada. Para que el enunciado sea correcto, el derecho internacional no debe imponer una obligación a los Estados de otorgarle autoejecutabilidad a los tratados. Si esa obligación existiera, la afirmación sería falsa: los Estados no tendrían elección sino un deber. Para probar la veracidad de la misma procederé a analizar las fuentes de derecho internacional.

La regulación de los efectos de los tratados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Las reglas sobre los efectos de los tratados internacionales son particularmente escuetas. Al analizar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante “la Convención”) se encuentran pocas disposiciones relativas a los efectos que generan los tratados. Por supuesto, los Estados al manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado internacional contraen la obligación de dar cumplimiento a las obligaciones establecidas por dicho tratado. Esta es una consecuencia obvia. Pero del hecho que estén obligados a dar cumplimiento no se sigue que los tratados deban tener efecto directo en los derechos domésticos de los Estados obligados. Sería necesario que existiera una obligación particular que estableciera esto. Pero la Convención nada dice sobre este punto. Las disposiciones que se refieren a los efectos de los tratados disponen lo siguiente:

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

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Las reglas de la Convención entonces sólo disponen que (1) los tratados en vigor son vinculantes para los Estados partes y estos deben cumplirlos de buena fe y (2) como corolario de lo anterior, que los Estados no pueden invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento. Se

international law, which fulfils a critical role in maintaining international law as a system that allows states to coordinate their policies and secure common objectives”.

trata de disposiciones cuya finalidad es bastante evidente. Por un lado el artículo 26 establece el efecto obligatorio de los tratados internacionales para los Estados que sean partes de los mismos y establece el deber de cumplir las obligaciones de buena fe²⁴. Por otro lado el artículo 27, establece una regla de responsabilidad, conforme a la cual los Estados no pueden excusarse de cumplir los tratados en base a su derecho interno. Como destaca la profesora Ximena Fuentes “la disposición [el artículo 27] no dice nada acerca de cómo cada sistema jurídico nacional debe definir la incorporación del derecho internacional al derecho interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno”²⁵.

Cuando un Estado se ha obligado por un tratado, éste genera obligaciones en el ámbito internacional. Ello quiere decir que su incumplimiento puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado infractor. No podría colegirse de lo anterior que los tribunales o los órganos de un Estado debieran aplicar un tratado internacional directamente. Por el contrario, la decisión del modo de cumplir con un tratado depende de cada comunidad política. Al respecto cabe preguntarse ¿por qué el derecho internacional deja a los Estados la determinación de la manera de cumplir con los tratados? Y la respuesta es que el derecho internacional deja a los Estados esta determinación porque cada uno de ellos tiene reglas constitucionales distintas acerca de los efectos domésticos que tienen las normas internacionales. En algunos ordenamientos jurídicos los tratados forman parte del derecho interno, pero en otros es necesaria la dictación de una ley para que ellos sean considerados como una norma interna. En este contexto, es comprensible que el derecho internacional deje en libertad a los Estados para que cada uno decida de qué forma cumplirá con sus obligaciones internacionales. Los Estados se conforman con el cumplimiento de las obligaciones sustantivas ya sea que se lleve a cabo a través de cambios legislativos, actos administrativos, sentencias judiciales u otros medios²⁶. En otras palabras, lo que importa es el resultado y no el medio a través del cual este se logre.

²⁴ En este sentido, el artículo 26 tiene una función análoga a la que cumplen los artículos 1545 y 1546 del Código Civil chileno.

²⁵ FUENTES, Ximena. *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (2007). [En línea] [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish .pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf) [Fecha de consulta: 2 de febrero de 2015], pp. 8-9.

²⁶ BUERGENTHAL, Thomas. *Tratados Auto-Ejecutables y no Auto-Ejecutables en el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (Trad. Carlos Armando Figueredo Planchart). Recueil des cours, Volumen 235 (1992-IV), p. 295.

De manera muy excepcional los tratados u otras normas internacionales exigen formas específicas de cumplimiento²⁷. En palabras de Santiago Benadava “el derecho internacional no impone a los Estados una forma o modalidad específica de recepción del tratado; sólo les exige el cumplimiento cabal del tratado, dejando que cada Estado adopte las medidas internas que le parezcan necesarias o útiles para cumplirlo”²⁸.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la Convención de Viena, la posibilidad de aplicación directa dependerá de la forma en que los Estados incorporen el derecho internacional en sus ordenamientos. De lo único de lo que previene la Convención, es que en la esfera internacional los Estados no pueden invocar el derecho doméstico como eximente de responsabilidad: de lo contrario sería fácil para los Estados asilarse en sus leyes nacionales y no habría nunca una violación al derecho internacional.

En suma no es posible concluir que la Convención imponga la obligación de otorgar efecto directo a los tratados en los derechos domésticos. Es necesario analizar el derecho consuetudinario.

Los efectos de los tratados en el derecho consuetudinario

Cabe preguntarse ahora si acaso el derecho internacional consuetudinario establece una obligación de otorgar efecto directo a los tratados. Para poder responder afirmativamente, de acuerdo a la visión clásica, debería existir una práctica constante y uniforme de los Estados en este sentido, y además ellos deberían actuar en el entendido que están cumpliendo con un imperativo jurídico²⁹. Pero son tan variadas las respuestas sobre la incorporación del derecho internacional al derecho interno que es imposible concluir que exista siquiera una práctica de los Estados en que estos le otorguen efecto directo a los tratados internacionales. A la misma conclusión ha llegado la doctrina. En particular, André Nollkaemper señala:

²⁷ Ver *infra* p. 28.

²⁸ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público* (7ta edición). Editorial Lexis Nexis (2001), p. 84. En el mismo sentido Antonio Cassese señala que el derecho internacional “deja en completa libertad a cada país en lo que respecta a cómo cumple, a nivel nacional, sus obligaciones internacionales”. CASSESE, Antonio. *International Law* (2da edición). Oxford University Press (2005), p. 218. En inglés: “leaves each country complete freedom with regard to how it fulfils, nationally, its international obligations”.

²⁹ BENADAVA, op. cit., pp. 25-28.

La neutralidad del derecho internacional consuetudinario en este sentido [sobre el efecto directo] no es más que un reflejo de las continuas y significativas diferencias en la práctica de los Estados en cuanto a la forma en que ellos hacen efectivas sus obligaciones internacionales. Dadas estas diferencias, de hecho, el derecho internacional difícilmente podría hacer algo distinto a expresar una libertad. Los Estados tienen la libertad de determinar, de acuerdo con sus propios sistemas jurídicos nacionales, ya sea si el efecto directo es siquiera posible y, de serlo, qué condiciones y consecuencias existirán³⁰.

La Corte Internacional de Justicia, a su turno, también ha reconocido que el efecto directo es algo que depende de lo que cada derecho doméstico disponga. En la solicitud de interpretación de la sentencia del caso *Avena y otros nacionales mexicanos*, la Corte señaló que la sentencia dictada no implica ni estipula que los tribunales estadounidenses deban dar efecto directo a la obligación formulada en lo dispositivo del fallo. En palabras de la Corte:

La sentencia del caso *Avena* en ninguna parte establece o implica que los tribunales de los Estados Unidos estén obligados a dar efecto directo al párrafo 153 (9). La obligación prevista en dicho apartado es de hecho una obligación de resultado que claramente debe ser cumplida de manera incondicional; el incumplimiento de la misma constituye un comportamiento internacionalmente ilícito. Sin embargo, la sentencia deja a los Estados Unidos la elección de los medios para implementarla, sin excluir la introducción, en un plazo razonable, de legislación adecuada, de ser necesario en virtud del derecho constitucional interno. Por otra parte, la sentencia de *Avena* tampoco impide la aplicabilidad directa (*direct enforceability*) de la obligación en cuestión, si tal efecto es autorizado por la legislación nacional³¹.

En definitiva no es posible encontrar en el derecho internacional una obligación convencional o consuetudinaria, de carácter general, de otorgar efecto directo a los tratados internacionales. De hecho, ni siquiera existe una obligación genérica de incorporar el derecho internacional al

³⁰ NOLLKAEMPER, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford University Press (2011), p. 125. El texto en inglés es el siguiente: “The neutrality of customary international law in this respect [about direct effect] is simply a reflection of the continuing significant differences in the practice of states as regards the way in which they give effect to their international obligations. Given these differences, international law could indeed hardly do otherwise than express a liberty. States are at liberty to determine, according to their own national legal systems, whether direct effect is possible at all and, if so, what conditions and consequences apply”.

³¹ Solicitud de interpretación de la Sentencia del 31 de marzo de 2004 del caso *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), I.C.J. Reports 2009, párrafo 44. El texto original en inglés: “The *Avena* Judgment nowhere lays down or implies that the courts in the United States are required to give direct effect to paragraph 153 (9). The obligation laid down in that paragraph is indeed an obligation of result which clearly must be performed unconditionally; non-performance of it constitutes internationally wrongful conduct. However, the Judgment leaves it to the United States to choose the means of implementation, not excluding the introduction within a reasonable time of appropriate legislation, if deemed necessary under domestic constitutional law. Nor moreover does the *Avena* Judgment prevent direct enforceability of the obligation in question, if such an effect is permitted by domestic law”.

derecho interno³². Pero aun si una obligación de otorgar efecto directo de hecho existiera, sería una obligación de carácter internacional y no existiría en el ámbito interno. Esta conclusión se desprende del hecho que el derecho internacional público y el derecho interno de un Estado operan en planos diferentes. Se trata de sistemas jurídicos distintos³³.

Por lo anterior, si un tratado internacional es o no autoejecutable en última instancia es una cuestión que siempre depende de lo que disponga el derecho interno. Por ejemplo, podría existir una obligación internacional de dar efecto directo, pero aquello no habilitaría a un juez a aplicar un tratado; para aplicarlo necesitaría de una regla interna que le permitiera hacerlo.

Si bien no existe una obligación general de otorgar a los tratados internacionales efecto directo, es perfectamente posible que los propios Estados contratantes se obliguen a que la totalidad o parte de las disposiciones de un tratado tengan el estatus de derecho interno y que sean ejecutables como tales por sus tribunales nacionales. Y en este caso la obligación de los Estados será adoptar las medidas que permitan la autoejecutabilidad. Sin embargo, como apunta Thomas Buergenthal, es raro que los Estados establezcan en un tratado detalles sobre su implementación doméstica, i.e. que sus disposiciones deban tener efecto directo, porque a los Estados les interesa el cumplimiento de las obligaciones no la forma en que éste se lleve a cabo³⁴.

³² Como señala Gerald Staberock: “En el derecho internacional general no hay ninguna obligación de incorporar o transformar una norma internacional en derecho doméstico a menos que se establezca explícita o implícitamente”. STABEROCK, Gerald. *Human Rights, Domestic Implementation*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), párrafo 14. El texto en inglés: “Under general international law there is no duty to incorporate or transform an international norm into domestic law unless explicitly or implicitly provided”.

³³ Tal como apunta Anthony Aust: “El derecho convencional y el derecho interno operan en diferentes planos jurídicos. Un tratado crea derechos y obligaciones vinculantes para los Estados y las demás personas jurídicas internacionales. Pero, cuando un tratado confiere derechos o impone obligaciones a personas naturales o jurídicas, sólo se puede otorgar efecto directo a dichos derechos si éstos se han hecho parte de la legislación interna de una parte”. AUST, Anthony. *Handbook of International Law* (2da Edición). Cambridge University Press (2010), p. 74. En inglés: “Treaty law and domestic law operate on different legal levels. A treaty creates rights and obligations binding on States and other international legal persons. But, when a treaty confers rights or imposes obligations on natural or legal persons, the rights can be given effect only if they have been made part of the domestic law of a party.”

³⁴ BUERGENTHAL, op. cit. (nota 26), p. 295.

Algunos tratados que establecen disposiciones sobre autoejecutabilidad

En 1928 la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la Corte Internacional de Justicia, reconoció que los tratados internacionales pueden establecer disposiciones que sean directamente aplicables. En la Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de los Tribunales de Danzig, la Corte debió pronunciarse sobre si un tratado internacional (el “*Beamtenabkommen*”) celebrado entre Polonia y Danzig podía ser invocado directamente en los tribunales de Danzig. El tratado concernía el estatus de ciertos funcionarios de ferrocarril, y de ser autoejecutable permitiría a dichos funcionarios presentar reclamos directamente en los tribunales de Danzig. La Corte señaló que:

Puede admitirse prontamente que, de acuerdo con un principio de derecho internacional bien establecido, el *Beamtenabkommen*, al ser un convenio internacional, no puede, como tal, crear derechos y obligaciones directos para personas privadas. Pero no puede objetarse que el propio objeto de un convenio internacional, de acuerdo con la intención de las Partes contratantes, puede ser la aprobación por las Partes de algunas normas definitivas que creen derechos y obligaciones individuales y que puedan ser ejecutadas por los tribunales nacionales. El hecho de que existe tal intención en el caso presente puede establecerse mediante referencia a los términos del *Beamtenabkommen*³⁵.

En la época en que la Corte emitió esta Opinión Consultiva (1928) el derecho internacional todavía era un derecho eminentemente centrado en el establecimiento de derechos y obligaciones entre los Estados. Era poco frecuente que los Estados se obligaran a otorgar derechos a las personas como ocurre ahora, por ejemplo, en el ámbito de los derechos humanos. Pero ya desde entonces, la Corte admite que los Estados a través de los tratados internacionales pueden establecer derechos y obligaciones a individuos, y señalar de qué forma se harán valer. Cada vez que un tratado establece reglas sobre su aplicación en derecho interno, los Estados partes adquieren una obligación internacional de asegurar que a los titulares de derecho se les permita hacerlos valer en el sistema jurídico doméstico³⁶.

No es frecuente que los Estados acuerden disposiciones sobre autoejecutabilidad en un tratado.

³⁵ Competencia de los Tribunales de Danzig, Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 3 de marzo de 1928, Series B, No. 15, pp. 17-18. Traducción en BUERGENTHAL, op. cit. (nota 26), p. 298.

³⁶ BUERGENTHAL, op. cit. (nota 26), p. 300.

Un ejemplo de norma expresa lo podemos encontrar en el Acuerdo sobre Normas Internacionales de Captura No Cruel celebrado entre la Comunidad Europea, Canadá y la Federación Rusa. En este acuerdo las partes establecieron normas de captura no cruel de animales, requisitos aplicables a los métodos de captura y disposiciones técnicas respecto a los ensayos de métodos de captura, entre otras obligaciones. En términos simples, el acuerdo abarca las trampas utilizadas para capturar animales a efectos de la gestión de la vida silvestre, el control de plagas, y para capturar mamíferos con vistas a su conservación y obtención de pieles, cuero o carne. Las partes del acuerdo sin embargo no consideraron que las disposiciones debieran tener efecto directo en los respectivos derechos domésticos. En el artículo 17(3) las Partes específicamente establecieron que el acuerdo “no es autoejecutable. Cada Parte deberá implementar los compromisos y obligaciones establecidas por este Acuerdo de acuerdo con sus procedimientos internos”³⁷. En este tratado los estados no hacen otra cosa que manifestar su intención de que las disposiciones no puedan ser aplicadas directamente en el ámbito nacional.

Además de las disposiciones específicas en los tratados internacionales, algunos países – particularmente Estados Unidos- al manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado, acompañan declaraciones emitidas por su Senado en el sentido de que ciertas disposiciones tendrán o no el carácter de autoejecutables³⁸. Un ejemplo reciente lo constituye la declaración del Senado al aprobar el acuerdo de protección de inversiones entre Estados Unidos y Ruanda. En dicha declaración, se señala que los artículos 3 a 10 del acuerdo, y todos lo que creen excepciones a los mismos “son autoejecutables pero no confieren un derecho de acción. Todos los demás artículos no son autoejecutables”³⁹. Los artículos mencionados establecen obligaciones entre los Estados para proteger y promover inversiones, i.e. cláusulas que establecen obligaciones de trato nacional, nación más favorecida, trato mínimo internacional, expropiación y compensación, entre otras.

³⁷ Ver Diario Oficial de la Comunidad Europea de 14 de febrero de 1998, L42-46. En inglés se lee: “This Agreement is not self-executing. Each Party shall implement the commitments and obligations arising from this Agreement in accordance with its internal procedures”.

³⁸ Ha existido debate sobre la validez y significado de estas cláusulas. La discusión se puede revisar en VÁSQUEZ, Carlos Manuel. *Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties*. 122 Harvard Law Review 599 (2008), pp. 667-694.

³⁹ La declaración del Senado se puede revisar en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-111erpt8/html/CRPT-111erpt8.htm> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2015]. En inglés se lee: “Articles 3 through 10 of the BIT and other provisions that qualify or create exceptions to these Articles, such as Article 15, are self-executing but do not confer a private right of action. All remaining articles of the BIT are non-self-executing.”

En materia de derechos humanos, también han existido declaraciones por parte del Senado de Estados Unidos respecto al efecto directo del tratado o de ciertas disposiciones del mismo. Por ejemplo, con respecto a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Senado declaró que todas las disposiciones de dicho tratado eran no autoejecutables⁴⁰. Algo más limitada fue la declaración en el caso del Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, en que se declaró que los primeros 16 artículos no eran autoejecutables⁴¹, que en todo caso son los artículos que imponen obligaciones sustantivas en la materia. En el caso del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, declaró que los primeros 27 artículos –que al igual que en el tratado recién mencionado son los que establecen los derechos y obligaciones sustantivas- no eran autoejecutables⁴².

Otros tratados establecen la obligación genérica de conformar el derecho interno de las partes a las disposiciones del tratado, lo que de alguna manera reconoce la posibilidad de que sea necesaria algún tipo de implementación, aunque no necesariamente por vía legislativa. En efecto, este tipo de tratados tampoco exige una determinada forma de implementación, eso depende de cada Estado. Ejemplos de esta categoría de tratados son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos. El PIDCP establece en su artículo 2(2) que:

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

La Convención Americana, en tanto, en su artículo 2 dispone:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones

⁴⁰ La declaración el Senado estadounidense puede consultarse en la página: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec [Fecha de consulta: 23 de abril de 2015].

⁴¹ La declaración el Senado estadounidense puede consultarse en la página: <http://www1.umn.edu/humanrts/usdocs/tortres.html> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2015].

⁴² La declaración del Senado estadounidense puede consultarse en la página: <http://www1.umn.edu/humanrts/usdocs/civiles.html> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2015].

legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Ha sido ampliamente reconocido que ninguno de estos tratados establece un deber de dar efecto directo a sus disposiciones en el derecho interno de los Estados. Como señala Gerald Staberock, “ni el deber de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos ni el derecho a un remedio contenidos en tratados de derechos humanos se ha considerado que implican un deber de hacer el tratado parte directa del derecho doméstico”⁴³. El Comité de Derechos Humanos, órgano supervisor del PIDCP, también ha señalado que “El artículo 2 (...) no exige que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales, mediante la incorporación del Pacto al derecho nacional”⁴⁴. Evidentemente, desde su posición de garantes de estos instrumentos internacionales estos organismos han propiciado que se otorgue efecto directo a los tratados que supervisan⁴⁵, pero eso como una decisión política.

En el caso de la Convención Americana, se aprecian similitudes con el PIDCP, pues su artículo 2 establece el deber de adoptar medidas para garantizar los derechos de la Convención. Pero en este caso han existido interpretaciones contradictorias. Por una parte, Estados Unidos ha sostenido que los derechos de la primera parte de la Convención no son autoejecutables precisamente porque el artículo 2 impone el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En la Conferencia, sus representantes sostuvieron: “en otras palabras, los Estados Unidos no tienen la intención de interpretar los artículos de la Parte I del tratado en el sentido de que tienen aplicación por sí solos”⁴⁶. Sin embargo, esta interpretación no es correcta y no se condice con el tenor del artículo. En realidad, la obligación impuesta por el artículo 2 de la Convención no niega la posibilidad de que las disposiciones del tratado sean autoejecutables, sino que entrega esa

⁴³ STABEROCK, op. cit. (nota 32), párrafo 16. En inglés: “neither the duty to make measures to give effect to the rights nor the right to a remedy contained in human rights treaties have been held to imply a duty to make the treaty a direct part of domestic law”.

⁴⁴ Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos, sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta, párrafo 13. [En línea] Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom31.html> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2015].

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Declaración de Estados Unidos sobre el artículo I, Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, p. 149. Ver también GROSS, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile (1991), p. 67.

opción a cada ordenamiento jurídico nacional, porque establece el deber de adoptar medidas necesarias para garantizar derechos y libertades cuando este goce no estuviere ya garantizado.

A esta conclusión llegó la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 1986 Costa Rica le solicitó una opinión consultiva con respecto a la interpretación del artículo 14(1) de la Convención Americana, sobre el derecho de rectificación o respuesta. Al pronunciar su opinión la Corte determinó que no podía pronunciarse acerca de si esa disposición tenía o no carácter autoejecutable en el derecho interno:

13. La primera pregunta reza así:

¿Debe considerarse que el derecho consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense, según se desprende de las obligaciones que para nuestro país contiene el artículo 1 de dicha Convención?

14. La Corte estima que, tal como está redactada, la pregunta comprende dos cuestiones con significado diverso, las cuales pueden distinguirse claramente. La primera se refiere a la interpretación del artículo 14.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma; y la segunda tiene que ver con la aplicación del artículo 14.1 en el ámbito jurídico interno de Costa Rica. La Corte se limitará a responder sobre la primera cuestión en los términos del artículo 64.1 de la propia Convención, que es el aplicable según se expresó anteriormente. La segunda cuestión, tal como ha sido planteada, se sitúa fuera de la competencia consultiva de la Corte.⁴⁷

La opinión disidente conjunta de los jueces Rafael Nieto y Pedro Nikken –que discreparon con la mayoría acerca de la admisibilidad de la pregunta sometida a la Corte- permite apreciar con mayor nitidez que la pregunta sobre los efectos domésticos de la Convención es algo que compete al derecho nacional y no al derecho internacional, y como este era el caso, la Corte debía abstenerse de responder:

11. La pregunta central es si el derecho consagrado en el artículo 14 “está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense” y, aunque se añade que tal cosa se pregunta a la luz del artículo 1 de la Convención, no es posible contestarla sin referencia expresa a su derecho interno, pues tiene que ver con el sistema a través del cual se puede garantizar, en el orden interno, los compromisos internacionales del Estado, lo que exige determinar si, con arreglo al orden jurídico interno de Costa Rica, es posible hacer valer internamente un derecho ya reconocido en un tratado.

⁴⁷ Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de agosto de 1986, párrafo 14.

[...]

14. Tampoco tiene esto que ver con el carácter *self-executing* de la Convención ni con la manera como se implanta ella en el orden jurídico de los Estados Partes, no solamente porque, no obstante la referencia que a este problema se hace en las consideraciones que originan la consulta, tal cosa no se ha preguntado, sino porque el carácter *self-executing* de un tratado es también, en general y salvo disposición especial del mismo, un problema de derecho interno y no de derecho internacional, pues se refiere a si tal tratado adquiere, dada una específica mecánica interna de aprobación, el carácter de norma interna.

15. En este orden de ideas, consideramos que la primera pregunta no podía ser respondida a través de la interpretación de la Convención sino de la del derecho interno de Costa Rica, en particular de su Constitución y del poder que ésta o la aprobación de la Asamblea Legislativa tengan para dotar de efectividad los tratados de que sea parte tal Estado, así como de la competencia de sus tribunales para aplicarlos. Esa función corresponde a los órganos internos costarricenses, pero está fuera del ámbito de jurisdicción de la Corte.⁴⁸

Entonces, de acuerdo a lo anterior, que una disposición tenga carácter de autoejecutable es una cuestión que depende del derecho doméstico.

A diferencia del deber de requerir una obligación genérica de conformidad del derecho interno impuesta por la Convención Americana y el PIDCP, algunos tratados han ido más allá, estableciendo obligación de legislar en un sentido específico. Un ejemplo de esto lo constituye la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio que exige la dictación de legislación para asegurar el castigo de los delitos que establece. En particular el artículo V dispone:

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las **medidas legislativas necesarias** para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, **y especialmente a establecer sanciones penales eficaces** para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III⁴⁹ (énfasis añadido).

En este tipo de tratados, los Estados se han obligado a dictar disposiciones legales específicas con la finalidad de alcanzar ciertos objetivos. Como explica Pierre-Marie Dupuy, “no se les entrega [a los Estados] ningún poder discrecional para determinar si semejante legislación es

⁴⁸ Opinión disidente conjunta de los jueces Rafael Nieto Navia y Pedro Nikken, a la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 11, 14-15.

⁴⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS 277.

necesaria de acuerdo a las circunstancias fácticas, con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales”⁵⁰.

Esta sección muestra la forma en que algunos tratados se refieren al efecto directo. La práctica demuestra que las referencias explícitas son escasas. También muestra que las referencias al efecto directo se pueden hacer mediante declaraciones que los órganos que intervienen en la aprobación doméstica de tratados formulan. Adicionalmente, los tratados establecen la obligación genérica de conformar el derecho interno a las obligaciones sustantivas del mismo, lo que puede implicar la necesidad de implementación pero en ningún caso una exigencia de otorgar autoejecutabilidad. Finalmente, ciertos tratados exigen una forma de implementación específica, particularmente la dictación de legislación, lo que reconoce que no pueden ser aplicados directamente en el ámbito interno.

Conclusiones

El derecho internacional público contemporáneo se caracteriza por un uso intensivo de los tratados internacionales. Ellos ya no se limitan a regular las relaciones interestatales, sino que han ampliado su ámbito de regulación incluyendo todo tipo de materias. Además han proliferado los tribunales y órganos de supervisión. El derecho internacional ha comenzado a penetrar en el derecho doméstico. Una de las formas en las que ha operado ha sido a través de la autoejecutabilidad. Los tratados pueden ser aplicados directamente por órganos del Estado sin necesidad de implementación legislativa.

Al examinar las fuentes de derecho internacional es posible constatar que no existe obligación general de dar efecto directo a los tratados. Por lo tanto, el efecto directo es una decisión política que queda en manos de cada Estado. Como señala Thomas Buergenthal “la cuestión de saber si una disposición de un tratado es derecho interno ejecutable directamente o auto-ejecutable en un Estado en particular en definitiva sólo puede responderse mediante referencia al derecho de ese

⁵⁰ DUPUY, Pierre-Marie. *International Law and Domestic (Municipal) Law*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), párrafo 45. En inglés: “no discretionary power is left to them [the States] as to whether such legislation is necessary under the factual circumstances in order to fulfil their international obligations”.

país”⁵¹. Por cierto, he señalado más arriba que los tratados pueden establecer disposiciones sobre autoejecutabilidad. Pero esas disposiciones tienen efectos en el derecho internacional, esto es, son obligaciones de carácter internacional de los Estados. Para que los órganos del Estado puedan aplicar una regla de un tratado siempre deben contar con una doméstica que los habilite a hacerlo.

Los diferentes ordenamientos constitucionales y sus reglas sobre la posición del derecho internacional en cada derecho interno explican que el efecto directo sea una cuestión entregada a los derechos domésticos. Por otro lado, consideraciones de legitimidad apoyan esta solución:

Consideraciones de legitimidad permiten comprender que el efecto directo y la interpretación consistente son cuestiones que deben resolverse sobre la base del derecho constitucional interno. El posicionamiento del orden jurídico nacional dentro de un mundo más amplio afecta necesariamente cuestiones fundamentales como la democracia, la autodeterminación, y la auto-comprensión de la ciudadanía. Por esa razón el posicionamiento debería ocurrir sobre la base de aquellas normas que gozan de la mayor legitimidad para ese grupo, es decir -al menos en la mayoría de las democracias liberales- las normas establecidas por la Constitución nacional⁵².

En efecto, he descrito los cuestionamientos de legitimidad que se formulan a las reglas internacionales. El efecto directo acentúa las preguntas sobre legitimidad porque hace que las normas internacionales sean aplicadas sin más en el derecho doméstico. Corresponde analizar ahora cómo los Estados están abordando el efecto directo de los tratados.

⁵¹ BUERGENTHAL, op. cit. (nota 26), p. 296.

⁵² VON BOGDANDY, Armin. *Pluralism, direct effect, and the ultimate to say: on the relationship between international and domestic law*. International Journal of Constitutional Law, Vol. 6, Nos. 3-4 (2008), p. 403. El texto en inglés es el siguiente: “Legitimacy considerations support conceiving of direct effect and consistent interpretation as issues to be decided on the basis of domestic constitutional law. The positioning of a domestic legal order within the wider world necessarily affects fundamental issues such as democracy, self-determination, and the self-understanding of the citizenry. For that reason the positioning should happen on the basis of those norms that enjoy the highest legitimacy for that group, that is –at least in most liberal democracies- the norms established by the domestic constitution”.

CAPÍTULO II

EL EFECTO DIRECTO EN EL DERECHO COMPARADO

El capítulo anterior concluyó señalando que la aplicabilidad directa de un tratado es una cuestión determinada por el derecho doméstico. Si un tratado contiene la obligación de otorgar efecto directo a sus disposiciones, ésta es una obligación internacional. Otorgar o no efecto directo a los tratados es una decisión política que depende de cada Estado. La decisión de otorgar efecto directo admite matices: puede haber un rechazo o aceptación total a otorgarlo pero también una aceptación condicional. El objetivo de este capítulo es examinar las respuestas que han surgido en el derecho comparado para determinar la aplicación directa de tratados.

Una distinción clásica para analizar el efecto directo en los distintos sistemas jurídicos es la dicotomía monismo-dualismo relativa a la incorporación del derecho internacional en los ordenamientos internos⁵³. Para la visión monista, el derecho internacional y el derecho doméstico son parte de un mismo sistema jurídico: un tratado tiene validez doméstica, es incorporado, tras su ratificación sin que sea necesario un acto de transformación en una regla de derecho interno. Para el dualismo en cambio, se trata de dos sistemas jurídicos distintos, y los tratados sólo son válidos en el derecho doméstico cuando han sido transformados en derecho interno a través de la dictación de una ley u otro mecanismo que la convierta en regla interna. Esta distinción a efectos del análisis del efecto directo es, a mi juicio, engañosa. Por definición, en un sistema dualista los tratados internacionales no tienen efecto directo: ellos no son parte del derecho interno⁵⁴. Y una vez que se hacen parte, el acto transformador puede no resolver la pregunta acerca de la autoejecutabilidad. En los sistemas monistas, por su parte, la incorporación automática no tiene como consecuencia necesaria ni inmediata el efecto directo. Esto todavía depende de lo que el derecho interno diga sobre la aplicación de los tratados. Por lo tanto esta clasificación no resulta útil para analizar el efecto directo ni es suficiente para dar cuenta de la complejidad de sus consecuencias.

⁵³ Algunos autores señalan que ambas teorías resultan insatisfactorias para explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Ver por ejemplo KLABBERS, op. cit. (nota 21), pp. 292-297 y VON BOGDANDY, op. cit. (nota 52), pp. 399-401.

⁵⁴ Esto no obsta a que una norma interna pueda establecer un reenvío a una norma de derecho internacional público haciéndola directamente aplicable. Cf. DUPUY, op. cit. (nota 50), párrafo 19.

Lo que sí resulta claro es que la incorporación al derecho interno es una condición necesaria pero no suficiente para que un tratado internacional pueda tener efecto directo ante los tribunales nacionales. La incorporación depende de lo que cada Constitución disponga porque, como explica Anthony Aust, cuando un tratado ha entrado en vigor para un Estado esto no significa que sea parte de su derecho interno⁵⁵. La entrada en vigor sólo indica que el tratado obliga al Estado en el derecho internacional, no que éste se haya incorporado al derecho interno. Cuando se analizan los tratados internacionales desde una perspectiva doméstica, es claro que ellos derivan su fuerza normativa de la Constitución del Estado. Citando a Duncan Hollis, “de hecho, cuando se ve desde una perspectiva nacional, los tratados derivan su fuerza de la constitución del estado o de su marco constitucional. La constitución, no el derecho internacional, determinará si se incorporan y cuándo los tratados en el ordenamiento jurídico nacional”⁵⁶.

Es necesario tener presente que algunos tratados internacionales que, por su contenido, no necesitan tener efecto alguno en el derecho doméstico de un Estado. Es el caso, por ejemplo, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pero muchos tratados sí tienen impacto en el derecho interno. Una primera condición, ya mencionada, que los habilita a ser autoejecutables es que necesitan ser reconocidos por las disposiciones constitucionales pertinentes como fuente de derecho. Luego, surge la pregunta sobre si pueden ser aplicados directamente. Para responder a esta pregunta los Estados han adoptado normas o criterios que establecen cuándo un tratado puede ser aplicado por sus órganos, particularmente por los tribunales.

Este capítulo se estructura de la siguiente forma: en primer lugar se analizará la práctica sobre autoejecutabilidad de ciertos sistemas jurídicos que se distinguen por su grado de apertura hacia el derecho internacional. En este sentido se revisa la práctica del Reino Unido (que rechaza la incorporación del derecho internacional), de Estados Unidos (que acepta su incorporación pero establece límites a su aplicación), de los Países Bajos (que suele ser caracterizado por su apertura hacia el derecho internacional) y del derecho de la Unión Europea como un caso especial en lo

⁵⁵ Cf. AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice* (1ra edición). Cambridge University Press (2000), p. 143.

⁵⁶ HOLLIS, op. cit. (nota 13), p. 39. La cita original en inglés: “indeed, when viewed from a national perspective, treaties derive their force from a state’s constitution or constitutional framework. The constitution, not international law, will dictate whether and when to incorporate treaties into the national legal order”. Lo mismo se aplica cuando un determinado ordenamiento otorga una posición jerárquica superior a la ley o la Constitución: es ésta la que realiza esta decisión.

relativo al efecto directo. También se revisan las razones que explican los criterios que utilizan para determinar si un tratado es o no autoejecutable. En segundo lugar se expondrá un resumen de los criterios que han sido utilizados en el derecho comparado para determinar las condiciones bajo las cuales un tratado puede ser directamente aplicado. Finalmente, se advierte que en ningún caso las descripciones expuestas tienen un afán de exhaustividad.

Reino Unido

La respuesta a la pregunta por la aplicación directa de los tratados internacionales en el Reino Unido encuentra una respuesta categórica: ningún tratado internacional tiene efecto directo. Los tratados internacionales no son parte del derecho británico como tales; para que puedan operar en el ámbito interno es necesario que se transformen en derecho interno a través de un acto legislativo. Lo que aplican los tribunales ingleses son disposiciones legales y no el tratado como fuente autónoma de derecho.

Este modelo es consecuencia de la distribución de poderes en dicho Estado. La capacidad para concluir tratados es una prerrogativa, esto es, un tipo de facultad que sólo es atribuida a la Corona⁵⁷. Es éste órgano el que negocia y celebra los tratados (en los hechos, lo hace el Gobierno⁵⁸), determinando así las obligaciones internacionales del Estado. El cumplimiento de estas obligaciones, también es una prerrogativa, y ningún sujeto puede reclamar ante los tribunales que un tratado no está siendo cumplido o lo está siendo imperfectamente⁵⁹. Sólo existe intervención del Parlamento cuando un tratado requiera ratificación u otra manifestación de consentimiento distinta a la firma, en esos casos se postergará dicha manifestación por 21 días, dando la posibilidad a que el Parlamento conozca las intenciones del Ejecutivo. Con todo quien ratifica es la Corona y no el Parlamento, el que –como apunta Rosalyn Higgins- tiene un rol más bien pasivo y formal⁶⁰.

⁵⁷ HIGGINS, Rosalyn. 'United Kingdom'. En HIGGINS, Rosalyn. *Themes and Theories, Selected Essays, Speeches and Writings in International Law*. Oxford University Press (2009), p. 812.

⁵⁸ Cf. <https://www.gov.uk/guidance/uk-treaties> [Fecha de consulta: 30 de abril de 2015]

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 813.

⁶⁰ *Ibíd.*

El principio del derecho constitucional británico según el cual es esencial que exista un Acto del Parlamento para que un tratado sea parte del derecho inglés fue expresado notablemente por Lord Oliver en la decisión de la *House of Lords* en el caso *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry*:

Como cuestión de derecho constitucional del Reino Unido, la prerrogativa real, si bien abarca la celebración de tratados, no se extiende a la modificación de la ley o a conferir derechos a individuos o a privar a los mismos de los derechos que gozan en el derecho interno, sin la intervención del Parlamento. Los tratados, como se expresa a veces, no son autoejecutables. En pocas palabras, un tratado no es parte de la derecho inglés a menos y hasta que se haya incorporado a la legislación a través de leyes⁶¹.

En el mismo sentido, Lord Denning en el caso *Blackburn v. Attorney-General* sostuvo que “es elemental que estos tribunales no consideren a los tratados como tales. Consideramos los tratados cuando éstos se incorporan en la forma de leyes promulgadas por el Parlamento, y sólo en la medida en que el Parlamento nos lo indica”⁶². Por lo tanto, si el Ejecutivo quiere que los tribunales ‘consideren’ un tratado será necesario que éstos se transformen en derecho inglés. Esta transformación puede ser adoptada a través de diversas formas, todas las cuales suponen algún tipo de legislación⁶³. Como ha resaltado Higgins, el Parlamento es supremo en esta materia. Puede incluso legislar de manera inconsistente con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales⁶⁴.

⁶¹ Citado en SHAW, Malcolm N. *International Law* (6ta Edición). Cambridge University Press (2008), p. 150. Mi traducción. En inglés se lee: “As a matter of the constitutional law of the United Kingdom, the royal prerogative, whilst it embraces the making of treaties, does not extend to altering the law or conferring rights on individual or depriving individuals of rights which they enjoy in domestic law without the intervention of Parliament. Treaties, as it is sometimes expressed, are not self-executing. Quite simply, a treaty is not part of English law unless and until it has been incorporated into the law by legislation”.

⁶² Citado en CLAES, Monica. *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*. Hart Publishing (2006), p. 171. Mi traducción. La cita en inglés: “it is elementary that these courts take no notice of treaties as such. We take notice of treaties until they are embodied in laws enacted by Parliament, and then only to the extent that Parliament tell us”.

⁶³ Cf. HIGGINS, op. cit. (nota 57), pp. 815-818.

⁶⁴ En palabras de la autora: “En el Reino Unido el Parlamento es supremo. Puede aprobar una ley que sea incompatible con las obligaciones de tratados internacionales (aunque no lo hará a la ligera). Las obligaciones convencionales siguen obligando al Reino Unido a nivel internacional”. HIGGINS, op. cit. (nota 57), pp. 818-819. En inglés: “In the United Kingdom Parliament is supreme. It can pass legislation that is inconsistent with international treaty obligations (though it will not lightly do so). The treaty obligations continue to bind the United Kingdom at the international level”.

Con todo, la incorporación de un tratado internacional no siempre será necesario. Existen tratados que sólo operan en el plano internacional y por tanto no requieren ningún efecto doméstico. Del mismo modo, si un tratado establece la obligación de proteger ciertos derechos o adoptar ciertas medidas dentro de su sistema jurídico y estos derechos ya se encuentran protegidos o las medidas han sido adoptadas, legislación adicional sería superflua⁶⁵.

¿Cuál es el fundamento de la práctica británica? ¿Qué explica este modelo en que los tratados no son parte del derecho interno? Mientras que la potestad constitucional para celebrar tratados internacionales está radicada en la Corona (en los hechos, en el Gobierno), el Parlamento es el órgano encargado de legislar. De esto se sigue que si los tratados fueran aplicables directamente en el Estado tras su ratificación, el Ejecutivo podría legislar sin el Parlamento⁶⁶. Este es el punto crucial en la estructura de la distribución de competencias inglesa: la creación del derecho es una función exclusiva del legislativo. De esta manera la legislación puede controlar los efectos domésticos de los tratados.

Este análisis es válido también para los países que formaban parte de la *Commonwealth* como Australia, Canadá o India y otros como Israel que han seguido la regla británica⁶⁷. Por ejemplo, en Australia se ha señalado lo siguiente por sus tribunales:

Está bien establecido que las disposiciones de un tratado internacional, del cual Australia es parte, no forman parte del derecho australiano, a menos que esas disposiciones hayan sido válidamente incorporadas a nuestra legislación interna mediante una ley. Este principio tiene sustento en nuestro sistema constitucional en el que la celebración y ratificación de los tratados caen dentro de la competencia del Ejecutivo en el ejercicio de su facultad prerrogativa mientras que la creación y modificación de la ley caen dentro de la competencia del Parlamento, no del Ejecutivo. Así, un tratado que no se ha incorporado a nuestro derecho interno no puede funcionar como una fuente directa de derechos y obligaciones individuales bajo ese derecho⁶⁸.

⁶⁵ Cf. SLOSS, David (Ed.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*. Cambridge University Press (2009), p. 17. El Reino Unido por ejemplo ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1951, pero recién en 1998 lo incorporó al derecho doméstico luego de perder casos ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁶⁶ Cf. SHAW, op. cit. (nota 61), p. 148. Ver también BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law* (7ta edición). Oxford University Press (2008), p. 45.

⁶⁷ Cf. SLOSS, op. cit., p. 7.

⁶⁸ La cita corresponde a lo fallado en el caso *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh* (1995), citado por SLOSS, op. cit., p. 130. En inglés: It is well established that the provisions of an international treaty to which Australia is a party do not form part of Australian law unless those provisions have been validly incorporated into our municipal law by statute. This principle has the foundation in our constitutional system that the making and

El autoejecutabilidad en estos sistemas jurídicos simplemente no existe. Esto da cuenta por un lado de una división más estricta de la competencia entre la celebración de tratados y la de legislación. La función legislativa corresponde únicamente al Parlamento y su rol no puede ser reemplazado por el Gobierno a través de la celebración de tratados. Por otro lado, el que los tratados internacionales necesariamente deban ser incorporados antes de poder ser aplicados por los tribunales suple cualquier duda que pueda existir acerca del déficit democrático del derecho internacional. Los tribunales sólo aplicarán normas domésticas que han sido adoptadas a través de los procedimientos constitucionales correspondientes y con la intervención de órganos elegidos democráticamente.

La experiencia británica muestra adicionalmente que la necesidad de incorporación tiene como efecto un análisis sobre la conveniencia de hacerse parte de un tratado y un análisis detallado sobre la necesidad de nueva legislación que permita que las disposiciones sean aplicadas en el derecho doméstico. Como señala Aust, “se trata de una práctica británica invariable no ratificar un tratado hasta que tal legislación haya sido dictada”⁶⁹.

Estados Unidos

En Estados Unidos, la relación entre el derecho interno y el derecho internacional se encuentra regida por la así llamada *Cláusula de Supremacía* establecida en la Constitución, la cual dispone lo siguiente:

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se dicten en su conformidad; y todos los tratados concluidos o que se concluyan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán el supremo derecho del país; y los jueces en todo estado estarán obligados por el mismo, no obstante cualquier otra cosa en contrario en la constitución o leyes de cualquier estado⁷⁰.

ratification of treaties fall within the province of the Executive in the exercise of its prerogative power whereas the making and alteration of the law fall within the province of Parliament, not the Executive. So, a treaty which has not been incorporated into our municipal law cannot operate as a direct source of individual rights and obligations under that law”.

⁶⁹ AUST, Anthony. ‘*United Kingdom*’. En SLOSS (Ed.), op. cit. (nota 65), p. 486. Cita en inglés: “it is an invariable British practice never to ratify a treaty until any such legislation has first been made”

⁷⁰ Artículo VI, cláusula 2° de la Constitución de los Estados Unidos de América. La traducción pertenece al profesor Rodrigo Correa. Ver CORREA, op. cit. (nota 19), pp. 257-258.

Esta cláusula incorpora a los tratados internacionales como fuente del derecho del país y los deja, en principio, en condición de ser aplicados por los tribunales⁷¹. El origen de la misma obedece a los problemas que generaron los Artículos de la Confederación, que dieron al Congreso el poder para celebrar tratados pero no establecieron un mecanismo para su cumplimiento, lo que provocó que los estados federales pudieran violarlos causando problemas al país⁷². En virtud de la Cláusula de Supremacía los tratados pasaron a ser ejecutados por los tribunales sin la necesidad de implementación legislativa o un acto de transformación en derecho doméstico. En este sentido, la autoejecutabilidad opera a modo de distribución de competencias: la suscripción de tratados queda entregada a los órganos federales (el Ejecutivo y el Senado) mientras que su aplicación queda en manos de los tribunales⁷³. Pero existen casos en que esa distribución se vería alterada si un tratado fuera aplicado directamente. En esos casos será el Congreso y no los tribunales los que deberán implementar el tratado mediante la dictación de una ley. Por eso han surgido diversos criterios que buscan resguardar la distribución de poderes que efectúa la Constitución.

El concepto de autoejecutabilidad surgió por primera vez en la historia precisamente en Estados Unidos, pocas décadas después de su independencia. Fue en 1829, en el caso *Foster v. Neilson*, en que el juez Marshall distinguió entre tratados autoejecutables y no autoejecutables:

Nuestra constitución declara a los tratados como derecho del país. Por tanto, serán considerados en los tribunales de justicia como equivalentes a un acto de la legislatura, siempre que operen por sí mismos sin la ayuda de ninguna disposición legislativa. Pero cuando los términos de una estipulación importan un contrato, cuando cualquiera de las partes se obliga a ejecutar un acto particular, el tratado se

⁷¹ VÁSQUEZ, op. cit. (nota 38), pp. 605-606.

⁷² VÁSQUEZ, op. cit. (nota 38), p. 617.

⁷³ Para algunos la cláusula de supremacía sólo se limita a hacer obligatorios los tratados internacionales para los estados, no implica que puedan ser aplicados por los tribunales. Para los objetivos de esta memoria no interesa analizar esta controversia. Esta visión puede ser consultada en YOO, John C. *Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding*. 99 Columbia Law Review 1955 (1999). Disponible en <http://works.bepress.com/johnyoo/25> [Fecha de consulta: 25 de abril de 2015]. Ver también YOO, John C. *Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non-Self-Execution*. 99 Columbia Law Review 2218 (1999). Disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3187&context=facpubs> [Fecha de consulta: 25 de abril de 2015].

dirige al órgano político, no al judicial, y la legislatura debe ejecutar el tratado antes de que éste pueda devenir una regla para la Corte⁷⁴.

A partir de este caso, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado varios criterios que dan cuenta de que se trata de un tema constitucional complejo que busca asegurar que la distribución de competencias sea respetada.

Un primer criterio se refiere a tratados que no confieren un derecho de acción que permita que se aplique el tratado directamente. Si el tratado no otorga a un demandante algún remedio, ya sea explícita o implícitamente, y ninguna ley lo autoriza, no será autoejecutable⁷⁵. En palabras de la Corte Suprema estadounidense: “Cuando un tratado no proporciona un remedio en particular, ya sea expresa o implícitamente, no corresponde a los tribunales federales imponer uno a los Estados a través de legislación de su propia creación”⁷⁶. Bajo este criterio, otorgar efecto directo al tratado implicaría que los tribunales tendrían que crear derecho, crear un remedio, lo que excedería sus atribuciones.

Un segundo criterio para negar efecto directo consiste en tratados que abordan materias que, de acuerdo a la Constitución, están reservadas al poder legislativo⁷⁷. Por ejemplo, sería el caso de la penalización de cierta conducta, porque los tribunales han determinado que esto sólo se puede efectuar mediante una ley. De este modo, si un tratado busca criminalizar una conducta, no será efectivo hasta que exista implementación por parte del Congreso. El fundamento de este criterio es nuevamente la distribución de competencias efectuada por la Constitución entre los órganos legislativos (*lawmakers*) y los órganos que celebran tratados (*treatymakers*). De acuerdo a la Constitución existen materias que son de exclusiva competencia de los primeros. Como señala

⁷⁴ Caso *Foster v. Neilson*, 2 Pet. (27 U.S.) 253 (1829), 314. Original en inglés: “Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract—when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department; and the legislature must execute the contract, before it can become a rule for the Court”.

⁷⁵ Cf. VÁSQUEZ, op. cit. (nota 38), p. 630; ver también VÁSQUEZ, Carlos Manuel. *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*. 89 *American Journal of International Law* (1995), pp. 719-722.

⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema en el caso *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 126 S. Ct. 2669 (2006), 2680. Las palabras de la Corte en inglés: “Where a treaty does not provide a particular remedy, either expressly or implicitly, it is not for the federal courts to impose one on the States through lawmaking of their own”.

⁷⁷ Cf. VÁSQUEZ, *Treaties as Law of the Land*, op. cit. (nota 38), p. 630; VÁSQUEZ, *The Four Doctrines*, op. cit. (nota 75), pp. 718-719.

Carlos Manuel Vásquez, en este caso “el cumplimiento del tratado por parte de Estados Unidos no es imposible, pero la Constitución exige una ley del Congreso”⁷⁸.

El tercer criterio también tiene su fundamento en la Constitución y se trata de tratados que imponen obligaciones que no son justiciables, porque ellas importan hacer juicios de naturaleza política⁷⁹. Ejemplos de estos tratados son aquellos que invitan a las partes a “hacer sus mejores esfuerzos” para conseguir ciertos fines. Determinar cuál es el mejor esfuerzo que el país está en condiciones de realizar requiere considerar los distintos objetivos que el mismo puede tener y los recursos con los que cuente, y este es un juicio que deben hacer los órganos políticos, no los tribunales⁸⁰. Además, un tratado puede ser no justiciable si es demasiado vago para ser aplicado judicialmente. Este tipo de tratados implícitamente deja a los estados partes discreción sobre la manera de cumplir. Y el ejercicio de esta discreción corresponde a los órganos políticos⁸¹.

Un cuarto criterio dispone que los tratados no son autoejecutables cuando, de acuerdo al tratado mismo, es necesaria implementación legislativa⁸². Esto lo diferencia de los criterios anteriores porque en ellos la exigencia de implementación proviene de la Constitución. Parafraseando al Juez Marshall, este criterio opera cuando los tratados se dirigen a los órganos políticos y no al judicial. Los jueces, entonces, deberán mirar lo que el tratado dispone sobre la necesidad de implementación. Bajo este criterio, dado que en la mayoría de los casos el texto de los tratados dice poco o nada sobre la necesidad de actos legislativos, los tribunales también consideran la intención de los Estados Partes⁸³ e incluso a veces sólo consideran la intención del ejecutivo o del Sentado estadounidense⁸⁴.

⁷⁸ Cf. VÁSQUEZ, *The Four Doctrines*, op. cit. (nota 75), p. 718. En inglés: “compliance by the United States with the treaty is not impossible, but the Constitution requires an act of Congress”.

⁷⁹ Cf. VÁSQUEZ, *Treaties as Law of the Land*, op. cit. (nota 38), p. 631; VÁSQUEZ, *The Four Doctrines*, op. cit. (nota 75), pp. 710-718.

⁸⁰ Cf. VÁSQUEZ, *Treaties as Law of the Land*, op. cit. (nota 38), p. 631

⁸¹ Cf. *Ibid.*

⁸² Cf. VÁSQUEZ, *Treaties as Law of the Land*, op. cit. (nota 38), pp. 631-632.

⁸³ Cf. VÁSQUEZ, *The Four Doctrines*, op. cit. (nota 75), pp. 700-710.

⁸⁴ BRADLEY, Curtis A. *Intent, Presumptions and Non-Self-Executing Treaties*. 102 American Journal of International Law 540 (2008), p. 544.

Como se puede concluir, todos los criterios utilizados en el derecho estadounidense surgen a partir de las reflexiones sobre los márgenes que configura la Constitución y la estructura de separación de poderes para la aplicación directa de los tratados⁸⁵.

El Reino de los Países Bajos

Si el Reino Unido se caracteriza por negar la incorporación del derecho internacional en el derecho doméstico, en el extremo opuesto se encuentra el Reino de los Países Bajos que se caracteriza por su apertura hacia el derecho internacional. La Constitución de los Países Bajos dispone incluso que, en ciertas condiciones, los tratados internacionales tienen una posición jerárquica superior a la de la propia Constitución y hace inaplicables a las normas domésticas que contradigan disposiciones de un tratado⁸⁶. La apertura hacia el derecho internacional también se manifiesta en lo que al efecto directo se refiere. Esto llevaría a pensar que todos los tratados tienen efecto directo, y que el derecho internacional es supremo con respecto a todas las normas. Pero la práctica demuestra que incluso en los países que reciben de forma tan abierta el derecho internacional existen límites a la aplicación del mismo.

La autoejecutabilidad encuentra fundamento constitucional en el artículo 93 de la Constitución holandesa que declara que las “disposiciones de los tratados y resoluciones de instituciones internacionales que sean vinculantes para todas las personas en virtud de sus contenidos, serán vinculantes luego que hayan sido publicadas”⁸⁷. La interpretación de la jurisprudencia indica que una disposición de un tratado tiene que ser lo suficientemente clara para servir como “derecho objetivo” en el ordenamiento jurídico interno⁸⁸. De acuerdo a André Nollkaemper este test cumple dos funciones. Por un lado limita el poder de los tribunales para revisar políticas

⁸⁵ El último gran hito en la discusión acerca de la autoejecutabilidad en el derecho estadounidense fue la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Medellín v. Texas*, la que se discute en el capítulo V de esta memoria. Ver *infra*, pp. 118 y ss.

⁸⁶ El artículo 94 de la Constitución dispone que: “Las normas legales en vigor en el Reino no serán aplicables si esta aplicación está en conflicto con las disposiciones de tratados que son vinculantes para todas las personas o con resoluciones de instituciones internacionales”. En inglés el artículo dispone: “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions”.

⁸⁷ Art. 93 de la Constitución del Reino de los Países Bajos. En inglés se lee: “Provisions of treaties and resolutions of international institutions that are binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published”.

⁸⁸ NOLLKAEMPER, André. ‘*The Netherlands*’. En: SLOSS (Ed.), op. cit. (nota 65), p. 333.

gubernamentales, respetando así el principio de separación de poderes. Por otro lado, resguarda el principio de seguridad jurídica en la medida que sólo podrán ser aplicadas disposiciones que permitan a los ciudadanos saber qué conductas están permitidas y cuáles prohibidas. En palabras del autor:

Los tribunales, en principio, revisarán la política gubernamental sólo contra aquellas disposiciones de un tratado que sean lo suficientemente claras y no necesiten de implementación por parte del poder legislativo. El fundamento de esta restricción es la separación de poderes. El permitir que los tribunales hicieran valer (*enforce*) disposiciones de un tratado que estén vagamente formuladas les daría un rol cuasi-legislativo [...]. En segundo lugar, la doctrina del efecto directo se basa en el principio de notificación y de seguridad jurídica. Las disposiciones de un tratado pueden aplicarse para regular la conducta privada sólo cuando ellas son lo suficientemente claras, en virtud de su contenido, permitiendo a los particulares determinar qué conducta está permitida o prohibida⁸⁹.

Para determinar si una disposición puede ser aplicada directamente, la jurisprudencia ha recurrido a diversos criterios. La Corte Suprema holandesa ha señalado que el punto de partida del análisis es la intención de las Partes contratantes y si no es posible determinar dicha intención, si una disposición es autoejecutable deberá ser determinado de acuerdo al contenido de la misma⁹⁰. La exigencia en este sentido es que la disposición sea clara y que pueda servir como ‘derecho objetivo’ sin requerir adaptación del derecho interno. Si los tribunales aplicaran normas demasiado abiertas o sin claridad suficiente estarían arrogándose competencias legislativas⁹¹. Así, por ejemplo, los tribunales han determinado que normas de la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no satisfacen este criterio porque suponen ser implementadas a través de regulación nacional⁹².

Los tribunales holandeses también han rechazado aplicar disposiciones de tratados que le darían a los mismos mayores facultades de las que gozan bajo el derecho nacional. El criterio

⁸⁹ *Ibid.* En inglés: “The courts, in principle, will review governmental policy only against treaty provisions that are sufficiently clear and need no further implementation by the legislative branch. The foundation for this restriction is the separation of powers. Allowing courts to enforce vaguely formulated treaty provisions would give them a quasi-legislative role [...]. Second, the doctrine of direct effect is based on the principle of notice and legal certainty. Treaty provisions can be applied to regulate private conduct only when the provisions are sufficiently clear, by virtue of their contents, that private parties can ascertain what conduct is permitted or prohibited”.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 341.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 341-342.

⁹² *Ibid.*, pp. 343-344.

subyacente es que cualquier aumento de las atribuciones judiciales requeriría legislación adicional con respecto a la organización de la judicatura⁹³. Pero si bien un tratado no puede ampliar facultades sí puede restringir la autoridad judicial. La existencia de mecanismos de solución de controversias creados expresamente por tratados internacionales con la finalidad de extraer los conflictos del conocimiento de los tribunales holandeses, es otro criterio que los tribunales han considerado⁹⁴. Este razonamiento muestra deferencia hacia la voluntad de los órganos encargados de la creación de los tratados.

Finalmente, la necesidad de modificación de una institución jurídica existente ha sido considerada como un elemento relevante para determinar si una disposición es o no autoejecutable. Un ejemplo ilustrativo de este punto es el análisis efectuado por la Corte Suprema de los Países Bajos respecto a la compatibilidad del derecho de familia holandés y la Convención Europea de Derechos Humanos.

Una pareja de mujeres presentó una solicitud de adopción. Una de ellas había quedado embarazada gracias a una inseminación artificial y dio a luz a mellizos. Sin embargo, el Código Civil holandés sólo permitía adoptar a parejas que llevaran casadas al menos cinco años. En ese tiempo el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido. Las solicitantes reclamaron que el requisito de matrimonio para poder adoptar era contrario al derecho a una familia estipulado en el artículo 8 de la Convención Europea. La aplicación directa de este artículo probablemente le habría dado la razón a las solicitantes. Habría llevado a declarar las disposiciones civiles contrarias a la Convención y a dar efecto, en cambio, al artículo 8. Sin embargo la Corte Suprema determinó que en caso de conflicto entre la Convención y disposiciones del derecho holandés no se podría otorgar efecto directo al tratado cuando esto implicara dejar de lado disposiciones que crearan lagunas que solo pueden ser completadas por el legislador. La Corte señaló:

Las medidas necesarias para obtener tal resultado excederían los límites de la capacidad judicial de elaboración de derecho. Por un lado, se debe determinar cuáles son los requisitos que la relación entre la madre adoptante y su pareja tiene que satisfacer (ser o no similar a un matrimonio) con el fin de garantizar su estabilidad, en interés superior del niño. Por otra parte, hay que considerar si de la naturaleza

⁹³ *Ibíd.*, p. 344.

⁹⁴ *Ibíd.*

especial de esta forma de adopción, que abandona la noción de origen, debiera seguirse que no se rompe todo vínculo con el padre biológico, en su defecto -en la situación en la que convivencia involucra dos varones, que el vínculo con la madre biológica como cuestión de derecho de familia debe permanecer. Tanto los intereses de esta persona como los del niño necesitan ser tomados en cuenta. Además, el contexto más amplio del derecho sucesorio, en general, debe ser considerado⁹⁵ (énfasis añadido).

Es interesante notar que pese a la posibilidad de efecto directo y la supremacía de los tratados, la legislación es la forma usual de cumplir con las obligaciones internacionales y que los tribunales y el ejecutivo finalmente aplican el derecho holandés en lugar de las normas internacionales subyacentes⁹⁶.

Esto da cuenta, a mi juicio, de que este sistema jurídico reconoce que la aplicación de tratados internacionales reclama legitimación democrática. En este sentido, no es suficiente cumplir con los trámites domésticos de aprobación de los tratados internacionales. Es necesario respetar principios constitucionales que rigen la actividad estatal. Esto se puede lograr a través de la dictación de legislación que regule los efectos domésticos de los tratados internacionales, por un lado y por otro a través de negar el efecto directo cuando principios constitucionales como la separación de poderes se puedan ver afectados. El derecho internacional, en definitiva no es algo que se tome a la ligera.

⁹⁵ Hoge Raad (Supreme Court) 5.9.1997, NJ 1998/686. Citado en NOLLKAEMPER, André. *The Direct Effect of Public International Law*. En: PRINSEN, Joland y SCHRAUWEN, Annette (Eds.). *Direct Effect Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*. Europa Law Publishing (2004), p.178. En inglés: “The necessary measures to obtain such a result would exceed the boundaries of the judiciary’s law making capacity. For one thing, it must be determined what requirements of the relationship between the adopting mother and her partner should be satisfied (whether or not similar to a marriage) in order to ensure its stability, in the interests of the child. For another, it must be considered whether it should possibly follow from the special nature of this form of adoption, which abandons the notion of descent, that not all ties with the biological father are severed by the adoption, alternatively –in the situation where the cohabitation involves two males, that the bond with the biological mother as a matter of family law should remain in place. Both the interests of this person and the child need to be taken into account. Furthermore, the wider context of the law of descent in general must be considered”.

⁹⁶ Como señala André Nollkaemper: “La forma habitual en que los Países Bajos cumplen sus obligaciones convencionales es mediante la introducción de legislación que las transforma en derecho interno. El ejecutivo y los tribunales aplican entonces legislación holandesa en lugar de las normas jurídicas internacionales que subyacen a tal legislación”. NOLLKAEMPER, André. *The Netherlands*. En: SLOSS (Ed.), op. cit. (nota 65), p. 335. En inglés: “the usual way in which the Netherlands performs its treaty obligations is by introducing legislation that transforms them into national law. The executive and the courts then apply Dutch law rather than the international legal rules underlying that law”.

El derecho de la Unión Europea

Es interesante analizar también el derecho de la Unión Europea en materia de efecto directo. En este caso no se trata de un Estado, sino de una asociación económica y política que ha llegado a erigirse como un marco cuasi constitucional para sus miembros. En este sentido, el que no se trate de una simple asociación comercial, sino una verdadera unión política tiene manifestaciones en el ámbito jurídico, por ejemplo, con la creación de órganos judiciales y legislativos. Ha sido necesaria la instauración de mecanismos que aseguren que los Estados cumplan con las normas comunitarias, de lo contrario la asociación no sería sustentable. De hecho el concepto de ‘efecto directo’ de los tratados surge en el contexto europeo⁹⁷, aunque como señalé la cuestión había sido ya abordada en Estados Unidos muchos años atrás.

Para entender correctamente la lógica del efecto directo en el derecho de la Unión Europea, es necesario efectuar una distinción entre las normas del derecho europeo (comunitarias) y las normas del derecho internacional público. La cuestión será analizada en ese orden.

En cuanto al derecho comunitario, esto es, aquellas normas que la propia asociación impone a sus miembros, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea sostuvo, a los pocos años de la creación de la Comunidad, que los Estados tenían la obligación de aplicar directamente el derecho comunitario. Es por esto que el Reino Unido, un Estado que no acepta el efecto directo, tuvo que adaptar su legislación⁹⁸.

Fue en el caso *Van Gend en Loos*, en el cual la Corte de Justicia de la Comunidad Europea debió determinar por primera vez si el tratado que establecía la Comunidad Económica Europea creaba derechos que los individuos podían hacer valer directamente ante los tribunales nacionales de los Estados miembros de la Comunidad. La Corte consideró que la Comunidad constituía un nuevo ordenamiento jurídico, en el cual los Estados han decidido limitar sus derechos soberanos, y que

⁹⁷ EDWARD, David. *Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations*. En: VVAA. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II. Giuffrè Editore (1998), pp. 425-427.

⁹⁸ En particular fue necesaria la promulgación de la *European Communities Act*, en 1972, que permitiera a los tribunales domésticos aplicar derecho comunitario.

“el derecho comunitario [...] al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico”⁹⁹.

Esta postura fue reafirmada y profundizada por la misma Corte en el caso *Costa v. Enel*. En dicho caso la Corte debió resolver si acaso un tribunal italiano estaba obligado a aplicar una ley nacional que contradecía el Tratado de la Comunidad Económica Europea, pero que era posterior a dicho a tratado. La respuesta de la Corte fue elocuente:

Por contraste con los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha creado su propio sistema legal que, al entrar en vigencia el Tratado, se hizo parte integral de los sistemas legales de los Estados Miembros y que sus tribunales están obligados a aplicar.

Al buscar una Comunidad de duración ilimitada, con su propia personalidad, su propia capacidad legal y capacidad de representación en el plano internacional y, más en particular, poderes reales que brotan de una limitación de soberanía o de una transferencia de poderes de los Estados a la Comunidad, los Estados Miembros han limitado sus derechos soberanos, si bien dentro de campos limitados, y han creado así un cuerpo jurídico que obliga tanto a sus ciudadanos como a ellos mismos.

[...]

La transferencia por parte de los Estados de su sistema legal interno al sistema legal de la Comunidad de los derechos y obligaciones que surgen bajo el tratado lleva consigo una limitación permanente de sus derechos soberanos, en contra de la cual un acto unilateral subsiguiente incompatible con el concepto de la Comunidad no puede prevalecer¹⁰⁰.

Las razones que motivan la obligación de otorgar efecto directo y supremacía al derecho comunitario se evidencian en los párrafos recién citados. De acuerdo al razonamiento de la Corte, el derecho comunitario constituye un derecho supranacional, un sistema jurídico distinto del derecho doméstico de cada Estado miembro. A este derecho comunitario los Estados miembros han cedido parte de su soberanía y han transferido parte de sus potestades. Esto ha resultado en un ordenamiento jurídico que otorga derechos y obligaciones tanto a los Estados como a los ciudadanos. Un corolario de este ordenamiento jurídico es que las normas del mismo tienen efecto directo en los Estados miembros y por tanto pueden y deben ser aplicadas por sus tribunales domésticos.

⁹⁹ Caso *Van Gend en Loos c. Administración Tributaria neerlandesa*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, párrafo 3.

¹⁰⁰ Caso *Costa c. Enel*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, citado por BUERGENTHAL, op. cit (nota 26), pp. 305-306.

El criterio utilizado por la Corte desde entonces se ha centrado en determinar si la disposición de derecho comunitario fue establecida de manera clara e incondicional, en el sentido que no requiera legislación adicional y su cumplimiento pueda ser inmediato. Así, en el caso *Becker*, la Corte señaló lo siguiente:

Así pues todos los casos en que las disposiciones de una Directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva¹⁰¹.

El efecto directo de las normas comunitarias constituye una excepción a la práctica que asigna al derecho doméstico la potestad de determinar si una norma internacional es o no autoejecutable. Esta excepción deriva, a juicio de la Corte de la Comunidad, de la naturaleza del derecho comunitario.

Pero este no es el mismo análisis que se aplica a las normas de derecho internacional en por la misma Corte. Como señala Jan Klabbers, los padres fundadores de la Comunidad guardaron silencio sobre los efectos del derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la misma: no hay disposición que se refiera a cómo se incorpora el derecho internacional en este ordenamiento¹⁰². El mismo autor sostiene que muchas veces la Corte comparte una visión ‘internacionalista’ pero que también ha sido entusiasta en preservar el carácter único y, cuando ha correspondido, la supremacía del derecho comunitario¹⁰³.

En el caso *Kupferberg* la Corte estableció como criterio que las estipulaciones del tratado relevante fueran incondicionales y lo suficientemente precisas, y que para determinar esto, era necesario considerar el objeto y propósito del tratado y su contexto¹⁰⁴. El efecto directo del derecho internacional difiere del efecto directo del derecho comunitario en que el primero no es, entonces, una consecuencia necesaria del establecimiento de la Unión Europea.

¹⁰¹ Caso *Becker c. Alemania*, Caso No. 8/81, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1982, párrafo 25.

¹⁰² KLABBERS, op. cit. (nota 21), p. 271.

¹⁰³ *Ibid.* Como se verá en el capítulo V este ha sido especialmente el caso en cuanto a la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

¹⁰⁴ KLABBERS, op. cit. (nota 21), p. 282.

Otro ejemplo lo constituye el caso de los derechos humanos. Los Estados miembros de la Unión han ratificado y se encuentran obligados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este Convenio también creó un tribunal internacional que vela por el cumplimiento del mismo: la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). Sin embargo en este acuerdo no se ha encontrado una obligación de otorgar efecto directo a sus disposiciones. La CEDH en el caso *Swedish Engine Drivers' Union* declaró que el Convenio no establecía dicha obligación ni una forma de implementación particular: “ni el artículo 13, ni el Convenio en general, establecen una manera determinada para que los Estados contratantes garanticen dentro de su derecho interno la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones del Convenio”¹⁰⁵. Con respecto a los efectos de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, esto es, si ellas se incorporan o no al derecho comunitario, la Corte Europea de Justicia no lo ha determinado¹⁰⁶. Pero sí ha reconocido implícitamente autoridad a la jurisprudencia de la CEDH, puesto que no existen casos en que se haya opuesto a su jurisprudencia y más bien sigue sus criterios interpretativos¹⁰⁷.

Con respecto a tratados relativos a materias de comercio, la Corte Europea de Justicia se negó a otorgar efecto directo en el derecho comunitario a las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio¹⁰⁸ (GATT, por sus siglas en inglés) y posteriormente reafirmó su postura en el contexto de la Organización Mundial de Comercio¹⁰⁹ (OMC), incluyendo además las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias del mismo organismo¹¹⁰. ¿Qué

¹⁰⁵ Caso *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, Sentencia del 6 de febrero de 1976, párrafo 50. La cita original en inglés: “neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention”.

¹⁰⁶ PETERSEN, Niels. *Determining the Domestic Effect of International Law through the Prism of Legitimacy*. Heidelberg Journal of International Law, Vol. 72, No. 2 (2012), p. 240.

¹⁰⁷ Cf. *Ibíd.*, pp. 240 y ss.

¹⁰⁸ Véase por ejemplo, Caso *International Fruit Company y otros*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1972, Asunto 21-24/73, párrafo 27 (falló que el artículo XI del Acuerdo “no otorga a favor de los justiciables de la Comunidad, el derecho a acogerse a él, ante los órganos jurisdiccionales”).

¹⁰⁹ Véase Caso *República Federal Alemana c. Consejo de la Unión Europea*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1994, Asunto C-280/93, párrafos 103-112; Caso *República Portuguesa c. Consejo de la Unión Europea*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999, párrafo 27 (“este Tribunal de Justicia declaró que las normas del GATT carecen de efecto directo y que los particulares no pueden invocarlas ante los órganos jurisdiccionales”).

¹¹⁰ Véase Caso *Van Parys*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 2005, Asunto C-377/02, párrafo 41. En este caso la Corte declaró que la adopción de la resolución dictada por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC no implicaba que le estuviera otorgando efecto directo: “...la Comunidad no tenía el propósito de asumir

razones tuvo la Corte Europea para rechazar la implementación directa de estas decisiones? La Corte analizó el sistema de solución de controversias que establece la OMC. Por un lado, recalcó que no se trata de un sistema puramente judicial, sino uno en que tiene particular importancia la negociación entre las partes, incluso una vez que el Órgano de Solución de Controversias emite una decisión. Por este motivo, si las decisiones de este Órgano tuvieran efecto directo, privarían a los órganos políticos de la Unión Europea de la posibilidad de negociación bajo el mismo sistema de solución de controversias que establece la OMC¹¹¹. Por otra parte, la Corte consideró que el sistema de la OMC se basa en el principio de reciprocidad, y dado que hay Estados que niegan el efecto directo a este tipo de normas, otorgarle efecto directo en el derecho de la Unión Europea implicaría nuevamente privar a los órganos de la misma de la posibilidad de adoptar distintas posturas al respecto¹¹².

Como conclusión a la práctica europea es posible señalar que la racionalidad subyacente al efecto directo en el contexto del derecho de la Unión Europea es distinta a la de los Estados nacionales. En particular cuando se refiere a las normas comunitarias. Pero en cuanto al criterio utilizado para determinar el efecto directo, una preocupación parece ser persistente: evitar que los tribunales se arroguen facultades legislativas. Cuando una disposición no es precisa ni incondicional, es necesaria la dictación de una ley para que un tribunal pueda aplicarla a un caso concreto.

Los diversos criterios utilizados en el derecho comparado para determinar si un tratado tiene o no efecto directo

Como fue posible apreciar al analizar ciertas prácticas estatales, el derecho comparado ha dado lugar a diversos criterios para determinar si un tratado, o alguna de sus disposiciones, son o no autoejecutables. Analizar la práctica de cada uno de los Estados está por cierto fuera de los límites de esta memoria. Más bien, importa identificar la diversidad de criterios que se han utilizado para determinar el efecto directo. En esta sección se presenta un resumen de dichos

una obligación particular en el marco de la OMC, que pueda justificar una excepción a la imposibilidad de invocar normas de la OMC ante el órgano jurisdiccional comunitario...”

¹¹¹ PETERSEN, op. cit. (nota 106), p. 243.

¹¹² *Ibíd.*

criterios siguiendo el trabajo de Karen Kaiser para la enciclopedia de derecho internacional público del Instituto Max Planck¹¹³ y la práctica de los Estados analizada precedentemente.

1. La intención de las Partes Contratantes

Un primer criterio considerado por diversos tribunales extranjeros señala que es la intención de las partes contratantes de un tratado la que determina si el mismo es o no autoejecutable. Por supuesto, si un tratado exige que las partes otorguen a todas o algunas de sus disposiciones efecto directo o les prohíbe hacerlo, no habrá problema en identificar la intención de las partes. Pero como ya se señaló, no es común que los tratados contengan disposiciones sobre autoejecutabilidad. La regla general es que los tratados no digan nada sobre este punto. Para determinar la intención de las partes los tribunales recurren entonces a otros elementos: por ejemplo, indica Kaiser, el texto o los objetivos del tratado, las circunstancias que rodean la ejecución del mismo, la naturaleza de las obligaciones que impone el acuerdo, la disponibilidad de mecanismos de ejecución, las consecuencias de otorgar un derecho de acción a privados, y la capacidad de los tribunales para resolver la disputa¹¹⁴. En mi opinión, el fundamento de este criterio se encuentra en que los tribunales aplican cierta deferencia en materias internacionales, esto es, persiguen respetar la voluntad de los Estados que han creado el tratado y aplicarlos de la forma en que éstos han buscado que lo sean. Los tribunales parecen entender los tratados bajo una lógica contractual: dado que el consentimiento de estos sujetos es el que da origen al tratado (contrato), corresponde aplicarlo conforme a la voluntad de las partes. Este criterio será criticado en el Capítulo IV.

2. La intención del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo de un Estado

En algunos casos, los tribunales han determinado que si un tratado debe o no tener efecto directo es una cuestión dependiente de la intención que haya tenido el poder ejecutivo o legislativo al manifestar su consentimiento. Anteriormente se indicó que en Estados Unidos ha surgido la práctica de acompañar junto con la ratificación de un tratado, una declaración que señale si un acuerdo es o no ejecutable o cuáles de sus disposiciones lo son. Como mencioné al analizar la

¹¹³ KAISER, Karen. *Treaties, Direct Applicability*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2013).

¹¹⁴ *Ibid.*, párrafo 13.

práctica estadounidense, uno de los criterios precisamente ha sido la intención de los órganos que participan en la creación del tratado¹¹⁵. Por cierto, son los tribunales quienes tienen la autoridad para interpretar un tratado y definir su aplicación doméstica en un caso concreto y la intención de los otros poderes del Estado no es necesariamente vinculante para ellos. Para Kaiser, la importancia de este criterio depende de si el sistema jurídico de que se trate sea monista o dualista. Para ella, en sistemas dualistas, el hecho de que la participación del parlamento sea una aprobación meramente formal implica que la voluntad legislativa debe ser respetada¹¹⁶. No ocurriría lo mismo en sistemas monistas en que la Constitución prevé que los tratados deben tener efecto directo, en que la intención legislativa no puede ser vinculante¹¹⁷.

3. Claridad y precisión

Buena parte de los tribunales domésticos han sostenido que un tratado debe ser lo suficientemente preciso para que sea directamente aplicable. En general, se considera que un tratado es lo suficientemente preciso si es completo, esto es, si no requiere de regulación adicional y si sus contenidos son precisos. Así un tratado que describe un concepto vago o simplemente expresa principios generales, no cumpliría con el requisito y no podría ser aplicado directamente por un tribunal. Paradójicamente, el criterio de claridad y precisión es un criterio indeterminado: la conclusión de si un tratado es completo no es evidente y depende de la perspectiva que se adopte. Por lo mismo, la aplicación de este criterio ha variado entre Estados y el nivel de precisión exigido difiere considerablemente¹¹⁸. Con todo, el motivo que subyace a este criterio es el mismo. Los tribunales no aplicarán tratados cuyas disposiciones sean incompletas (y deban ser complementados con legislación), de lo contrario estarían arrogándose facultades legislativas. Adicionalmente en estos es necesario considerar la posibilidad de

¹¹⁵ Particularmente, en el reciente caso *Medellín v. Texas* la Corte Suprema de Estados Unidos pareció guiarse por este criterio. Sostuvo que “nuestros casos simplemente requieren que los tribunales decidan si los términos de un tratado reflejan una determinación por parte del Presidente, quien lo negoció, y el Senado que confirmó, que el tratado tiene efecto doméstico”. Caso *Medellín v. Texas*, Sentencia de la Corte Suprema de 25 de marzo de 2008, 128 S. Ct. 1356, 1366. Las palabras de la Corte en inglés: “our cases simply require courts to decide whether a treaty’s terms reflect a determination by the President who negotiated it and the Senate that confirmed it that the treaty has domestic effect”.

¹¹⁶ KAISER, op. cit. (nota 113), párrafo 14.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.*, párrafos 16-17.

afectación al principio de seguridad jurídica que conllevaría la aplicación de disposiciones generales o que simplemente establecen principios.

4. Materia del tratado

La materia sobre la que versa un tratado internacional también ha sido considerada como un criterio para determinar su aplicación directa. Varios tribunales nacionales, indica Kaiser, aplican directamente tratados en materia de derechos humanos y de derecho privado¹¹⁹. Con todo, esto no significa que exista una presunción en favor de la aplicación directa de este tipo de tratados, esto dependerá de las disposiciones de derecho interno relevantes y de la interpretación de ellas. El fundamento a este criterio parece estar en consideraciones políticas, en la conveniencia de dar aplicación a los derechos humanos, pero también en la estructura de este tipo de tratados que buscan establecer derechos que los ciudadanos pueden reclamar de sus Estados. Como se verá más adelante, esto puede no ser suficiente para dar aplicación directa a un tratado. Por otra parte, los tribunales parecen más reticentes a otorgar efecto directo a tratados sobre materias comerciales o económicas, por consideraciones también políticas. Estas son materias manejadas por otros poderes, particularmente el ejecutivo, y que influyen en las relaciones exteriores de un Estado, por lo que los tribunales tienden a autolimitarse.

5. Mecanismo internacional para el cumplimiento del tratado

En algunas ocasiones un tratado ha sido considerado no autoejecutable cuando en él mismo se establece un mecanismo internacional para su cumplimiento. Este podría ser el caso cuando los Estados partes han creado un mecanismo de solución de controversias o cuando han definido el foro internacional para resolverlas. Este mecanismo se podría ver obstruido si los tribunales nacionales aplicaran directamente el tratado, existiendo la posibilidad de interpretaciones contradictorias o disímiles. Cobra particular importancia la intención de los Estados de que sea un órgano específico el que evalúe el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado. La aplicación directa en estos casos por parte de la judicatura también parecería una intromisión en cuestiones definidas por otros órganos estatales.

¹¹⁹ KAISER, op. cit. (nota 113), párrafo 18.

6. Existencia de legislación doméstica en la materia

La existencia de legislación doméstica que regule la misma materia que un tratado al tiempo de su celebración ha llevado a diferentes interpretaciones. Algunos tribunales –en Estados Unidos por ejemplo- han considerado que la existencia de legislación impide la aplicación directa del tratado, porque los tratados autoejecutables no requieren legislación que los implemente¹²⁰. Otros tribunales –en Alemania o Suiza- han sostenido que la existencia de legislación facilita la aplicación directa del tratado¹²¹.

7. La existencia de un derecho de acción para reclamar la violación del tratado

De acuerdo a este criterio, es necesario que el tratado internacional cuya aplicación se pretende confiera un derecho de acción al demandante. Por el contrario, si el tratado no otorga al reclamante algún remedio, ya sea explícita o implícitamente, no será autoejecutable. La racionalidad de este criterio se ha fundado en que aplicar directamente un tratado que no ha conferido un derecho de acción supondría actividad legislativa por parte de los tribunales, en la medida en que deberían crear tal derecho o un remedio.

8. El principio de reserva de ley

Existen materias cuya regulación, por disposición constitucional, queda entregada exclusivamente a la ley. Se trata de una garantía sustantiva: la regulación debe surgir de un debate democrático desarrollado en el órgano legislativo cuyo resultado es una ley (ergo, un reglamento o un tratado no satisfacen esta garantía). En sistemas jurídicos que establecen este tipo de reservas, aquellas disposiciones de tratados internacionales que versen sobre estas materias no pueden ser aplicadas directamente por los tribunales, de lo contrario se vulneraría la garantía constitucional. Sólo a modo de ejemplo se puede señalar el caso de Estados Unidos, en que la tipificación de delitos o la apropiación de dinero sólo puede efectuarse mediante ley.

¹²⁰ Cf. KAISER, op. cit. (nota 113), párrafo 20.

¹²¹ *Ibíd.*

9. Obligaciones no justiciables

En el derecho comparado, particularmente en Estados Unidos, se ha desarrollado la doctrina de no 'justiciabilidad' que limita el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales. Existen diferentes motivos por los cuales un tribunal no puede conocer un caso, por ejemplo si el demandante carece de legitimación activa. Este criterio de no autoejecutabilidad aplica cuando la disposición del tratado supone el ejercicio de una discreción por parte de otros órganos del Estado o la toma de una decisión que requiere un juicio político. Por ejemplo, cuando un tratado exige a los Estados hacer los 'mejores esfuerzos' en un determinado sentido, ese juicio correspondería a los órganos políticos, no a los judiciales.

10. Modificación de instituciones domésticas

La aplicación de tratados internacionales se ha visto limitada cuando tiene como consecuencia la modificación total de una institución doméstica, dejando vacíos en la regulación. En esta situación, el poder judicial para poder aplicar la disposición de un tratado debería crear legislación al efecto, lo que excede sus atribuciones. Un ejemplo se vio al analizar el derecho holandés, en que para obtener un determinado resultado exigido por la Convención Europea de Derechos Humanos, habría tenido como consecuencia dejar de aplicar normas internas, creando lagunas que solo podían ser colmadas por el legislador. Por lo tanto cuando es necesario modificar de manera radical la legislación nacional para poder aplicar un tratado, éste no es autoejecutable.

11. La aplicación de un tratado requiere reformar la Constitución nacional

Otro criterio que impide otorgar efecto directo a un tratado internacional, es si su aplicación implicaría una reforma a la Constitución. En estos casos, a menos que ésta lo permita, no se podría modificar la Constitución a través de un tratado internacional. Bajo esta hipótesis para poder aplicar el tratado, es necesario que se modifique la Constitución a través de los mecanismos de enmienda que ella prevé. Un ejemplo de esto en el derecho comparado se encuentra en la modificación de las atribuciones otorgadas a los órganos del Estado.

Conclusiones

La práctica de los Estados demuestra una variedad de posturas con respecto al efecto directo. Mientras algunos niegan esta posibilidad exigiendo siempre implementación legislativa, otros exigen el cumplimiento de ciertos requisitos para que un tratado sea autoejecutable. Es posible concluir que en ningún sistema jurídico doméstico analizado se aplica siempre y sin más un tratado internacional, en todos se aplica algún tipo de criterio jurídico.

Un primer requisito, necesario pero no suficiente, para la aplicación directa es que se reconozca que el tratado tiene estatus doméstico y que no sea necesaria su transformación a través de la dictación de una ley. Esto depende de los principios constitucionales establecidos por cada Estado. Cumplido este requisito, no siendo necesaria la transformación, entonces se aplicarán los requisitos que establezcan las normas constitucionales sobre autoejecutabilidad o los que se hayan establecido mediante la interpretación jurisprudencial.

Los diversos criterios utilizados en el derecho comparado muestran que incluso en los Estados más abiertos al derecho internacional se buscan mecanismos para evitar su aplicación interna y las consecuencias que ella tendría, en casos en que por ejemplo se vulneren principios constitucionales. Por ejemplo, esto puede ser visto como una manera de aislar al derecho doméstico de las consecuencias de obligaciones internacionales que no se consideran lo suficientemente transparentes o legítimas, que puedan entrar en conflicto con legislación existente o que puedan colisionar con los intereses políticos del Estado.

El fundamento que subyace a la mayoría de los criterios utilizados en el derecho comparado dicen relación con principios de derecho público. Tienen que ver, entre otros, con la separación de poderes, la seguridad jurídica, deferencia en materias internacionales y el respeto del principio democrático. Consideraciones políticas y sobre las consecuencias de la aplicación de un tratado no escapan del análisis de los tribunales. El derecho comparado muestra que han existido reflexiones complejas acerca de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno. ¿Existirán estas mismas reflexiones en el derecho chileno?

CAPÍTULO III

LA AUTOEJECUTABILIDAD Y EL DERECHO CHILENO

En el capítulo anterior se concluyó que la práctica de los Estados en materia de efecto directo es diversa. Esto se debe a que no se rigen por las mismas disposiciones constitucionales y también, porque la interpretación jurisprudencial ha dado lugar a distintos criterios que determinan cuándo una disposición o un tratado pueden ser aplicados directamente. La práctica, además, demostró que existe una fuerte vinculación entre dichos criterios y los principios constitucionales, especialmente con el principio de separación de poderes. En este capítulo corresponde examinar el derecho chileno.

¿Existe regulación en el derecho chileno sobre autoejecutabilidad? ¿Qué criterios ocupan los tribunales para determinar si un tratado es autoejecutable? ¿Existirá análisis de las consecuencias que tiene la aplicación directa de los tratados? Para responder estas preguntas será necesario analizar, por una parte, las normas constitucionales y legales chilenas relativas al derecho internacional, y por otra, la interpretación que han efectuado los órganos del Estado en materia de autoejecutabilidad.

El capítulo se estructura de la siguiente forma: en la primera sección se analiza la regulación de los tratados internacionales en el derecho chileno; en la segunda sección se analizan las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de autoejecutabilidad, las que serán comentadas con detención; en la tercera sección se mencionan algunas decisiones de los tribunales ordinarios; en la cuarta parte se analiza la práctica de la Contraloría General de la República en cuanto a la aplicación de tratados; en la quinta se examina la aplicación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo para evaluar los criterios establecidos por los tribunales; finalmente, el capítulo concluye con algunas conclusiones en base a lo examinado.

La regulación de los tratados internacionales en el derecho chileno

En la Constitución chilena no existe ninguna disposición referida explícitamente a la incorporación del derecho internacional en el sistema jurídico nacional. Es decir, no existe norma

que disponga cuáles son las consecuencias que en el derecho nacional tiene la celebración de tratados ni la creación de otras normas de carácter internacional. Tampoco existe regulación constitucional en lo que respecta a la posibilidad de dar efecto directo de los tratados.

La Constitución se limita a establecer reglas que distribuyen competencias en materias internacionales. El artículo 32 N° 15 establece que son atribuciones especiales del Presidente de la República la conducción de “las relaciones políticas con potencias extranjeras” y la negociación, conclusión y firma de los tratados internacionales. El Tribunal Constitucional ha sostenido que esta atribución presidencial es “exclusiva y excluyente”¹²².

En cuanto a las atribuciones del Congreso en la materia, el artículo 54 N° 1 señala que le corresponde “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”, los que se someten “en lo pertinente” a los trámites de una ley. El Congreso sólo puede sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas, pero la decisión de formularlas le corresponde al Presidente (art. 54 N° 1 incisos 2° y 3°). Lo mismo ocurre con la denuncia o retiro de un tratado, pues el Presidente tiene la facultad exclusiva para hacerlo, y sólo debe pedir la opinión al Congreso (art. 54 N° 1 inciso 6°). La Ley Orgánica del Congreso Nacional reitera las atribuciones que le corresponden al Congreso y establece los procedimientos para ejercerlas¹²³.

A su turno, el Tribunal Constitucional tiene la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales (art. 93 N° 1) y de resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de tratados sometidos a la aprobación del Congreso (art. 93 N° 3). En ambos casos, se trata de atribuciones cuyo ejercicio es previo a la promulgación de los mismos. Cuando un tratado internacional ha sido promulgado, sólo cabría la posibilidad de declarar la inaplicabilidad de algún precepto legal que resulte contraria a la Constitución (art. 93 N° 6) y no su inconstitucionalidad¹²⁴ (art. 93 N° 7). Esto implica que si la aplicación de una disposición de un tratado, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resultara contraria a la Constitución, el Tribunal Constitucional podría declarar su inaplicabilidad. Pero a

¹²² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 379, de 1 de julio de 2003, considerando 39°.

¹²³ Véase el Título VI de la Ley No. 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

¹²⁴ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1288, de 25 de agosto de 2009, considerandos 35° a 72°.

juicio del mismo Tribunal, un tratado no podría ser declarado inconstitucional con efectos generales pues ello “implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados”¹²⁵ así como también una infracción a las disposiciones de la Constitución relativas a las atribuciones conferidas al Presidente acerca de la conducción de las relaciones exteriores y de la negociación, conclusión y ratificación de los tratados internacionales. Este efecto no se produciría en el caso de la inaplicabilidad, porque sólo se dejaría de aplicar la disposición contenida en un tratado en una gestión judicial determinada¹²⁶. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no advierte que declarar inconstitucional un tratado (o derogarlo internamente mediante una ley) en nada afecta la validez *internacional* del mismo ni vulnera las reglas internacionales sobre formación o terminación de los tratados: el derecho chileno carece de fuerza normativa en el derecho internacional, porque se trata de sistemas jurídicos distintos (en otras palabras, el tratado sigue vigente y obliga a los Estados que son parte del mismo)¹²⁷. Por lo demás, desde el punto de vista internacional, tanto una declaración de inaplicabilidad como una de inconstitucionalidad tendrían la misma consecuencia, a saber, podrían hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional¹²⁸.

Adicionalmente a las normas sobre distribución de competencias, el artículo 5° de la Constitución establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y establece como un deber de los órganos estatales “respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta disposición ha provocado un intenso debate sobre su alcance, particularmente acerca de si otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos una jerarquía mayor a la de las leyes, o un rango constitucional o incluso supraconstitucional¹²⁹. Personas que participaron en la discusión de esta disposición han reconocido que la cuestión de la jerarquía de los tratados no se quiso

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1288, de 25 de agosto de 2009, considerando 58°.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1288, de 25 de agosto de 2009, considerando 65°.

¹²⁷ Cf. FUENTES, Ximena. *La jerarquía y el efecto directo del derecho internacional en el sistema jurídico chileno*. En: GREZ, Pablo et. al. (Coord.) *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. Editorial Legal Publishing (2014), pp. 602-604.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ Véase por ejemplo NOGUEIRA, Humberto. *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. En: Revista *Ius et Praxis*, Año 2, No. 2 (1997), pp. 9-43.

zanjar expresamente¹³⁰ y por lo tanto extraer este tipo de conclusiones a partir de este artículo resulta problemático. De hecho, el objetivo de este artículo obedece a razones políticas, dado que se estableció como un compromiso para garantizar el respeto a los derechos humanos¹³¹ y no como una disposición que quisiera determinar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

Pero es claro que ninguna de las disposiciones citadas precedentemente permite concluir que en Chile los tratados resultan directamente aplicables por mandato constitucional. Nada dice la Constitución respecto al efecto de los mismos, esto es, si se incorporan o no al derecho interno y con qué consecuencias, ni acerca de la posibilidad de que los tribunales puedan resolver controversias en base a ellos o si otros órganos del Estado pueden aplicarlos directamente. A nivel legislativo tampoco existe regulación genérica sobre la incorporación del derecho internacional. Sólo se consagran referencias específicas en algunos cuerpos normativos. Por ejemplo, el Código Procesal Penal establece que cuando un imputado no esté en condiciones de ejercer garantías judiciales consagradas por los tratados internacionales ratificados por Chile, el juez debe adoptar de oficio o a petición de parte, medidas necesarias para permitir dicho ejercicio (artículo 10). De la misma forma, establece como causal de recurso de nulidad del juicio oral y de la sentencia, la infracción sustancial de los derechos y garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes (artículo 373 letra a).

El fundamento para la aplicación directa de los tratados internacionales en el derecho chileno

En ausencia de regulación legal y constitucional acerca de los efectos domésticos de los tratados, la decisión ha quedado entregada a la interpretación judicial. En cuanto a la incorporación de los mismos al derecho interno, la jurisprudencia ha interpretado ésta se produce una vez que han sido promulgados y publicados, dado que se han asimilado a la tramitación que siguen las

¹³⁰ Cf. FUENTES, *El derecho internacional y el derecho interno*, op. cit. (nota 25), p. 13.

¹³¹ *Ibíd.*

leyes¹³². Para algunos el fundamento normativo en el orden interno se encuentra en el decreto presidencial que promulga un tratado y que manda a dar cumplimiento al mismo, en ausencia de otra fuente plausible en el derecho positivo¹³³. El profesor Aldunate argumenta que no existen “otros puntos de apoyo, en la Constitución u otras fuentes, para justificar la incorporación al derecho interno, con fuerza normativa, del texto de un tratado”¹³⁴, que esto es concordante con la facultad constitucional atribuida al Presidente para denunciar un tratado o retirarse de él¹³⁵ y finalmente una consideración práctica, a saber, que éste ha sido su único fundamento por casi dos siglos¹³⁶. La asimilación de los tratados a las leyes domésticas es la que también ha permitido encontrar un fundamento para la aplicación de aquellos en el derecho nacional.

La cuestión sobre la posibilidad de autoejecutabilidad de tratados internacionales ha sido reciente en Chile y su reconocimiento explícito recién se produjo en el año 2000. Las primeras referencias sobre autoejecutabilidad en Chile nacen a partir del reclamo de parte de la doctrina sobre la plena aplicación del efecto directo en materia de tratados de derechos humanos, específicamente de la Convención Americana de Derechos Humanos¹³⁷. La tardía recepción de esta materia se puede explicar por la persistencia del viejo paradigma de los tratados internacionales como normas que se limitan a regular las relaciones diplomáticas de los Estados. Esto también se ve reflejado en la escueta regulación existente.

La preocupación por los derechos humanos marcó el inicio de los planteamientos sobre autoejecutabilidad. No es sorprendente que, tras la dictadura cívico-militar y sus horrores, Chile

¹³² ALDUNATE, Eduardo. *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. En: Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2 (2010), p. 187. El Tribunal Constitucional ha señalado que “la promulgación y publicación de tratados no se encuentra descrita en texto expreso por la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia [...]”. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 288, de 24 de junio de 1999, considerando 7°.

¹³³ Cf. ALDUNATE, op. cit., p. 198.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 199.

¹³⁵ *Ibíd.*, pp. 199-200.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 200.

¹³⁷ Ver, por ejemplo: IRIGOIN, Jeannette. *La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno Chileno*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nos. 2 y 3, Tomo I (1996), pp. 299-307. Allí la autora señala, en la página 299, que la “naturaleza de los tratados sobre derechos humanos, como la Convención Americana, cuyo objeto y fin es la protección de los derechos esenciales de la persona humana a través de la creación de un sistema de orden público internacional al que deben someterse los Estados en beneficio de las personas bajo su jurisdicción, hace indispensable que la mayor parte de sus disposiciones tengan el carácter de autoejecutables”.

se haya caracterizado por favorecer el discurso internacionalista sin cuestionar demasiado los problemas de los que adolece el derecho internacional. Desde una perspectiva política, este suceso puede ser explicado porque el derecho internacional es visto como una manera de resguardar la democracia recién recuperada. En ese sentido, Tom Ginsburg afirma que para los Estados que transitan desde un régimen dictatorial el derecho internacional es utilizado como un mecanismo jurídico que garantizaría la democracia, atando las manos de los futuros gobiernos:

Los compromisos jurídicos internacionales son una preocupación especial para las nuevas democracias. Estos regímenes enfrentan una serie de desafíos particulares. La experiencia reciente de un régimen autoritario, que posiblemente involucró violaciones a los derechos humanos, hace que el control del poder político sea mucho más importante. Al igual que la revisión judicial, las instituciones regulatorias independientes y otros mecanismos de compromiso, el derecho internacional puede ayudar a bloquear la democracia atando de manos a los futuros gobiernos¹³⁸.

Como mencioné previamente, el reconocimiento explícito del efecto directo de los tratados internacionales se produjo en el año 2000. Fue el Tribunal Constitucional el que analizó por primera vez la autoejecutabilidad, estableciendo un criterio para determinar cuándo un tratado puede ser aplicado directamente. Es necesario analizar, entonces, la decisión del Tribunal, sus fundamentos, las consecuencias que ha tenido y sus posteriores pronunciamientos en la materia.

El Tribunal Constitucional y su decisión sobre autoejecutabilidad de los tratados

El Tribunal Constitucional (en adelante “TC” o “Tribunal”) recogió la distinción entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables a propósito del control de constitucionalidad del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (“Convenio 169”) de la Organización Internacional del Trabajo (“OIT”). Para el Tribunal fue importante efectuar esta distinción porque, en su opinión, las normas que requieren implementación legislativa o administrativa (normas, en definitiva, no autoejecutables), no pueden entrar en contradicción, desde su aprobación, con la Constitución¹³⁹. El análisis de constitucionalidad sólo podría recaer sobre normas autoejecutables, en el caso de

¹³⁸ GINSBURG, Tom. *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law*. 38 New York University Journal of International Law and Politics 707 (2006), p. 757. En inglés: “International legal commitments are a particular concern for new democracies. These regimes face a number of particular challenges. The recent experience of an authoritarian regime, possibly involving human rights violations, renders control of political power much more salient. Like judicial review, independent regulatory institutions and other commitment devices, international law can help to lock in democracy by tying the hands of future governments”.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 309, de 4 de agosto de 2000, considerando 48°.

las normas no autoejecutables su constitucionalidad debe ser determinada una vez que sean implementadas por vía legislativa o administrativa. En otras palabras, la introducción del concepto obedeció a razones relativas al análisis de constitucionalidad y no a la aplicación judicial de disposiciones contenidas en tratados internacionales. El razonamiento del TC se puede apreciar en el siguiente considerando de su sentencia:

Que antes de entrar al análisis de las inconstitucionalidades de los artículos del Convenio N° 169, planteadas por los requirentes, "en ausencia de dicha inconstitucionalidad total", resulta necesario precisar dos órdenes de materias relevantes para una adecuada decisión:

a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina "self executing" y "non-self executing".

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras.

[...]

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe en esta instancia jurisdiccional pronunciarse sobre su constitucionalidad¹⁴⁰.

El Tribunal constató que la aplicación de las disposiciones de un tratado puede requerir la implementación mediante legislación o normas administrativas. Para determinar cuándo una norma puede ser aplicada directamente, consideró un solo criterio: la claridad y precisión suficientes de la disposición. Esa "auto suficiencia" las habilita a ser aplicadas por los tribunales. La claridad y precisión se determinan examinando el texto del tratado. Si un tratado utiliza un lenguaje programático, en que los Estados se obligan a hacer algo en el futuro, dicha disposición no será autoejecutable.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 309, de 4 de agosto de 2000, considerando 48°.

Este criterio ha sido reafirmado por el TC con posterioridad en varios casos. Así, por ejemplo, en el examen de constitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Tribunal reafirmó su criterio, “precisando” que en aquellos casos en que una norma no autoejecutable requiere de la aprobación de preceptos que “conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención” el Tribunal debe pronunciarse sobre ella¹⁴¹. En otras palabras, si a juicio del Tribunal la obligación que imponen las normas de un tratado de dictar legislación o medidas administrativas, permiten inferir que se configurará una inconstitucionalidad que es posible prever, el Tribunal deberá realizar el examen de constitucionalidad. Con todo, el Tribunal acogió el requerimiento, declarando inconstitucional el proyecto de acuerdo que aprobaba la Convención, por motivos de forma (no se cumplió con el quórum requerido, esto es, quórum de ley orgánica constitucional).

En el examen de constitucionalidad de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, el Tribunal reiteró la distinción entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables, citando su sentencia sobre el Convenio 169¹⁴². El TC constató que las disposiciones de la Convención señalan que los Estados “dispondrán lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada” y que “cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción” sobre los mismos delitos¹⁴³. Aplicando el criterio de ‘claridad y precisión’, de acuerdo al tenor de las disposiciones, concluyó que éstas no eran autoejecutables y por tanto no le correspondía pronunciarse sobre su constitucionalidad¹⁴⁴.

Dos meses después, el Tribunal nuevamente se pronunció sobre el tema. La Cámara de Diputados tuvo por desechado en general el proyecto de acuerdo relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, porque no se había cumplido con el quórum exigido por la Constitución para la aprobación de una ley orgánica constitucional (se estimaba que el tratado versaba sobre materias de ley orgánica y, por lo tanto, requería ese quórum). Un grupo de diputados presentaron un requerimiento con la finalidad de declarar la

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 383, de 5 de septiembre de 2003, considerando 4°.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1483, de 29 de septiembre de 2009, considerando 6°.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1483, de 29 de septiembre de 2009, considerando 7°.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1483, de 29 de septiembre de 2009, considerandos 8° y 9°.

inconstitucionalidad de la actuación de la Cámara de Diputados. Los requirentes alegaron que el quórum requerido para la aprobación no era el de una ley orgánica porque las normas del tratado no eran autoejecutables.

El Tribunal nuevamente citó la sentencia sobre el Convenio 169¹⁴⁵. Examinando el tenor literal de la Convención, que señalaba que los Estados “adoptarán” o “tomarán las medidas necesarias” para establecer la jurisdicción de los tribunales nacionales sobre el delito descrito en la Convención, concluyó que se trataban de disposiciones no autoejecutables¹⁴⁶. El Tribunal sostuvo, además, que en las normas “no se otorgan nuevas atribuciones a los órganos jurisdiccionales del Estado”¹⁴⁷. Algunos ministros del mismo Tribunal Constitucional han considerado que este sería otro criterio bajo el cual una norma sería no autoejecutable¹⁴⁸. Esta lectura no me parece correcta en la medida que el fundamento de la afirmación del Tribunal, en realidad, pareciera ser el mismo: no se otorgan nuevas atribuciones en tanto los Estados establecen una obligación programática, no porque el aumento de atribuciones sea un criterio autónomo¹⁴⁹. Estas consideraciones llevaron al Tribunal Constitucional a darle la razón a los requirentes, porque el quórum necesario era el de mayoría simple, acogiendo el requerimiento y declarando que debía entenderse aprobado el proyecto de acuerdo sobre la Convención.

En junio de 2011 el Tribunal Constitucional dictó sentencia con respecto al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por varios senadores respecto de ciertos artículos del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. En su decisión, el Tribunal reiteró su jurisprudencia en materia de autoejecutabilidad y la utilizó como marco para su fallo¹⁵⁰. Aunque consideró que el carácter no autoejecutable de alguna de las normas impugnadas resultaba inequívoco, decidió pronunciarse sobre la constitucionalidad de las mismas¹⁵¹. En su

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1504, de 3 de noviembre de 2009, considerando 16°.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1504, de 3 de noviembre de 2009, considerandos 18° a 21°.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1504, de 3 de noviembre de 2009, considerando 19°.

¹⁴⁸ Opinión disidente de los ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1988, de 24 de junio de 2011, p. 107.

¹⁴⁹ De esto no se concluye que el otorgamiento de atribuciones no *debiese* ser un criterio para determinar la autoejecutabilidad de un tratado. En el capítulo siguiente se examinará esta cuestión.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1988, de 24 de junio de 2011, considerandos 13° a 17°.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1988, de 24 de junio de 2011, considerando 18°.

decisión se encuentra implícita la aplicación del criterio de “claridad y precisión” (basándose en el tenor literal) para determinar la no autoejecutabilidad de las disposiciones del tratado. La decisión de pronunciarse sobre la constitucionalidad fue criticada en el voto disidente de los ministros Carmona y García, quienes consideraron que las normas no eran autoejecutables y por lo tanto el examen de constitucionalidad debía efectuarse cuando se dictara la legislación correspondiente¹⁵².

Dos años después, la cuestión de la autoejecutabilidad volvió a ser abordada por el TC a propósito de un requerimiento presentado por un grupo de senadores en contra de un proyecto de ley que modificaba la Ley General de Pesca. Los senadores argumentaron que dicho proyecto era violatorio de ciertas garantías constitucionales y que adolecía de un vicio de constitucionalidad formal, porque en la formación de la ley se había incumplido con una norma autoejecutable sobre consulta previa prevista en el Convenio 169 de la OIT¹⁵³. El TC recalcó que los tratados internacionales no gozan de jerarquía constitucional por lo que un incumplimiento del mismo no configura un vicio de constitucionalidad¹⁵⁴. Pero de todas formas, decidió pronunciarse sobre el estándar del derecho a consulta, realizando interesantes declaraciones. Por un lado señaló que el carácter autoejecutable de una norma “debe conciliarse con la modalidad abierta con que están redactadas, en general, las normas de los tratados internacionales”¹⁵⁵. Pero lo más interesante, a mi juicio, es lo que señala después:

Que, consecuentemente, la autoejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele. Es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de

¹⁵² Voto disidente de los ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1988, de 24 de junio de 2011, p. 112.

¹⁵³ El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT consagra el “derecho a consulta previa”, que dispone que los pueblos interesados deben ser consultados cuando se pretenda establecer leyes o medidas administrativas que puedan afectarles. El TC declaró que esta norma era autoejecutable en las sentencias recaídas en los roles Nos. 309 y 1050. En particular, el artículo 6 dispone: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...]”.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Roles No. 2387 y 2388 (acumulados), de 23 de enero de 2013, considerandos 10° a 17°.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Roles No. 2387 y 2388 (acumulados), de 23 de enero de 2013, considerando 19°.

participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento¹⁵⁶.

En el considerando siguiente afirmó la “necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta”¹⁵⁷. Pero, ¿no se supone que las normas autoejecutables son precisamente aquellas que tienen ‘el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas *sin otro trámite* como fuente del derecho interno’? Pareciera que el TC está diciendo que las normas autoejecutables pese a serlo requieren desarrollo legislativo. En principio, la decisión pareciera atentar contra la noción misma de autoejecutabilidad. Volveré sobre esto más adelante, explicando que la decisión del Tribunal puede ser entendida de manera coherente con sus pronunciamientos en la materia¹⁵⁸.

En la sentencia Rol No. 2523, el Tribunal reafirmó este criterio a propósito de un requerimiento presentado contra el Decreto Supremo que aprobó el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Luego de descartar que un incumplimiento del tratado implique vicio de constitucionalidad (se alegaba nuevamente incumplimiento del Convenio 169), reiteró que la autoejecutabilidad del mismo no obsta al desarrollo legislativo sino que lo impele y que su regulación era una necesidad urgente¹⁵⁹.

Las decisiones reseñadas precedentemente constituyen los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de autoejecutabilidad. Corresponde ahora analizarlos.

Es interesante destacar que la recepción del concepto de normas autoejecutables por parte del Tribunal Constitucional obedeció a una perspectiva de análisis constitucional: consideró que determinar si una disposición del tratado es o no inconstitucional sólo corresponde hacerlo respecto a normas autoejecutables, en el caso de las normas no autoejecutables su constitucionalidad debe ser determinada una vez que sean implementadas por vía legislativa o administrativa. Por lo tanto no se refirió a la aplicación judicial propiamente tal de los tratados ni

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Roles No. 2387 y 2388 (acumulados), de 23 de enero de 2013, considerando 23°.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Roles No. 2387 y 2388 (acumulados), de 23 de enero de 2013, considerando 24°.

¹⁵⁸ Ver *infra* pp. 69-72.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 2523, de 30 de septiembre de 2013, considerandos 21° a 23°.

entregó algún fundamento normativo que explicara la aplicación directa de los mismos. El Tribunal tampoco se refirió a la cuestión más general sobre incorporación sobre normas internacionales en el derecho interno.

Acerca del criterio que determina si una disposición es o no autoejecutable, el Tribunal tampoco explicitó sus fundamentos para adoptarlo ni se refirió a la abundante práctica existente en el derecho comparado sobre efecto directo. Tampoco se efectuó un análisis desde el punto de vista de los principios constitucionales, acerca del rol de los tratados, de sus consecuencias y de la aplicación de los mismos. Probablemente, estas ausencias se explican porque la decisión del TC no estaba referida a la aplicación de los tratados internacionales por parte de los demás tribunales, sino que su objetivo era específico: determinar sobre qué normas debía efectuar un análisis de constitucionalidad.

Que no se hayan explicitado los fundamentos que llevaron al Tribunal a aceptar la doctrina del efecto directo y a determinar su criterio de aplicación, no quiere que no sea posible construir una explicación al respecto. En cuanto a considerar los tratados internacionales como parte del derecho doméstico, el fundamento puede encontrarse en la asimilación que la jurisprudencia y doctrina han adoptado: los tratados serían equivalentes a una ley. Dado que el artículo 54 de la Constitución señala que los tratados se someten, en lo pertinente, a los mismos trámites de una ley¹⁶⁰, ha sido interpretado que éstos se incorporan al derecho chileno al igual que una ley doméstica. Esto los habilitaría a ser aplicados por los tribunales, dado que son parte del derecho interno, siempre y cuando tengan la claridad y precisión suficiente para serlo y no requieran legislación que los implemente.

Por supuesto, el argumento no es enteramente convincente. El efecto directo carece de un fundamento normativo claro. Como ha afirmado el profesor Rodrigo Correa:

A diferencia de lo que ocurre con la constitucionalización de ciertos tratados o derechos con origen en tratados, la doctrina de ‘autoejecutividad’ no tiene un fundamento claro en la constitución chilena. Ciertamente se puede aprovechar del mecanismo de aprobación de los tratados por el congreso, pues éste es análogo al

¹⁶⁰ Antes de la reforma constitucional de 2005, la analogía parecía ser más fuerte puesto que el artículo 50 de la Constitución disponía que el procedimiento ante el Congreso se sometía “a los trámites de una ley”.

proceso legislativo. Pero me parece que la analogía no es lo suficientemente fuerte como para fundar en ella una doctrina con serias consecuencias constitucionales¹⁶¹.

La asimilación de los tratados a la ley por lo demás no se condice con las facultades que tiene el Congreso con respecto a cada una de ellas. Cuando se trata de tratados internacionales las posibilidades de intervención de los representantes se ve reducida dramáticamente: sólo pueden aprobar o no un tratado y sugerir la formulación de reservas. Estas limitaciones no existen en materia de leyes. En la formación de una ley se expresa una decisión política en que la participación de los representantes no está limitada a una decisión binaria o una mera sugerencia. Los representantes pueden presentar proyectos de ley, mociones para modificarlos, votar separadamente sus disposiciones, entre otras facultades. Es por esto que los tratados no pueden asimilarse, sin más, a la ley.

Con respecto al criterio de la ‘claridad y precisión suficientes’ el Tribunal Constitucional tampoco entregó sus razones para adoptar éste y no otros criterios. De hecho, ni siquiera mencionó la existencia de otros criterios. El fundamento del criterio debe ser, entonces, reconstruido a partir de principios constitucionales. Como se pudo apreciar a propósito de la práctica comparada, el criterio de “claridad y precisión” aparece inexorablemente vinculado con el principio de separación de poderes. Los órganos judiciales usurparían la facultad legislativa si aplicaran una disposición de un tratado que no es clara o no es precisa; si así lo hicieran, un tribunal estaría regulando, creando legislación, lo que claramente no se encuentra dentro de la órbita de sus competencias¹⁶². Como explica Karen Kaiser, esta es precisamente la razón por la cual se utiliza este criterio en el contexto comparado: “el poder judicial usurparía la potestad de

¹⁶¹ CORREA, op. cit. (nota 19), p. 259. En un sentido más radical se ha pronunciado José Miguel Valdivia, señalando que la autoejecutabilidad en el derecho chileno “carece de fundamento normativo. Su reconocimiento puntual en ciertas decisiones judiciales debe ser mirado como una doctrina aceptada *de lege ferenda*”. VALDIVIA, José Miguel. *Alcances jurídicos del Convenio 169*. En: Revista de Estudios Públicos, No. 12 (2011), p. 51.

¹⁶² La Constitución chilena establece en su artículo 6 que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”. El artículo 7, a su turno, dispone que “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. En materias de derecho público, los órganos estatales sólo están autorizados a realizar aquello a lo que están expresamente autorizados. En consecuencia, no pueden atribuirse potestades que no les han sido conferidas expresamente.

la legislatura si aplicara una disposición imprecisa de un tratado”¹⁶³. También es relevante considerar que aplicar un tratado que no es claro o preciso puede afectar el principio de legalidad. En palabras de la misma autora “los individuos no deberían ser responsabilizados por actos que no estén claramente prohibidos por el tratado que se esté invocando en su contra”¹⁶⁴.

Aun cuando es posible reconstruir la justificación recién mencionada, esto no permite concluir que el criterio asentado por el Tribunal deba ser el único que determine que una disposición sea autoejecutable. De hecho la exigencia de respetar principios constitucionales implica que la aplicación directa de un tratado internacional no puede quedar determinada por su mero tenor literal. El criterio de claridad y precisión, en los términos expuestos por el TC, se sustenta en únicamente en este último aspecto. Pero existen disposiciones en tratados que pese a no estar redactadas de forma programática, no suelen tener efecto directo: es el caso de los tratados que tipifican delitos¹⁶⁵. Esto ha sido demostrado al analizar, por ejemplo, la práctica del derecho estadounidense u holandés. Por lo demás, extraer este tipo de consecuencias del lenguaje usado por un tratado es problemático. Como se comprobó en el capítulo I, los tratados rara vez determinan cuestiones de implementación doméstica. Esto se debe a las diferencias entre los sistemas constitucionales de los Estados. Al analizar únicamente el tenor literal de estos instrumentos internacionales, se trata de inferir la intención de exigir la promulgación de legislación en ausencia de un lenguaje inequívoco al respecto. Como ha señalado Carlos Manuel Vásquez:

Debido a que los países que negocian un tratado rara vez, si acaso lo hacen, seleccionan la redacción de un tratado teniendo la cuestión sobre la implementación legislativa en mente, los jueces que sacan conclusiones sobre esta cuestión a partir del texto del tratado probablemente están atribuyendo a las palabras un significado que no fue pensado por las partes. En efecto, en la medida en que las partes tenían esta cuestión en mente cuando escogieron el texto del tratado, es probable que hayan elegido un lenguaje compatible con la aplicación directa o indirecta¹⁶⁶.

¹⁶³ KAISER, op. cit. (nota 113), párrafo 16. En inglés: “the judiciary would usurp the power of the legislature if it applied an imprecise provision of a treaty”.

¹⁶⁴ *Ibid.* En inglés: “individuals should not be held accountable for acts that are not clearly prohibited by the treaty that is invoked against them”.

¹⁶⁵ Cf. FUENTES, *La jerarquía y el efecto directo*, op. cit. (nota 127), pp. 615-616.

¹⁶⁶ VÁSQUEZ, Carlos Manuel. *Treaties as law of the land*, op. cit. (nota 38), p. 635. En inglés: “Because nations negotiating treaties rarely, if ever, select the wording of a treaty with the question of legislative implementation in mind, judges who draw conclusions about this question from a treaty text are very likely attributing to the words a

El *dictum* del Tribunal sobre autoejecutabilidad también se caracteriza por el uso de conceptos indeterminados. Mauricio Álvarez ha criticado que la sentencia no establezca el real significado de expresiones como ‘autosuficiente’, y no aborde el contenido de las cláusulas autoejecutables. En su opinión:

La determinación del contenido de las disposiciones de los tratados y su consecuente exigibilidad por y en contra de los particulares, ha quedado al arbitrio de los órganos internos encargados de interpretar dichos instrumentos internacionales y de las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia que se refieran a esta materia¹⁶⁷.

Finalmente, es necesario analizar la declaración efectuada por el TC, en aquella sentencia en la que se pronuncia sobre el requerimiento contra la Ley General de Pesca. Como señalé, en la sentencia el Tribunal afirmó que “la autoejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele”¹⁶⁸. Esta frase resulta llamativa en el contexto de la aplicación directa de los tratados. La autoejecutabilidad o efecto directo implica que los tratados internacionales o alguna de sus disposiciones puedan ser aplicadas sin necesidad de implementación doméstica. Una norma es autoejecutable cuando un tribunal puede resolver una controversia en base a ella sin esperar que se promulgue una ley o se

meaning that was not intended by the parties. Indeed, to the extent the parties had issue in mind when they selected the treaty language, they are likely to have chosen language compatible with either direct or indirect enforcement”.

En un trabajo anterior, Vásquez ya había sido crítico acerca de la posibilidad de inferir la determinación de autoejecutabilidad a partir del texto del tratado: “[I]nferir una intención de exigir legislación en ausencia de un lenguaje inequívoco en este sentido es una empresa peligrosa, dada la multiplicidad de normas constitucionales nacionales sobre el efecto doméstico de los tratados. Como se señaló anteriormente, en algunas naciones los tratados siempre requieren de legislación que los implemente. Por tanto, es posible que el lenguaje elegido por las partes simplemente refleje la posibilidad de que el tratado requerirá legislación que lo implemente para ciertas partes, sin que importe la intención de las partes”. VÁSQUEZ, *Four doctrines*, op. cit. (nota 75), p. 704. En inglés: “[I]nferring an intent to require legislation in the absence of unambiguous language to that effect is a hazardous enterprise, given the multiplicity of national constitutional rules regarding the domestic effect of treaties. As noted above, for some nations treaties always require implementing legislation. It is thus possible that the language chosen by the parties simply reflects the possibility that the treaty will require implementing legislation for certain parties no matter what the parties intended”.

¹⁶⁷ ÁLVAREZ, Mauricio. *La ejecutabilidad de los tratados internacionales en materia económica en el derecho chileno*. Inédito. Tesis para optar al grado de magíster en derecho con mención en derecho internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2006), p. 67.

¹⁶⁸ No es primera vez que el Tribunal Constitucional exhorta a otro órgano del Estado a ejercer el uso de sus facultades y dictar la normativa correspondiente. Un ejemplo se puede encontrar en la sentencia del TC relativa a la ley de recuperación de bosque nativo y fomento forestal. Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 1024, de 1 de julio de 2008, considerando 24°.

dicte alguna medida administrativa. Es por esto que la declaración que efectúa el Tribunal parece, en principio, contradictoria.

Con respecto a la sentencia del TC han surgido distintas interpretaciones. Por ejemplo, Liliana Galdámez ha sostenido que en esta sentencia el Tribunal vacía de contenido al concepto de autoejecutabilidad, el que ahora no sería más que una exhortación al legislador a dar desarrollo normativo a las disposiciones de un tratado. En palabras de la autora:

Al momento de verificar el cumplimiento de la consulta a los pueblos indígenas el TC retrocede en los criterios antes acordados. En efecto, el Tribunal considera que lo que había definido como autoejecutabilidad, era en verdad una exhortación al legislador a dar desarrollo normativo a los compromisos asumidos en el tratado internacional. Que mientras dicho desarrollo no se produjera, el TC no está habilitado para pronunciarse sobre el cumplimiento del trámite de consulta¹⁶⁹.

La autora continúa sosteniendo que:

No encontramos coherencia entre una doctrina y la otra. El Tribunal definió la autoejecutabilidad de una norma como su poder de ingresar al ordenamiento sin norma habilitante. Si la interpretación sostenida en la sentencia sobre ley de pesca hubiera quedado claramente establecida, el legislador habría sido exhortado hace 4 años para dictar las normas complementarias¹⁷⁰.

Pero esta interpretación resulta demasiado discordante con la jurisprudencia del TC y con el concepto de autoejecutabilidad. De hecho, este concepto tiene que ver con la posibilidad de aplicación por parte de los tribunales y no con el ingreso al ordenamiento jurídico de una disposición contenida en un tratado. De la sentencia del TC no se puede concluir que el derecho a la consulta y otras disposiciones del Convenio no puedan ahora ser aplicadas por los tribunales o que no hayan ingresado al derecho chileno. Lo que el Tribunal sostiene es algo distinto: que una disposición sea directamente aplicable, autoejecutable, no obsta a su desarrollo legislativo.

En mi opinión, la mejor interpretación de la decisión del TC consiste en que cuando se declara que una norma es autoejecutable esto no impide que la misma materia pueda ser regulada por el parlamento o la administración en uso de sus propias atribuciones normativas, o que se pueda

¹⁶⁹ GALDÁMEZ, Liliana. *Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca, roles N°s. 2387-12 y 2388-12 CPT, acumulados*. En: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 11, No. 1 (2013), p. 628.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 629.

regular en detalle el tratado. En otras palabras, que a través de legislación o de la potestad reglamentaria del Presidente se pueda facilitar la ejecución de un tratado.

La necesidad a la que hace mención el TC en su sentencia, de dictar normas que regulen lo que un tratado dispone (en este caso particular, el derecho a consulta) admite asimilación a la relación que existe entre ley y reglamento en el derecho chileno.

En efecto, en algunas ocasiones es necesario dictar un reglamento que permita o facilite la ejecución de una ley. Hay veces en que incluso la dictación de un reglamento es necesaria para que una ley entre en vigencia, esto es lo que se conoce como potestad reglamentaria de complementación, porque a través de ella, se regula en detalle materias respecto de las cuales el legislador regula sus bases. Es el caso de, por ejemplo, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental¹⁷¹. En otros casos, la potestad reglamentaria tiene un carácter de ejecución, en que la Constitución faculta al Presidente de la República a dictar los decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes¹⁷². En este caso entonces una ley puede ser aplicada a falta de reglamento, pero el Presidente está facultado para dictar uno si lo estima conveniente para la ejecución de una ley. Un ejemplo de lo anterior puede ser graficado a través de una sentencia de la Corte Suprema que rechaza un recurso de casación en el fondo, precisamente señalando que la ley resulta aplicable pese a que no existe reglamento, porque la finalidad de tal reglamento era facilitar la ejecución de la ley¹⁷³.

¹⁷¹ El artículo 1° transitorio de la Ley No. 19.300 estableció que “el sistema de evaluación de impacto ambiental que regula el Párrafo 2° del Título II de esta ley, *entrará en vigencia una vez publicado en el Diario Oficial el reglamento a que se refiere el artículo 13*” (énfasis añadido).

¹⁷² Cf. Artículo 32 N° 6 de la Constitución.

¹⁷³ Agradezco al profesor Luis Cordero por proporcionarme esta sentencia y por sus valiosos comentarios sobre este punto. Sentencia de la Corte Suprema Rol 23883-2014, de 22 de junio de 2014. El considerando 14° de la sentencia señala: “Que sin perjuicio que circunstancias como la expuestas son bastantes para desestimar el recurso sustantivo que se examina, conviene señalar que en cuanto a la pretendida imposibilidad de aplicar las normas legales que regulan el contrato de transporte multimodal de mercancías basada en la inexistencia del reglamento a que hace referencia el artículo 1041 del Código de Comercio, esta Corte ha expresado que: “El contrato de transporte multimodal de que tratan específicamente los artículos 1041 a 1043 del Código de Comercio, es uno que goza de plena autonomía”; y agrega más adelante que “No parece sostenible, entonces, que por no haberse dado forma a **un reglamento cuya razón de ser pareciera anidarse en la conveniencia de una fiscalización algo más rigurosa, como lo es el establecimiento de un Registro de Operadores para esa clase de flete, termine, al menos de hecho, derogándose la ley que se alza como su germen.** Sería incompatible con el carácter substancialmente subordinado de un reglamento ejecutivo, que con esa tesis arrasaría con el principio de legalidad”. (Sentencia CS de 25 de julio de 2012, rol 573 2010)” (énfasis añadido).

De la misma forma que un reglamento puede facilitar la ejecución de una ley –que puede en todo caso ser aplicada sin éste- la sentencia del Tribunal Constitucional puede ser entendida como una exhortación a dictar normas que faciliten la aplicación del derecho a consulta establecido en el Convenio 169. El tratado puede ser aplicado directamente, pero normas adicionales pueden ser necesarias para una mejor aplicación del mismo.

Finalmente, el llamado del TC acerca de la necesidad urgente de regular la consulta se puede explicar por los problemas que ha generado la aplicación del Convenio 169, cuestión discutida en otra sección¹⁷⁴.

Habiendo analizado la jurisprudencia constitucional, es necesario ahora revisar algunas sentencias que ilustren la postura de los tribunales ordinarios en materia de aplicación directa de tratados.

Algunas sentencias de tribunales ordinarios (superiores) sobre autoejecutabilidad

Como intenté demostrar en la sección anterior, la adopción de la noción de autoejecutabilidad en Chile ocurrió recién en el año 2000 a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169. A partir de esa fecha los tribunales ordinarios también aceptaron esta noción y comenzaron a aplicarla en casos que involucraban tratados internacionales. En esta sección sólo me interesa mostrar algunos ejemplos en que la Corte Suprema o alguna de las Cortes de Apelaciones han aplicado directamente un tratado y los argumentos que han (o no han) entregado para hacerlo. Las críticas a los criterios utilizados y los que, a mi juicio, debieran ser considerados serán analizados en el capítulo siguiente.

Si bien las decisiones en materia de efecto directo son posteriores al año 2000, existen casos anteriores a esa fecha en que los tribunales ordinarios se pronunciaron en relación con la aplicación de tratados internacionales como fuente de derecho interno. Por ejemplo, en octubre de 1984, la Corte Suprema negó la aplicación del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos invocada en el recurso de amparo presentado en favor de Leopoldo Ortega Rodríguez porque, a juicio de la Corte, el mismo tratado manifestaba la necesidad de implementación legislativa y por

¹⁷⁴ Ver *infra* pp. 83-90.

lo tanto no se incorporaba de manera inmediata en el derecho chileno. La Corte afirmó lo siguiente:

Que, finalmente, la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el art. 2 párrafo 2 del propio Pacto en cuestión, el cual dispone: ‘Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter’. Este precepto torna, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordes en que sus estipulaciones carecían de las virtualidades de reputarse incorporadas automáticamente a su derecho interno. Por el contrario, previnieron que para ello se requería que cada cual adoptara los procedimientos y formalidades prescritos por su propia legislación nacional al efecto¹⁷⁵.

Aunque el análisis efectuado por la Corte es incorrecto, la decisión muestra un pronunciamiento sobre la posibilidad de aplicación directa de los tratados¹⁷⁶. Con posterioridad a la sentencia del TC, el criterio de autoejecutabilidad establecido en ella, ha sido adoptado -sin mayor cuestionamiento- por los tribunales ordinarios.

En el caso *contra Monsalves Cerda*, la Corte Suprema negó la aplicación directa de la Convención de los Derechos del Niño y de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores. En este caso, el recurrente argumentaba que la pena que correspondía a un menor de edad autor del delito de robo con violación era de cinco años y un día y no la de 10 años impuesta por el tribunal, por aplicación de los referidos tratados. La Corte

¹⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema en el caso Leopoldo Ortega Rodríguez, considerando 12°, en Revista Fallos del Mes No. 311, octubre 1984.

¹⁷⁶ La decisión es incorrecta porque la incorporación de un tratado no está determinada por la posibilidad de aplicación directa del mismo. La relación es, en realidad, inversa: la incorporación es una condición necesaria para la aplicación de un tratado. Un tratado puede perfectamente ser parte del derecho doméstico de un Estado (estar incorporado) pero aun así no ser autoejecutable. Por otra parte, la interpretación que efectuó la Corte Suprema del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ha sido rechazada por el propio Comité de Derechos Humanos, órgano supervisor del tratado, en su Observación General No. 3 de 1981, luego sustituida por la Observación General No. 31 de 2004. En ambas observaciones se ha establecido que el artículo 2 deja al arbitrio de cada Estado la opción de aplicar directamente el tratado en los tribunales nacionales. No puede concluirse, como lo hizo la Corte Suprema, que el artículo del Pacto estableciera que el mismo no es autoejecutable. Cf. Observación General No. 3 del Comité de Derechos Humanos, párrafo 1. [En línea] Disponible en [http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.1.Rev.9\(Vol.I\)\(GC3\)es.pdf](http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.1.Rev.9(Vol.I)(GC3)es.pdf) [Fecha de consulta: 23 de abril de 2015] y Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos, párrafo 13. [En línea] Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom31.html> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2015].

Suprema rechazó el argumento. Como señala la profesora Ximena Fuentes “el criterio que empleó la Corte para hacer tal determinación fue el de la redacción de la disposición”¹⁷⁷. Esto es, el mismo criterio empleado por el TC. Para la Corte la disposición invocada por el recurrente no tenía un carácter imperativo, simplemente porque señalaba que “los Estados velarán” porque el encarcelamiento fuera una medida de último recurso y por el período más breve que proceda, sin realizar un mayor análisis al respecto¹⁷⁸.

En materia comercial, como ha expuesto Mauricio Álvarez, existen diversos fallos en que los tribunales han aplicado directamente tratados de libre comercio sin un mayor análisis sobre la cuestión de la autoejecutabilidad¹⁷⁹. A modo de ejemplo se puede citar la sentencia del caso Otero Alvarado con Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, en que se reclamó contra el Servicio por el cobro de derechos arancelarios respecto de la importación de un vehículo desde Canadá. A juicio del recurrente, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, en el que las Partes se obligaron a aplicar un tratamiento libre de arancel aduanero a los bienes originarios de los Estados, implicaba que los derechos arancelarios cobrados por el SII le debían ser devueltos. La Corte de Apelaciones estuvo de acuerdo con el recurrente, y declaró que “no cabe sino concluir (...) que la eliminación de ese arancel aduanero ha debido operar y ha operado por el solo hecho de la vigencia del Tratado”¹⁸⁰. A juicio de la Corte “una distinta inteligencia del asunto llevaría a considerar que la obligación de eliminar el referido arancel aduanero habría quedado a la libre y arbitraria decisión de las Partes del Tratado, lo que no es compatible con sus disposiciones”¹⁸¹. La experiencia comparada demuestra que no basta con que un tratado de libre comercio se encuentre en vigor para que éste sea aplicado directamente. De hecho, en otros países (Estados Unidos, por ejemplo) este tipo de tratados no puede ser invocado por particulares porque no crean derechos para ellos y porque tienen cierta racionalidad que se

¹⁷⁷ FUENTES, Ximena. *Derecho Internacional Público (Comentario a las sentencias de la Corte Suprema de 2004)*. En: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, No. 1 (2004), p. 568.

¹⁷⁸ La crítica a esta decisión se puede consultar en *ibíd.*, pp. 568-570.

¹⁷⁹ ÁLVAREZ, op. cit. (nota 167), capítulo V.

¹⁸⁰ Sentencia citada en ÁLVAREZ, op. cit. (nota 167), p. 74.

¹⁸¹ *Ibíd.*

vería alterada con su aplicación directa en tribunales domésticos¹⁸². Este tipo de análisis, que toma en cuenta la lógica de estos tratados, podría ser considerado por los tribunales chilenos.

Conociendo de una acción de protección de garantías constitucionales interpuesta por una comunidad mapuche, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt aplicó el Convenio 169 de la OIT. La comunidad reclamó contra una serie de trabajos que se realizaban en terrenos adyacentes a los de la comunidad, en los que se construiría una enorme piscina con el fin de almacenar aguas contaminadas. Esto afectaba las actividades de la comunidad, particularmente un proyecto de etnoturismo y las actividades espirituales que ellos realizan. La Corte señaló que los trabajos conducentes a la construcción de la piscina debían someterse a evaluación ambiental, y agregó una interesante declaración sobre la aplicación del Convenio:

NOVENO: Que en otro orden de ideas, la intervención en cuestión, se ejecuta como se ha dicho en tierra indígena y por ende protegida por la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT, que esté último que se encuentra incorporado y vigente en nuestro sistema con la misma jerarquía de una ley de la República, desde el 15 de septiembre de 2009.

Así las cosas, ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N° 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal, le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta¹⁸³.

Se trata entonces de una mención expresa a la autoejecutabilidad, adoptando el criterio del Tribunal Constitucional. Aunque la decisión de acoger la acción de protección fue confirmada por la Corte Suprema, ésta decidió eliminar el considerando recién citado (con el voto en contra del ministro Sergio Muñoz).

¹⁸² Para una análisis más acabado al respecto véase *infra*, pp. 104 y ss.

¹⁸³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol 36-2010, de 27 de julio de 2010. La Corte Suprema elimina el considerando 9° en su Sentencia Rol 5757-2010, de 15 de septiembre de 2010.

En un caso sobre nulidad de registro de propiedad industrial, el recurrente reclamó la autoejecutabilidad del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial a propósito del uso no autorizado de la marca O'Neill. La sentencia del Tribunal de Propiedad Industrial había declarado prescrita la acción de oposición a registro de la marca Mc'Oneill. El recurrente reclamaba que, conforme a las reglas del tratado internacional, no existía plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe. La Corte Suprema le dio la razón al recurrente, señalado que “el presente caso ha de regirse por las disposiciones del referido Convenio”¹⁸⁴, señalando que había sido publicado como ‘Ley de la República’. Sin embargo, la decisión no se refirió a la autoejecutabilidad del tratado.

En 2010, la República de Colombia solicitó la extradición de Manuel Olate, ciudadano chileno, acusado de cometer delitos de connotación terrorista. Por aplicación de las reglas de competencia, este caso fue conocido por un ministro de la Corte Suprema. En su sentencia, al analizar el estatuto jurídico aplicable a la extradición, en particular aplicación del Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, el ministro Sergio Muñoz concluyó que este tratado contempla normas sobre tipificación de conductas delictivas que no son autoejecutables porque “requiere de determinaciones de derecho interno para otorgarle plena vigencia”¹⁸⁵. Para arribar a esta conclusión, el ministro consideró que el propio tratado en su artículo 4° “impone a cada Estado Parte adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como ilícito penal, con arreglo a su legislación interna, los delitos enunciados en el artículo 2° y sancionar esos delitos graves con penas adecuadas”¹⁸⁶. Con respecto a la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables, señaló que su origen se encontraba en Estados Unidos y se refería a la necesidad de implementación de las normas. En palabras del ministro Muñoz:

Sin embargo, esta misma distinción, posteriormente la Suprema Corte del mismo país del norte la derivó en un efecto distinto, aceptando los tratados *self executive* (sic) (autoejecutables) y *non self executive* (sic) (no auto ejecutables), pero en esta ocasión para precisar si requieren actos legislativos o administrativos complementarios, circunstancia que trae como consecuencia, distinguir si son susceptibles de aplicación inmediata y directa por los tribunales en el orden interno del Estado¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Sentencia de la Corte Suprema Rol 2187-2009, de 21 de enero de 2011, considerando 6°.

¹⁸⁵ Sentencia dictada por el ministro Sergio Muñoz Rol 8043-2010, de 15 de enero de 2011, considerando 10°.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

Con respecto a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, el ministro llegó a una conclusión similar¹⁸⁸. No hubo pronunciamiento sobre criterios que determinen la autoejecutabilidad ni mayor análisis sobre la aplicación directa de tratados.

En otra decisión referente a una acción de protección, la Corte Suprema mencionó la aplicación del Convenio 169. Se trató de una acción de protección presentado por la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños y la Comunidad Atacameña Toconao, en que alegaron contra la decisión de la Comisión Regional de Medioambiente de Antofagasta de calificar favorablemente el proyecto de actualización de plan regulador de San Pedro de Atacama, sin someterlo a un Estudio de Impacto Ambiental que incluyera participación ciudadana. En concreto, el proyecto denunciado producía efectos que, según la normativa que regula el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se deben evaluar a partir de un Estudio de Impacto Ambiental y no a través de una Declaración de Impacto Ambiental como aconteció. Además, alegaron que la autoridad faltó al deber de consulta a los pueblos indígenas que contempla el Convenio N° 169 de la OIT. La Corte sostuvo:

Que, por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá **ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla**, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido¹⁸⁹ (énfasis añadido).

En esta decisión la Corte Suprema considera que la norma sobre consulta establecida por el Convenio 169 es directamente aplicable y que no basta con la normativa aplicable en la materia.

En ninguna de las sentencias citadas en esta sección se realiza un análisis detallado en materia de autoejecutabilidad. No se toma en consideración la experiencia comparada en la materia, ni se entregan fundamentos que justifiquen el criterio para aplicar el tratado internacional en cuestión. ¿Ocurrirá lo mismo en otros órganos del Estado?

¹⁸⁸ Sentencia dictada por el ministro Sergio Muñoz Rol 8043-2010, de 15 de enero de 2011, considerando 11°.

¹⁸⁹ Sentencia de la Corte Suprema Rol 258-2011, de 13 de julio de 2011, considerando 10°.

La práctica de la Contraloría General de la República

En las secciones anteriores se han analizado las decisiones sobre autoejecutabilidad particularmente en el contexto judicial, esto es, la posibilidad de aplicar disposiciones de tratados para resolver controversias jurídicas planteadas ante los tribunales de justicia. Pero la aplicación de tratados también ocurre o puede plantearse en otros órganos del Estado. Uno de ellos, en donde de hecho ha ocurrido, ha sido la Contraloría General de la República, el órgano encargado de velar por la legalidad de los actos de la administración.

En su dictamen No. 9.353 de 1991, la Contraloría se pronunció con respecto a si los jefes y funcionarios internacionales superiores de la planta de la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL) tenían derecho a que se les concediera, para los vehículos de su propiedad, patentes de gracia, sin que procediera aplicar la distinción de nacionalidad señalada en el Decreto Ley 3.063 de 1979. Se trataba de un caso de antinomia entre el Decreto Ley y el Convenio suscrito entre Chile y la CEPAL. La Contraloría lo resolvió a favor del tratado, señalando que los tratados integran el ordenamiento jurídico ‘como ley de la república’ debiendo primar el convenio internacional porque se trata de un acto jurídico colectivo que compromete la responsabilidad del Estado. En el dictamen se lee lo siguiente:

[C]onsiderando el doble carácter que revisten los tratados o convenciones internacionales en cuanto a que, por una parte, constituyen normas de derecho internacional público que, una vez ratificados, deben cumplirse cabalmente por los estados partes, pudiendo estos incurrir en responsabilidad ante la comunidad internacional en caso de incumplimiento y, por otra, integran el ordenamiento jurídico interno, como ley de la república, cuando el congreso les otorga su aprobación conforme constitución política art. 50 N° 1 y el presidente de la república los promulga por decreto supremo de relaciones exteriores, ordenando su publicación en el diario oficial, esto es, sometiéndolos a trámites de una ley común. Así, los acuerdos o convenios legalmente aprobados por los estados, constituyen contratos que no pueden modificarse sino por consenso de las partes, lo que se vulneraría con la aplicación de una ley local que modifique o suprima las franquicias o exenciones provenientes de un tratado internacional, por lo que en caso de conflicto de leyes, prevalece el tratado, acto jurídico colectivo que compromete la responsabilidad del estado por sobre la ley interna que es un acto jurídico unilateral¹⁹⁰.

Aunque el referido dictamen no hace mención al concepto de autoejecutabilidad o efecto directo (como vimos, su recepción en Chile es posterior), sí nos permite concluir que para la Contraloría

¹⁹⁰ Dictamen No. 9.353 de la Contraloría General de la República, de 15 de abril de 1991.

los tratados tienen valor como fuente de derecho interno y por lo tanto pueden ser aplicados para revisar la legalidad de los actos administrativos¹⁹¹. En esa oportunidad, sin embargo, no se entregó ningún criterio para determinar cuándo un tratado puede ser aplicado directamente.

Fue en el año 2006, en que existe por primera vez una mención expresa a la noción de autoejecutabilidad o aplicación directa de tratados. En efecto, la Contraloría tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de que disposiciones del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Chile y Estados Unidos fueran declaradas autoejecutables¹⁹².

En uso de sus atribuciones, le fue requerido –por un particular- un pronunciamiento para que precisara que el Instituto de Salud Pública (ISP) no puede conceder una autorización de comercialización que implique una violación al artículo 17.10 del TLC. La situación que suscitó tal requerimiento fue la siguiente: a un laboratorio le fue concedido un registro sanitario de un medicamento, de su producción, como “producto nuevo”. Con posterioridad a la obtención de este registro, otros laboratorios solicitaron al ISP el registro sanitario para el mismo producto. El requirente argumentaba la autoejecutabilidad del TLC, sosteniendo que, de acuerdo al artículo 17.10 del TLC, el registro sanitario constituía una autorización de comercialización que estaba amparada como “información no divulgada” y que, en consecuencia, el ISP debía rechazar las solicitudes de terceros que no cuenten con el permiso de quien haya obtenido el primer registro, por un período de cinco años a contar de la fecha de la obtención de dicho registro¹⁹³.

El dictamen rechazó este argumento, considerando que fue necesaria la dictación de una ley que incorporó múltiples modificaciones a la ley de propiedad industrial para que la obligación establecida en el tratado se incorporara al derecho interno. En este aspecto fue necesaria

¹⁹¹ El argumento de la Contraloría para señalar que en caso de un conflicto de leyes prevalece el tratado es equivocado, como ya ha sido explicado por la profesora Ximena Fuentes. Cf. FUENTES, *La jerarquía y el efecto directo*, op. cit. (nota 127), pp. 603-604.

¹⁹² Dictamen No. 61.817 de la Contraloría General de la República, de 26 de diciembre de 2006.

¹⁹³ El artículo 17.10.1 del TLC establece que: “Si una Parte exige la presentación de información no divulgada relativa a la seguridad y eficacia de un producto farmacéutico o químico agrícola, que utilice una nueva entidad química que no haya sido previamente aprobada, para otorgar la autorización de comercialización o permiso sanitario de dicho producto, la Parte no permitirá que terceros, que no cuenten con el consentimiento de la persona que proporcionó la información, comercialicen un producto basado en esa nueva entidad química, fundados en la aprobación otorgada a la parte que presentó la información. Cada Parte mantendrá dicha prohibición, por un período de a lo menos cinco años contado a partir de la fecha de aprobación del producto farmacéutico y de diez años contado desde la fecha de aprobación del producto químico agrícola. Cada Parte protegerá dicha información contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público”.

implementación legislativa. A juicio de la Contraloría, en el mismo TLC se establecía que en aquellos casos en que para implementar las obligaciones se requiriera de modificación de la ley interna esas disposiciones entrarían en vigor “tan pronto como fuera posible”¹⁹⁴. Por lo mismo, concluyó que sólo a contar de la vigencia de la ley que implementa en ese aspecto el TLC, el Instituto de Salud Pública se encuentra en el imperativo de no divulgar ni utilizar datos de prueba u otros que tengan naturaleza de no divulgados relativos a un producto farmacéutico registrado como ‘producto nuevo’. Con anterioridad a la dictación de la ley, el ISP no podía sujetarse al artículo 17.10 del TLC porque no era autoejecutable. En su dictamen la Contraloría adoptó expresamente el criterio asentado por el Tribunal Constitucional, citando su sentencia sobre el Convenio 169, y analizando el texto del TLC. De esta manera, el dictamen deja la puerta abierta a que otras disposiciones sí sean declaradas autoejecutables dependiendo en el mismo criterio ‘gramatical’¹⁹⁵.

En 2008, la Contraloría se pronunció sobre las facultades del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) para revisar el equipaje de agentes diplomáticos, cuestión que ha suscitado conflictos porque algunos agentes se han negado a la inspección de su equipaje invocando su inmunidad diplomática consagrada en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, imposibilitando la labor fiscalizadora del SAG. Al respecto la Contraloría señaló que dicha Convención constituye “un cuerpo normativo que tiene fuerza de ley en el ordenamiento jurídico nacional” y con respecto al cual el Estado “se encuentra obligado no sólo a aplicar sus normas, sino también a adecuar o dictar su legislación interna de conformidad con sus disposiciones...”¹⁹⁶. No obstante lo anterior, la Contraloría concluyó que no existía violación alguna a la normativa vigente, ni nacional ni internacional, porque la propia Convención establece límites a los privilegios e inmunidades concedidos a agentes diplomáticos¹⁹⁷.

Los dictámenes referidos permiten conocer la postura de la Contraloría en materia de aplicación de tratados. En sus pronunciamientos se ha explicitado el fundamento normativo para dar

¹⁹⁴ Cf. Artículos 17.12.1 y 17.12.2 del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos.

¹⁹⁵ Cf. Dictamen No. 61.817 de la Contraloría General de la República, de 26 de diciembre de 2006, sección II.

¹⁹⁶ Dictamen No. 26.154 de la Contraloría General de la República, de 6 de junio de 2008. El dictamen no determina, con alcances generales, en qué condiciones el Estado se encuentra obligado a aplicar las normas de un tratado.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

aplicación directa a tratados internacionales, que al igual que en el caso de las decisiones judiciales, se sustenta en la asimilación de los mismos a la ley. A juicio de la Contraloría, dar aplicación de una ley local que contradiga un tratado vulneraría la naturaleza contractual de este último, porque solo pueden ser modificados por consenso de las partes. Por supuesto que aplicar una ley en contradicción a un tratado podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado, pero no es cierto que se vulneraría la naturaleza contractual: el tratado no sería modificado unilateralmente ni perdería su vigencia o validez internacional. Por este mismo motivo no se puede establecer como consecuencia lógica que en el derecho interno exista el deber de dar preeminencia al tratado, si es que el derecho nacional no lo prescribe específicamente, y por esto que el argumento de la Contraloría es errado.

Con respecto al criterio que determina cuándo un tratado puede ser aplicado directamente, la Contraloría sólo en un dictamen se pronuncia sobre él, adoptado la posición del Tribunal Constitucional. Si bien en la materia respecto de la cual debió pronunciarse declaró que las disposiciones del Tratado de Libre Comercio no eran autoejecutables, dejó abierta la posibilidad de que otras disposiciones –tanto del TLC Chile Estados Unidos como de otros tratados- puedan ser aplicadas dependiendo de su tenor literal. Pero en el derecho comparado, pese a que los tratados utilicen un lenguaje claro o no programático, esta no suele ser la única razón que determine la autoejecutabilidad de un tratado.

Basta considerar, por ejemplo, la postura de la contraparte en el tratado, Estados Unidos, con respecto a la aplicación directa del TLC con Chile. En los Estados Unidos, el tratado fue aprobado mediante una ley que estableció específicamente que el tratado no puede ser invocado en el derecho interno, negando entonces la posibilidad de su aplicación directa:

Sec. 102 (...) (c) Efecto del acuerdo con respecto a remedios privados- Ninguna persona que no sea Estados Unidos: (1) tendrá ninguna causa de acción o de defensa en el marco del Acuerdo o en virtud de la aprobación del Congreso del mismo; o (2) podrá impugnar, en cualquier recurso interpuesto en virtud de alguna disposición legal, cualquier acción u omisión de cualquier departamento, agencia, u otra instrumentalidad de los Estados Unidos, o de cualquier Estado, o cualquier subdivisión política de un Estado sobre la base de que tal acción u omisión es incompatible con el Acuerdo¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Ley de Implementación del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile (United States-Chile Free Trade Agreement Implementation Act). Disponible en: <http://www.uscis.gov/ilink/docView/PUBLAW/HTML/PUBLAW/0-0-0-25946.html#0-0-0-3359> [Fecha de

Resulta sorprendente que mientras Estados Unidos disponga en términos tan categóricos que el acuerdo no puede ser invocado por ninguna persona salvo por el Estado, las instituciones chilenas se apeguen a un criterio tan simple como el ‘tenor literal’ para determinar si alguna cláusula goza de efecto directo. La Contraloría no analizó los posibles alcances de sus decisiones ni de los criterios que utilizan. La decisión del Congreso de los Estados Unidos se puede explicar, en mi opinión, porque en materias comerciales prefieren que sea el órgano ejecutivo el que se preocupe por la aplicación del tratado, además de considerar que este tipo de tratados generalmente contiene capítulos sobre solución de controversias. Si los mismos Estados contratantes deciden que las controversias que surjan en la aplicación de un tratado sean resueltas a través de determinados mecanismos, ¿por qué los tribunales u otros órganos habrían de alejarse de la voluntad de las partes? En Chile este tipo de consideraciones no han sido consideradas. Pero el criterio utilizado hasta ahora resulta claramente insuficiente. Como señala Santiago Montt:

Si bien los factores objetivos [i.e. criterios como el lenguaje] parecen primar, al mismo tiempo es indiscutible que tales criterios resultan absolutamente insatisfactorios para analizar las miles de formulaciones y matices que presentan los tratados internacionales celebrados por Chile [...] [E]l nivel de autoejecutabilidad aceptado comúnmente por los demás países debe ser un factor a ser considerado por nuestro ordenamiento. No parece razonable adoptar una posición absolutamente cargada a la autoejecutividad cuando todos los demás declaran los tratados como no autoejecutables¹⁹⁹.

Para mostrar cómo el criterio utilizado por las instituciones chilenas resulta insuficiente y problemático –creando más preguntas que respuestas– analizaré lo que ha sucedido con la aplicación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales por parte de los tribunales de justicia.

consulta: 25 de abril de 2015]En inglés: “Sec. 102 (...) (c) Effect of agreement with respect to private remedies- No person other than the United States: (1) shall have any cause of action or defense under the Agreement or by virtue of Congressional approval thereof; or (2) may challenge, in any action brought under any provision of law, any action or inaction by any department, agency, or other instrumentality of the United States, any State, or any political subdivision of a State on the ground that such action or inaction is inconsistent with the Agreement”.

¹⁹⁹ MONTT, Santiago. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 32, No. 1 (2005), pp. 33-34.

Un caso de estudio: la aplicación del derecho a consulta establecido en el Convenio 169

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales es un tratado internacional que tiene por finalidad establecer derechos a los pueblos indígenas basados en una actitud de respeto por las culturas y el modo de vivir de los mismos. Establece, entre otros, derechos sobre la tierra y los recursos naturales, a participar en la utilización, administración y conservación de ellos, y exige a los Estados que se consulte a los pueblos indígenas cuando éstos puedan ser afectados por las medidas que éste adopte, además de establecer derechos en materias educacionales, laborales y de salud.

Uno de los principios fundamentales del Convenio lo constituye el de la participación de los pueblos indígenas en las decisiones estatales que hayan de afectarles²⁰⁰, el que se consagra mediante el derecho de los pueblos a ser consultados previamente respecto de esas medidas legislativas o administrativas. El artículo 6 del Convenio, señala que “al aplicar las disposiciones del presente Convenio” los gobiernos deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

En las sentencias pronunciadas en los roles 309 y 1050, el Tribunal Constitucional determinó que el derecho a consulta establecido en el artículo 6 es una norma autoejecutable, esto es, una norma cuya precisión era suficiente para ser aplicada de manera directa.

Sin embargo, el Convenio no regula ni el procedimiento, ni la forma, ni la oportunidad en la que se debe llevar a cabo la consulta. Tampoco revela quiénes deben ser consultados ni cuándo una materia es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. El listado de las materias vinculadas a la consulta que el Convenio no regula podría continuar. Es por esto que tiene razón Jorge Contesse cuando señala que “es cuestionable que la norma del artículo 6, que establece la consulta previa como derecho de los pueblos indígenas, tenga un grado de especificidad tal que

²⁰⁰ La OIT ha señalado que “la consulta es un principio fundamental del Convenio”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual* (2003), p. 15.

permita a un operador interno aplicarla sin más”²⁰¹. Precisamente a causa de esa falta de especificidad es que se han suscitado problemas en la aplicación de la consulta.

En el ámbito judicial, desde la entrada en vigencia del Convenio existen fallos con diversas interpretaciones acerca de la procedencia de la consulta en procedimientos de evaluación ambiental así como sobre las características que, a la luz del Convenio, debiera tener la misma. En un comienzo, la Corte Suprema consideró que las normas de participación establecidas en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) cumplían con el estándar de consulta del Convenio 169. Esto es, en la medida que se cumplía con las normas de participación de la ley, se daba pleno cumplimiento al Convenio. El razonamiento de Corte se basó en considerar que el artículo 11 de la mencionada ley obligaba a los proyectos de inversión que causaran ciertos efectos a someterse a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). En particular la letra c) del artículo 11 establecía como causal de ingreso el “reasantamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”. Al ingresar al sistema de evaluación ambiental mediante un EIA procedía la participación ciudadana. En consecuencia, para la Corte, ello era suficiente para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en el Convenio 169.

Así, en el caso ‘Palguín’²⁰², relativo a la impugnación de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) que calificó favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental de un proyecto de piscicultura ubicado en el sector de Palguín, la Corte de Apelaciones de Temuco, acogió el recurso considerando que no se había consultado a los pueblos indígenas. La Corte Suprema, revocando la decisión, señaló que el instrumento mediante el cual se evalúe un proyecto es lo que determina la procedencia de la consulta indígena. Esto, por cuanto un Estudio de Impacto Ambiental procede cuando se produce alguno de los efectos previstos en el artículo 11 de la LBGMA, dentro de los que se considera la afectación de comunidades humanas. Y los EIA contemplan una etapa de participación ciudadana que asegura la consulta a los pueblos indígenas. Como ha señalado el profesor Luis Cordero:

²⁰¹ CONTESSE, Jorge. *El derecho de consulta previa en el Convenio 169 de la OIT. Notas para su implementación en Chile*. En: CONTESSE, Jorge (Ed.) *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*. Ediciones Universidad Diego Portales (2012), p. 209.

²⁰² Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 1525-2010, de 17 de mayo de 2010.

[P]ara la jurisprudencia de la Corte Suprema se cumplía con las exigencias del Convenio si lo que se tramitaba era un EIA, porque en tal caso existiría una etapa de participación ciudadana, que también beneficiaría a los pueblos indígenas y, en tal caso, no se produciría un problema de validez²⁰³.

En el caso ‘Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia’, la Corte Suprema hizo explícita su postura acerca de cuál es el estándar que debe cumplir la consulta:

Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen²⁰⁴.

En una primera etapa, entonces, la Corte Suprema consideró que las normas sobre participación ciudadana de la LBGMA cumplían con el estándar que debe tener la consulta de acuerdo al Convenio 169. Lo que probablemente subyacía a las decisiones judiciales es que cuando el legislador estableció un determinado procedimiento de participación ciudadana de alcance general, incluidas por cierto las comunidades indígenas, decidió que no era necesario ni apropiado un procedimiento especial para las comunidades indígenas: sus derechos estaban lo suficientemente cautelados por la ley. Pero el criterio de la Corte cambió.

En efecto, los casos posteriores demuestran un cambio radical por parte de la Corte Suprema. En marzo de 2012, la Corte Suprema acogió el recurso de protección presentado en contra de la Resolución de Calificación Ambiental que aprobaba un megaproyecto eólico en Chiloé. La Corte estimó que no se había llevado a cabo la consulta en los términos previstos por el Convenio y que eso tornaba ilegal el acto administrativo por faltar a un imperativo legal. Adicionalmente, la Corte sostuvo que el proyecto exigía la realización de un EIA y que el procedimiento de participación ciudadana debía ajustarse “además” a lo que establece el Convenio 169, por lo que para la Corte el procedimiento de participación ciudadana en el marco de la ley no cumple por sí mismo con el requisito de la consulta establecido en el Convenio 169. En la decisión se lee:

²⁰³ CORDERO, Luis. *Derecho Administrativo y Convenio 169. La procedimentalización de los conflictos a consecuencia de soluciones incompletas*. En OLEA, Helena (Ed.). *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*. Ediciones Universidad Diego Portales (2013), p. 75.

²⁰⁴ Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 4078-2010, de 14 de octubre de 2010, considerando 7°.

Noveno: Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las opiniones respecto de la utilización de las tierras indígenas de las comunidades originarias interesadas. Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que correspondía acatar la autoridad por imperativo legal, proceder que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas.

Décimo: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación del proyecto “Parque Eólico Chiloé” era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que **deberá ajustarse además** a los términos que el Convenio N°169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido²⁰⁵.

Una vez que definió que el procedimiento de participación previsto por la ley no era equiparable al derecho a consulta establecido por el Convenio, aplicó dicho criterio en los casos Línea Eléctrica de Transmisión Melipeuco-Freire, Lago Lanco-Panguipulli y Plan Regulador de San Pedro.

En el caso Lago Lanco-Panguipulli la Corte Suprema, confirmando una sentencia que había acogido un recurso de protección contra una RCA que calificaba favorablemente una Declaración de Impacto Ambiental, señaló que la participación ciudadana de la LBGMA era una cuestión distinta a los estándares que contempla el Convenio 169:

TERCERO: Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

CUARTO: Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la resolución N° 041 por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto “Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli”, pese a que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la Ley 19.300, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley 19.300 y el Convenio 169, incurrió en un actuación ilegal afectando con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental²⁰⁶.

²⁰⁵ Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 10090-2011, de 22 de marzo de 2012, considerandos 9° y 10° (énfasis añadido).

²⁰⁶ Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 6062-2010, de 4 de enero de 2011, considerandos 3° y 4°.

Por su parte, en la sentencia relativa al Plan Regulador de San Pedro de Atacama, la Corte Suprema señaló que el nuevo instrumento de planificación territorial para la comuna de San Pedro debía haberse sometido al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un EIA y que además no se había sometido al deber de consulta previsto en el Convenio 169. La Corte concluyó:

NOVENO: Que tal proceder deviene en que la Resolución de Calificación Ambiental impugnada, incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta las aspiraciones y formas de vidas de las comunidades originarias interesadas; Tal carencia torna ilegal la decisión al faltar a un deber de consulta que debía acatar la autoridad por imperativo legal, lo que lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica “no igualar” para los efectos de resolver;

DECIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido²⁰⁷.

El criterio que subyace a las decisiones del Corte Suprema es que cuando un proyecto o actividad pueda afectar a comunidades indígenas, el procedimiento de evaluación ambiental no puede realizarse sin la participación de dichas comunidades, pues por dicha vía se estaría violentando el Convenio 169 y de esta manera se afecta el principio de igualdad²⁰⁸.

El cambio de criterio por parte de la Corte Suprema ha supuesto una interpretación del deber de consultar previsto en el Convenio que, de alguna manera, amplía la obligación de participación de la comunidad establecida en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Para la Corte no es ya suficiente la participación ciudadana prevista por la LBGMA. El Convenio establecería un estándar distinto, requiere algo más que la participación prevista por la ley.

²⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 258-2011, de 13 de julio de 2011, considerandos 9° y 10°.

²⁰⁸ Cf. CORDERO, Luis. *Judicializando la energía: el problema no es el SEIA*. Publicado en El Mercurio Legal (2012). [En línea] Disponible en www.core.cl/destacado/2012/04/16/judicializando-la-energia-el-problema-no-es-el-seia [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2015].

Como ha concluido el Informe Anual de Derechos Humanos del año 2012 de la Universidad Diego Portales la aplicación de la consulta indígena en el ámbito judicial no ha terminado de dirimir la relación entre el Convenio y la ley, con una jurisprudencia ambigua:

En síntesis, el foro en donde se han puesto en juego los alcances y aplicación concreta de la consulta indígena ha sido el judicial; este, si bien ha ido considerando de manera creciente las normas del Convenio 169 sobre la materia, no ha dirimido si los ámbitos de aplicación de la ley indígena y ambiental satisfacen los requerimientos de la consulta y participación contenidos en los instrumentos internacionales²⁰⁹.

Las diferencias interpretativas en las decisiones de la Corte Suprema –y de las Cortes de Apelaciones- ponen en evidencia los problemas que ha generado la aplicación del derecho a consulta y la ausencia de regulación. La implementación de este derecho a través de la dictación de una ley habría entregado certeza jurídica. Los ciudadanos –entre ellos los pueblos indígenas- conocerían el procedimiento y la forma de llevar a cabo la consulta.

Los problemas en la aplicación de la consulta no son exclusivos de los tribunales de justicia. Los órganos de la Administración del Estado también han aplicado de manera disímil la consulta, particularmente en cuanto a la determinación del responsable de efectuarla, el procedimiento para llevarla a cabo y su procedencia. En un estudio realizado por Andrés Fernández y Cristhian de la Piedra, se refieren particularmente a la práctica de la administración en esta materia señalando lo siguiente:

Si bien el derecho de consulta constituye un deber para el Estado, diversos órganos con competencia ambiental al evaluar proyectos sometidos al SEIA han requerido a los titulares de proyectos la realización de acciones de consulta hacia las comunidades, traspasando de esta forma la obligación hacia los privados. En otras circunstancias, el propio organismo encargado de los asuntos indígenas ha llegado a exigir a los titulares de proyectos la “autorización” de la comunidad indígena como condición para ejecutar los proyectos. Con relación al procedimiento con el que debe realizarse la consulta indígena, algunos órganos del Estado han calificado como insuficiente el proceso de participación ciudadana contemplado por la Ley N° 19.300 para los Estudios de Impacto Ambiental, ya que estiman que este procedimiento no daría respuesta satisfactoria a lo estipulado en el artículo 6 del Convenio²¹⁰.

²⁰⁹ CODDOU, Alberto (Ed.). *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2012*. Ediciones Universidad Diego Portales (2012), p. 177.

²¹⁰ FERNÁNDEZ, Andrés y DE LA PIEDRA, Cristhian. *Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169*. En: Revista Estudios Públicos No. 121 (2011), p. 112.

Los mismos órganos de la Administración a veces han requerido que sean los titulares de proyectos los que realicen la consulta, llegando a exigir la autorización de la comunidad indígena, y han tenido posturas ambivalentes acerca de si el proceso de participación contemplado en la ley es suficiente o no para cumplir con el derecho a consulta previsto por el Convenio. Adicionalmente han surgido interpretaciones divergentes acerca de la procedencia de la consulta. Por ejemplo en algunos casos ésta se ha exigido por el solo hecho que el proyecto se emplace en un área de desarrollo indígena, sin atender al criterio de afectación²¹¹.

El Tribunal Constitucional determinó que el derecho a consulta era autoejecutable, basándose en la claridad y precisión suficiente de su formulación. Para arribar a esta conclusión consideró el lenguaje no condicional utilizado por la disposición. Al revisar parte de la práctica de los tribunales de justicia y de los órganos de la administración del Estado, aparecen de manifiesto los problemas de este criterio. Los vacíos de regulación en la materia han provocado interpretaciones disímiles, contradictorias, por parte de estos órganos. La falta de regulación ha sido suplida por una variante jurisprudencia que revisa los actos administrativos aplicando diferentes estándares. Al respecto, Cristián Sanhueza ha señalado:

La ausencia de una normativa clara, pues sabemos que el convenio establece el derecho a la consulta mas no la forma de realizarse, dispone a los tribunales de justicia el deber de pronunciarse sobre aspectos que, en mi opinión, son propios de la esfera política y no judicial²¹².

Esta postura me parece correcta. Han sido los tribunales los que han debido pronunciarse sobre aspectos que debieran ser zanjados por los órganos políticos. Esta misma razón es la que explica que el mismo Tribunal Constitucional haya interpelado a los órganos legisladores a que regulen la consulta. A mi juicio, los problemas que ha generado la aplicación de esta disposición estimada como autoejecutable llevó al TC a tener que declarar que la autoejecutabilidad no obstaba a la regulación sino que la impelía²¹³.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 113-114.

²¹² SANHUEZA, Cristián. *La consulta previa en Chile: del dicho al hecho*. En: OLEA, Helena (Ed.). *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*. Ediciones Universidad Diego Portales (2013), p. 254.

²¹³ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional Roles No. 2387 y 2388 (acumulados), de 23 de enero de 2013, considerandos 23° y 24°. Para el análisis de esta sentencia, véase *supra*, pp. 69-72.

Uno de los últimos desarrollos en materia de la aplicación del Convenio 169 en el derecho doméstico lo constituye la dictación del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en octubre de 2014. Este reglamento, dispone en su artículo 85 el deber del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental de diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental²¹⁴. La aplicación de esta nueva norma en el contexto del SEIA y la interpretación que los tribunales hagan de ella en relación con el Convenio 169 está aún por verse.

Conclusiones

La regulación de los tratados internacionales en el derecho chileno es particularmente escueta. No existen reglas generales sobre su incorporación ni sobre sus efectos, lo que obedece a que todavía son concebidos como instrumentos que regulan las relaciones exteriores de los Estados. Como se estableció en un capítulo anterior, el efecto directo de los tratados es una decisión política que cada Estado es libre de adoptar. En el caso chileno, dicha decisión política ha sido de alguna forma adoptada por los tribunales.

La decisión del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169 marcó un hito en cuanto a la aplicación directa de los tratados internacionales en el derecho chileno. En dicha sentencia acogió la noción de autoejecutabilidad y determinó un criterio que ha sido utilizado por otros

²¹⁴ El artículo 85 del Reglamento dispone: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental.

En el proceso de consulta a que se refiere el inciso anterior, participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva y deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta.

En caso que no exista constancia que un individuo tenga la calidad de indígena conforme a la ley N° 19.253, deberá acreditar dicha calidad según lo dispuesto en la normativa vigente.”

tribunales y órganos del Estado. En efecto, los tribunales ordinarios y la Contraloría han basado sus decisiones aplicando –explícita o implícitamente- la postura del Tribunal Constitucional. Ninguno de estos órganos ha llevado a cabo un mayor análisis en la materia, ni se ha considerado la existencia de diversos criterios para determinar la autoejecutabilidad de un tratado. De hecho, ningún órgano ha reparado en que el análisis del Tribunal Constitucional fue pensado para determinar qué normas de un tratado debían ser sometidas a un examen de constitucionalidad. En el caso de la Contraloría, se ha mostrado el extremo al que llega la postura chilena, que permite declarar autoejecutables disposiciones de tratados internacionales incluso cuando los otros Estados Parte niegan dicha autoejecutabilidad.

La insuficiencia del criterio aplicado por los tribunales queda de manifiesto en la aplicación del derecho a consulta establecido en el Convenio 169. Este derecho fue expresamente declarado autoejecutable por el Tribunal Constitucional, pero los problemas que ha generado su aplicación en la práctica demuestran que la implementación legislativa resulta deseable. Esto indica que no basta con analizar si una disposición utiliza un lenguaje programático para determinar su autoejecutabilidad, tal como lo demuestra la experiencia comparada.

Todo lo anterior da cuenta de la necesidad de una mejor comprensión sobre la naturaleza de los tratados internacionales contemporáneos y de sus efectos. Las características ya analizadas que poseen los tratados internacionales, sumado a los problemas que ha demostrado la práctica chilena hacen necesaria una teoría más compleja y acabada acerca de la relación entre el derecho internacional y el derecho doméstico, particularmente sobre el efecto directo de los tratados internacionales. En consecuencia, es necesario preguntarse por los criterios que debieran tener en cuenta los órganos del Estado para determinar si un tratado es autoejecutable.

CAPÍTULO IV
CRITERIOS RELEVANTES PARA DETERMINAR EL EFECTO DIRECTO DE UN TRATADO
INTERNACIONAL EN CHILE

En el capítulo anterior se intentó demostrar la insuficiencia del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional chileno en materia de autoejecutabilidad además de los problemas que ha generado, en la práctica de los tribunales ordinarios y de otros órganos, la aplicación de aquel criterio. Esto expone la necesidad de una reflexión más compleja acerca del efecto directo de los tratados internacionales en el derecho chileno.

La respuesta a la cuestión de la autoejecutabilidad, como ya se aclaró previamente, no se encuentra en el derecho internacional, sino en el derecho doméstico de cada Estado. Se trata de una decisión política en la que cada Estado puede sopesar los beneficios y desventajas que implica la aplicación directa de tratados. Este capítulo busca analizar, en primer lugar, si es deseable que los tratados internacionales tengan efecto directo en el derecho chileno. En segundo lugar, si los tratados han de tener efecto directo, es necesario preguntarse bajo qué criterios se determinará si las disposiciones del mismo pueden ser aplicadas directamente.

Por de pronto, la respuesta a ambas preguntas y en particular a aquella sobre los criterios para determinar cuándo un tratado puede ser aplicado directamente debieran dar cuenta de los principios constitucionales que informan al sistema jurídico chileno. Lo anterior es una consecuencia de que es el derecho doméstico el que define si los tratados son o no autoejecutables, y asimismo que la Constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema. La determinación sobre si un tratado puede ser aplicado directamente por los tribunales constituye una materia que toca el corazón del principio de separación de poderes. Si un tratado es autoejecutable, su aplicación queda entregada a los tribunales; si no lo es, su ejecución depende de los órganos ejecutivo o legislativo. Como ha señalado David Edward, ex juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “el efecto directo es acerca de la separación de poderes, y

en concreto sobre el alcance del poder judicial para hacer cumplir las obligaciones del Estado”²¹⁵.

En consecuencia, la decisión sobre la aplicación directa debe considerar distintos factores que se relacionan con los principios establecidos en la Constitución. Adicionalmente, una teoría sobre la autoejecutabilidad debiese dar cuenta de las características de los tratados internacionales contemporáneos y de los cuestionamientos a la legitimidad democrática del derecho internacional. El derecho doméstico puede ser una herramienta que contribuya a solucionar parte de estos problemas.

Tomando en cuenta lo anterior, el objetivo de este capítulo es ofrecer una reflexión sobre el efecto directo de los tratados en el derecho chileno, su conveniencia y entregar a los operadores jurídicos herramientas que les permitan analizar con mayor complejidad este tema.

¿Es deseable otorgar efecto directo a los tratados internacionales en el derecho chileno?

En Chile no ha existido una discusión profunda sobre la conveniencia ni las consecuencias que implica otorgarle efecto directo a los tratados internacionales. Las reflexiones de distintos autores sobre el tema han sido escuetas y en buena medida no dan cuenta de las implicaciones que conlleva la aplicación directa de los tratados²¹⁶.

Sin embargo, el efecto directo no es un concepto jurídico neutral. Supone la adopción de una decisión política que, como tal, no está exenta de consecuencias²¹⁷. Se trata nada menos que abrir el sistema jurídico a normas que enfrentan críticas acerca de su legitimidad democrática y cuya

²¹⁵ EDWARD, op. cit. (nota 97), pp. 424-425. En inglés: “direct effect is about the separation of powers, and specifically about the extent of the judicial power to enforce the obligations of the state”.

²¹⁶ Por ejemplo, en los escasos artículos que abordan la autoejecutabilidad, no se abordan las consecuencias de la misma, la práctica comparada o la relación entre principios constitucionales y aplicación directa: PEÑA, Marisol. *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*. En: Revista de Estudios Constitucionales, Vol. 1, No. 1 (2003), (se limita a mencionar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sin efectuar un análisis en la materia y apoyando la aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos); NASH, Claudio. *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*. [En línea] <http://www.cd.h.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf> [Fecha de consulta: 29 de abril de 2015] (que aboga por la autoejecutabilidad de los tratados sobre derechos humanos siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional). El contraste a estas opiniones, en donde son considerados las implicancias de la aplicación de tratados, puede encontrarse en MONTT, op. cit. (nota 199); FUENTES, *El derecho internacional y el derecho interno*, op. cit. (nota 25); y FUENTES, *La jerarquía y el efecto directo*, op. cit. (nota 127).

²¹⁷ Es necesario tener presente que en Chile no ha habido una decisión del poder constituyente ni del poder legislativo que responda a esta cuestión.

aplicación podría tener consecuencias con respecto a la regulación doméstica. Este problema se agudiza cuando el único criterio que determina si una norma es autoejecutable es la manera en que ha sido redactada. Pero más importante aún, el efecto directo permite que la ejecución de un tratado internacional dependa del Poder Judicial y que la decisión sobre qué normas internacionales serán aplicadas en el derecho chileno dependa de ellos. En otros términos, le entrega poder a los tribunales porque de lo que se trata de determinar con el efecto directo, es en qué circunstancias una determinada norma de un tratado ha pasado de la competencia del legislador o la administración a la competencia del juez²¹⁸. Jan Klabbers lo explica de la siguiente forma:

El concepto es en sí mismo problemático, no tanto porque pueda involucrar argumentos de política (pública) discutibles, sino también porque a veces su aplicación es prácticamente implausible (tal como la Corte [Europea] ha reconocido en algunos casos, pero no en otros) y, más importante, porque es susceptible a la crítica funcional que realmente no es más que una doctrina vacilante que da a los tribunales carta blanca para decidir qué normas del derecho internacional se incorporarán en su ordenamiento jurídico²¹⁹.

El poder de los tribunales aumenta en comparación a la de los otros órganos que conforman el Estado. Como señala el mismo Klabbers: “[e]n términos generales, es reconocido que al dar poder de decisión a los tribunales, se refuerza la posición de los tribunales *vis-à-vis* otros actores, en particular, al legislador”²²⁰. Es indispensable tener esto en consideración al analizar la posibilidad de autoejecutabilidad de los tratados porque, después de todo, ¿cuál es el órgano más preparado para tomar decisiones sobre el interés público o sobre cómo se deberían ponderar los derechos que se consagran en tratados internacionales? ¿Es una tarea que queremos sea resuelta por los representantes elegidos por el pueblo o por los jueces?

Dentro de los argumentos que se pueden desarrollar para defender la aplicación directa de los tratados, se encuentra la importancia que se le debiera asignar al cumplimiento de los tratados

²¹⁸ EDWARD, op. cit. (nota 97), p. 428.

²¹⁹ KLABBERS, op. cit. (nota 21), pp. 263-264. Original en inglés: [T]he notion is itself problematic, not so much because it may involve debatable policy arguments, but also because sometimes its application is practically implausible (as the [European] Court has recognized in a few cases, but not in some others) and, more importantly, because it is vulnerable to the functional critique that it really is little else but a half-hearted doctrine giving courts a free hand in deciding which norms of international law to allow into their legal order.

²²⁰ *Ibid.*, p. 264. En inglés: “More generally, it is recognized that by giving decision-making powers to courts, it reinforces the position of courts *vis-à-vis* other actors, in particular the legislator”.

internacionales en el derecho interno. El Estado de Chile debe honrar sus compromisos y asegurar que estos sean cumplidos por los tribunales nacionales. Pero esto constituye una comprensión deficitaria del derecho internacional. Que no se otorgue efecto directo a los tratados no implica, por definición, un incumplimiento de los mismos. Es importante recalcar que el cumplimiento de las obligaciones internacionales no depende de otorgar efecto directo a los tratados internacionales: a menos que el tratado especifique un modo determinado de cumplimiento, los Estados son libres para elegir a través de qué mecanismo darán cumplimiento al mismo. En este sentido, para el derecho internacional es irrelevante que se adopte una medida administrativa, que se dicte una ley o que se aplique el tratado en un tribunal; lo que importa es que la obligación se cumpla. Que en un sistema jurídico las normas de un tratado no tengan efecto directo no acarrea responsabilidad internacional, en la medida que la obligación sea cumplida.

Un segundo argumento puede ser elaborado al considerar los tratados sobre derechos humanos. El objetivo de este tipo de tratados es crear obligaciones de los Estados hacia sus ciudadanos, estableciendo derechos que los órganos estatales deben respetar. En esta medida, ¿qué mejor forma de garantizar dicho cumplimiento que entregando a los tribunales el poder para aplicar las disposiciones de los tratados? El Poder Judicial se erige como contrapeso al Poder Ejecutivo. El efecto directo opera garantizando derechos individuales en la esfera doméstica, y garantizando que ello no dependa del gobierno de turno o de los cambios en la composición del parlamento, solucionando además el problema de la falta de coercibilidad de las normas internacionales. El poder de los tribunales aumenta, pero aumenta para proteger los derechos de las personas.

Con todo, es necesario considerar elementos adicionales para sopesar los costos asociados a la aplicación directa de tratados.

En el capítulo I expuse algunas de las críticas existentes hacia la legitimidad de las normas internacionales, particularmente de los tratados internacionales. En particular, mencioné la crítica que apunta al déficit democrático que tienen las normas internacionales, al no ser creadas dentro de una comunidad política ni ser adoptadas por procedimientos que aseguren representatividad de los ciudadanos; la crítica a la falta de transparencia que existe en el proceso de creación de las normas, que permite que los Estados más poderosos impongan sus normas al resto; y la mínima

posibilidad de supervisión que tiene el electorado en la formación de estas normas²²¹. Al aplicar directamente los tratados internacionales, todas estas críticas se replican en el ámbito doméstico, y el sistema jurídico no se hace cargo de ellas.

En segundo lugar, otra de las consecuencias no consideradas de la aplicación directa de los tratados es la creciente presión que la autoejecutabilidad generaría para uniformar los diferentes esquemas regulatorios nacionales²²². Dado que no existe área del derecho que intrínsecamente escape de la posibilidad de ser regulada por el derecho internacional, el espacio para mantener leyes disímiles e independientes entre los Estados se reduce en la medida que las disposiciones de los tratados internacionales pasen a ser aplicadas directamente. El principio de autodeterminación, expresión de la democracia y diversidad de comunidades políticas, se ve afectado en la medida que lo anterior ocurra. El resultado de la negociación de un tratado, y los Estados que tienen más poder para influir en ella, podrían determinar la regulación del resto.

En tercer lugar, se ha destacado que muchos tratados se caracterizan por su textura abierta y los consiguientes riesgos que ello suscita en el contexto de la aplicación directa. A diferencia del argumento desarrollado en el párrafo anterior, que se aplica a tratados que regulan con mayor precisión las materias que abordan, en este caso se trata de tratados que utilizan conceptos abiertos. Por ejemplo, considérese un tratado que establece el derecho a la libertad de expresión. Lo que pueda entenderse por este concepto dentro de una comunidad política no tiene por qué significar lo mismo para otra comunidad. El significado de estos conceptos, por mucho que el sentido común indique lo contrario, no tiene nada de evidente. En este sentido, tal como indica el profesor Rodrigo Correa “sostener que un tratado semejante puede ser directamente aplicable por los tribunales equivale a entregar a los jueces un cheque en blanco. Y los cheques en blanco son contrarios a la *rule of law*”²²³. Aunque esta crítica no es decisiva –la misma podría hacerse a disposiciones constitucionales e incluso legales- sí puede alertar sobre los riesgos que implicaría la aplicación de este tipo de normas, fundamentalmente porque podría suponer que los jueces, en los hechos, llegaran a legislar. De esta manera, esta crítica muestra por una parte que una buena solución a este problema sería exigir que todos los tratados fueran implementados mediante

²²¹ Véase *supra* pp. 13-15.

²²² Cf. VON BOGDANDY, *op. cit.* (nota 52), p. 405.

²²³ CORREA, *op. cit.* (nota 19), p. 261.

legislación y, en segundo lugar, que en casos que se permitiera su aplicación directa, limitar estos riesgos a través de la formulación de criterios que hagan improbable que un juez llegue a legislar. Volveré sobre esto en las próximas secciones.

En cuarto lugar, ya he mencionado que el efecto directo tiene una estrecha relación con el principio de separación de poderes. La expansión de las materias que han comenzado a ser reguladas por los tratados internacionales, así como la densidad de esa regulación, y el surgimiento de órganos de supervisión a los que los Estados delegan potestades normativas, hacen necesario reflexionar sobre la posibilidad de que la facultad para celebrar tratados suplante el proceso doméstico de creación de leyes. La pregunta es cómo preservar las facultades del Congreso. En el contexto estadounidense, algunos autores han expresado esta misma preocupación:

La globalización, por lo tanto, y la concomitante expansión en el alcance y la complejidad de los tratados, plantea importantes preguntas acerca de si el poder de los tratados puede suplantar el proceso legislativo interno, si los tribunales pueden dar efecto a los tratados en áreas que recaen dentro de los poderes del Congreso según el Artículo I, Sección 8, y si los órganos que celebran los tratados pueden hacer que esos tratados no sean autoejecutables con el fin de preservar las prerrogativas del Congreso²²⁴.

Una postura que se tome en serio la doctrina de separación de poderes concluiría que cuando de materias de ley se trate, los tratados que versaren sobre ellas necesariamente debiesen ser incorporados mediante legislación. Como explica Eduardo Aldunate, la asimilación de tratados internacionales a la ley no es suficiente:

[...] desde una perspectiva clásica del constitucionalismo (...) no basta con que el texto haya sido “aprobado” por el parlamento, sino que haya sido el resultado de un acto político de decisión legislativa con las correspondientes posibilidades de intervención de los representantes del pueblo lo que, en el caso de los tratados –en que la participación parlamentara se limita bajo nuestra Constitución, a aprobar o no, y a sugerir la formulación de reservas- claramente no se cumple²²⁵.

²²⁴ YOO, *Globalism and the Constitution*, op. cit. (nota 73), p. 1969. Original en inglés: “Globalization, therefore, and the concomitant expansion in the scope and depth of treaties, raises important questions of whether the treaty power can supplant the domestic lawmaking process, whether courts are to give effect to treaties that intrude on areas within Congress’s Article I, Section 8 powers, and whether the treaty-makers can render such treaties non-self-executing in order to preserve congressional prerogatives”.

²²⁵ ALDUNATE, op. cit. (nota 132), p. 204, nota al pie 35.

Considerando lo anterior, existen argumentos que hacen cuestionar la aplicación directa de los tratados internacionales. ¿Cuál es, entonces, la mejor solución con respecto al efecto directo?

En mi opinión, la balanza debería inclinarse a negar el efecto directo a los tratados internacionales. Negar la posibilidad de autoejecutabilidad implicaría que la mayoría de los tratados internacionales debieran implementarse ya sea a través de legislación o de medidas administrativas para ser aplicados en la esfera doméstica. En la esfera internacional, por supuesto, el Estado quedaría obligado a cumplir con un tratado desde que éste entre en vigor. Negar el efecto directo supone que, cada vez que se requiera implementar un tratado, sea necesario un proceso deliberativo democrático para evaluar cuáles serán las consecuencias que en el derecho nacional tendrá cada tratado; qué normas internas será necesario crear, modificar o derogar; en fin, cuál será la regulación aplicable. En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor Rodrigo Correa:

La ratificación de un tratado internacional debiera ir de la mano con un debate público interno sobre los ajustes al derecho interno exigidos por el tratado. La mejor forma de promover tal debate es exigiendo que junto con aprobar el tratado se dicte la legislación necesaria para darle efecto como ley de la república. Ciertamente que esto dificultaría considerablemente el proceso de aprobación de los tratados internacionales pero garantizaría que éste sea más serio²²⁶.

De la misma forma, los cuestionamientos a la legitimidad del derecho internacional pierden sustento si las reglas del mismo son sometidas a implementación por parte de los órganos constitucionales domésticos. El principio democrático no se ve afectado: el control sobre las disposiciones de un tratado queda radicado en el Parlamento. En consecuencia, esta opinión no se funda en un rechazo al derecho internacional, sino, por el contrario, en tomarse en serio el mismo a la vez que tomar en cuenta los problemas que para el derecho doméstico suscita el efecto directo de los tratados. Como ha señalado John Yoo:

Cuanto más pasos existan en la implementación de los tratados, más abierto será el proceso y mayores serán las posibilidades de tener una discusión razonada sobre las políticas involucradas. El requisito de que los tratados reciban implementación legislativa expone a los acuerdos internacionales a los beneficios de un proceso

²²⁶ CORREA, op. cit. (nota 19), p. 265.

político más abierto, que promueve la elaboración de políticas estables y una más amplia aceptación política²²⁷.

Esta postura, sin embargo, no ha sido discutida en Chile y aparentemente no existen normas que permitan argumentar que los tratados no tienen efecto directo en Chile como regla general. El paradigma bajo el cual se han aplicado los tratados internacionales en el derecho chileno es que la autoejecutabilidad de los mismos no es en absoluto problemática. Debe ser entonces considerada como una postura *de lege ferenda*. Pero esto no quiere decir que los tratados internacionales deben continuar siendo aplicados de la forma en que lo han sido por los tribunales nacionales. El análisis de esta memoria inevitablemente lleva a concluir la necesidad de contar con diversos criterios que permitan determinar cuándo un tratado internacional puede o no ser aplicado directamente, dando cuenta así de los principios constitucionales que puedan restringir su aplicación. Lo que se propone a continuación no puede ser evaluado como una amenaza a la eficacia del derecho internacional o la estabilidad del cumplimiento de los tratados, sino como una legítima respuesta de un orden constitucional que busca contrapesar los riesgos provenientes del sistema jurídico internacional. En palabras de André Nollkaemper:

Las prácticas nacionales que limitan el efecto del derecho internacional no deben, entonces, ser vistas necesariamente como una amenaza para la eficacia del derecho internacional y la estabilidad del cumplimiento de los tratados, sino como una estrategia que proporciona controles y equilibrios que hacen falta en el plano internacional, y que afianzan el sistema de derecho internacional y a su legitimidad general²²⁸.

La práctica de los Estados demuestra que no existe una única respuesta en la materia. En efecto, si de lo que se trata es de resguardar principios constitucionales como la separación de poderes y de velar por la legitimidad de las normas aplicadas en el derecho doméstico, más de un camino puede ser tomado.

²²⁷ YOO, *Treaties and Public Lawmaking*, op. cit. (nota 73) p. 2241. Original en inglés: “The more steps that exist in implementing treaties, the more open the process and the greater the chances for reasoned discussion about the policies involved. A requirement that treaties receive implementing legislation exposes international agreements to the benefits of a more open political process, which promotes stable policymaking and broader political acceptance”.

²²⁸ NOLLKAEMPER, *The Duality of Direct Effect*, op. cit. (nota 22), p. 121. En inglés: “National practices that limit the effect of international law then should not necessarily be seen as a threat to the effectiveness of international law and the stability of treaty performance, but a strategy that provides checks and balances that are lacking at the international level, and which supports the system of international law and its overall legitimacy”.

Una forma de resguardar la legitimidad democrática y asegurar los principios constitucionales sería, tal como he argumentado, negar el efecto directo de los tratados internacionales, adoptando el modelo del Reino Unido. De esta manera, el Estado de Chile se podría continuar obligando internacionalmente a través de la suscripción de tratados pero cada vez que lo hiciera, necesitaría transformar los tratados en derecho interno a través de la dictación de la legislación correspondiente. Por ejemplo al ratificar el Convenio 169 de la OIT, habría sido necesario que el Congreso aprobara la regulación de, entre otros, el derecho a la consulta. Si ese hubiese sido el caso, hoy no existirían dudas acerca del procedimiento aplicable, la forma de llevarlo a cabo, los objetivos que debe conseguir. El derecho a la consulta previa habría sido tomado en serio. Otra manera podría ser otorgar efecto directo a los tratados internacionales pero adoptar criterios que cumplan con la función de garantizar la suficiente legitimidad democrática y el respeto de los principios constitucionales, tal como la práctica holandesa lo ha hecho. En lo que sigue se plantea esta alternativa.

Veamos entonces qué criterios debieran ser considerados por los operadores jurídicos para determinar si un tratado debe o no tener efecto directo.

¿Puede ser la intención de las partes de un tratado un criterio de autoejecutabilidad?

Un criterio para determinar el efecto directo ha sido la intención de las partes que concurrieron a la conclusión de un tratado. Si su intención es que el tratado sea autoejecutable, no sería necesaria su implementación legislativa. Este criterio ha sido criticado, y con razón. Por un lado, determinar la intención de las partes con respecto a esta materia es una tarea muy compleja. Como se apreció en el primer capítulo de esta memoria, los tratados rara vez contemplan reglas sobre su implementación. A los Estados no les preocupa establecer la forma en la que se deberá cumplir lo pactado. En la negociación de un tratado sería difícil alcanzar consenso en esta materia, considerando que los Estados tienen reglas muy diversas sobre incorporación o aplicación de tratados. Por estos motivos, intentar concluir de los textos de un tratado la intención en materia de autoejecutabilidad no sólo es difícil, sino también un ejercicio artificial. En este sentido, el lenguaje que utilice un tratado simplemente puede reflejar la necesidad de que algunos Estados requieran implementarlo a través de legislación, sin que importe la intención

que hayan tenido las partes²²⁹. Pero la crítica más relevante es la que devela que el criterio de la intención de las partes incurre en un *non sequitur*. Al respecto, el profesor Rodrigo Correa señala que el argumento “derechamente ignora que aun cuando sea cierto que quienes concurren a la conclusión de un tratado internacional tuvieron la intención de que éste tuviera efecto como derecho interno, tal intención no puede derogar el derecho constitucional”²³⁰. Es decir, es el derecho constitucional el que tiene la última palabra sobre la aplicación de los tratados internacionales.

La intención de las partes no puede por tanto ser un criterio que, por sí solo, determine si un tratado debe o no aplicarse directamente.

El criterio de claridad y precisión reformulado

El criterio dominante en Chile para determinar la autoejecutabilidad de un tratado, como se concluyó en el capítulo anterior, es la ‘claridad y precisión’ de la disposición a ser aplicada. Esta ‘claridad y precisión’ se ha determinado analizando únicamente el lenguaje de la norma, esto es si ella ha sido redactada de manera programática o no. El uso del tiempo futuro indicaría que no se puede aplicar directamente. Ningún otro análisis se ha hecho al respecto. Como expliqué anteriormente este criterio resulta insatisfactorio y la práctica chilena así lo ha demostrado²³¹. Existen casos en que pese a que una norma no haya sido redactada de forma programática, no se le puede otorgar efecto directo. Pero esto no quiere decir que el criterio de claridad y precisión deba ser simplemente descartado: el lenguaje utilizado por la disposición puede seguir siendo un elemento a considerar.

Este criterio debe ser vinculado con el principio de separación de poderes. Si la función de legislar compete al Congreso y la de juzgar al Poder Judicial, entonces la aplicación de tratados no puede tener como consecuencia que los tribunales legislen. En otras palabras, cuando un tratado utiliza un lenguaje demasiado vago o abstracto –consecuencia propia de la necesidad de consenso que existe en la negociación del texto de los tratados- los tribunales no debieran aplicar

²²⁹ VÁSQUEZ, *Four doctrines*, op. cit. (nota 75), pp. 703-704.

²³⁰ CORREA, op. cit. (nota 19), p. 259.

²³¹ Véase, *supra* capítulo III, especialmente pp. 83 y ss.

disposiciones redactadas de esa forma porque de lo contrario estarían legislando. Este criterio ciertamente no opera en forma automática, no existe fórmula para determinar en abstracto cuándo una disposición es vaga y necesita implementación. Lo que un tribunal u otro órgano debiera preguntarse es si al aplicar la disposición está creando normas en virtud del tratado o simplemente está resolviendo una controversia en base a una materia ya regulada. Esa es la clave de este criterio.

Un ejemplo puede servir para ilustrar el argumento. Como ya vimos, el Convenio 169 de la OIT establece el derecho a consulta para los pueblos indígenas cada vez que se vaya adoptar alguna medida que los afecte. La disposición, sin embargo, no establece el procedimiento ni la forma a través de la cual se debe llevar a cabo la consulta. Bajo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional chileno, basta que la disposición no estuviera redactada en tiempo futuro para que fuera autoejecutable. Bajo la formulación que definiendo, esto no es suficiente. Puesto que el derecho a consulta no establece la regulación necesaria para llevarla a cabo, este no debería ser aplicado por los tribunales. El cumplimiento de la obligación establecida en el Convenio debería quedar, entonces, entregado a los órganos que legislan.

Disposiciones de un tratado que suponen modificación radical de instituciones domésticas

Existen casos en que una disposición de un tratado exige, para su cumplimiento a nivel internacional, la modificación radical de toda una institución en el derecho doméstico. En esta situación puede que la norma sea clara y precisa, esto es que no esté formulada en términos vagos, pero cuya aplicación implicaría dejar sin efecto toda la regulación doméstica sobre la materia. Veamos un ejemplo. La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17 N°5 establece que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. Cuando este tratado entró en vigor en Chile, en el año 1990, nuestro sistema jurídico consideraba estatutos jurídicos diversos para los hijos nacidos dentro del matrimonio y para los nacidos fuera del mismo, en que se privilegiaba a los primeros sobre los segundos.

Algunos autores reclamaron que la Convención Americana debía tener efecto directo en esta materia. La profesora Claudia Schmidt sostuvo que conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, mantener los diferentes estatutos filiativos en la legislación chilena resultaba

“insostenible, pues las disposiciones legales que regulan estos distintos regímenes filiativos son discriminatorias y en consecuencia, inconstitucionales, incluso pueden considerarse tácitamente derogadas”²³², para lo cual la autora refiere al artículo 52 del Código Civil y ‘especialmente’ al artículo 5 de la Constitución.

Por supuesto, es claro que la regulación del Código Civil incumplía abiertamente no sólo lo dispuesto en la Convención sino también lo que la Constitución garantizaba, la igualdad ante la ley. En eso la profesora Schmidt no se equivoca. Pero una cosa es reconocer este incumplimiento, la discriminación inaceptable que éste suponía, y otra muy distinta es sostener que la regulación legal se encontraba tácitamente derogada en virtud de las disposiciones de un tratado internacional.

De haberse aplicado la norma establecida en la Convención Americana por parte de los tribunales, la consecuencia hubiese sido dejar de lado parte importante de la regulación civil en materia de derecho de familia y derecho sucesorio. Habría existido, en definitiva, un vacío regulatorio en esas materias reemplazado por decisiones judiciales; las medidas necesarias para obtener el resultado prescrito por la Convención Americana excederían las atribuciones de los tribunales.

En este tipo de situaciones, determinar si una disposición debiera o no ser aplicada debe tener en cuenta el principio de separación de poderes. La aplicación de normas que conllevarían la modificación total de una institución doméstica, implica la asunción de potestades legislativas por parte de los tribunales, motivo que debe llevar a concluir que se trata de disposiciones que no pueden ser autoejecutables. Si este tipo de normas fueran aplicadas directamente, un juez podría dejar sin efecto parte importante de la legislación doméstica, debiendo crear reglas al efecto para lograr un resultado determinado (por ejemplo, en el caso mencionado, que los hijos tuvieran iguales derechos). Es por esta razón que aquellas disposiciones de tratados que implican para su cumplimiento una transformación substancial del derecho interno no pueden ser autoejecutables.

²³² SCHMIDT, Claudia. *Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: fundamento y alcance de esta distinción en la nueva legislación*. En: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile. *El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno* (1999), p. 166.

La materia de un tratado como criterio de autoejecutabilidad

En el derecho comparado, un criterio que ha sido considerado para determinar la autoejecutabilidad de un tratado o de sus disposiciones es el de la materia sobre la que versa el tratado. Para utilizar la materia como criterio de aplicación directa, es necesario analizar la estructura de los tratados, las finalidades que persiguen, la manera en que los Estados han establecido las obligaciones y la existencia o no de un sistema de solución de controversias. A continuación analizaré el caso de los tratados sobre derechos humanos y tratados sobre libre comercio.

En el caso de los tratados que versan sobre derechos humanos, se ha considerado que estos deben ser aplicados directamente porque establecen derechos individuales, esto es, crean obligaciones de los Estados en favor de los ciudadanos. En Chile, parte de la doctrina ha recogido este criterio. Por ejemplo, la profesora Marisol Peña, ha defendido la aplicación de manera irrestricta de todos los tratados sobre derechos humanos:

En el caso de los tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos debe destacarse que su piedra angular es el reconocimiento y reafirmación ineludible del valor sustancial de la dignidad intrínseca de todo ser humano, por lo que las normas contenidas en este tipo de tratados son de aquellas que la doctrina califica como “*self executing*” o auto ejecutables, precisamente, porque al emanar en forma directa de la propia dignidad humana no requieren de normas legislativas o de medidas administrativas que las hagan operables²³³.

La autora no realiza ningún tipo de distinción sobre las distintas obligaciones establecidas en un tratado de derechos humanos ni tampoco realiza análisis alguno sobre los principios constitucionales que pueden estar en juego. Extremando su argumento incluso si el tratado tipificara delitos o la norma fuera totalmente vaga, sería autoejecutable sólo porque emana ‘en forma directa de la propia dignidad humana’.

Es por esto que la aplicación de tratados que versen sobre derechos humanos debe ser determinada considerando otros criterios, y particularmente si el cumplimiento del tratado está entregado a los tribunales o al poder legislativo. Efectivamente se puede considerar que la finalidad de este tipo de tratados es establecer derechos para los particulares, los que

²³³ PEÑA, op. cit. (nota 216), p. 596.

generalmente se harían valer ante tribunales. Pero puede ocurrir que para lograr ese objetivo sea necesario el ejercicio de competencias domésticas. Entonces es posible que disposiciones de un tratado de derechos humanos sean autoejecutables, pero no es posible asumir que todas lo son.

En un sentido similar, el profesor Claudio Nash ha sostenido que las normas de la Convención sobre Derechos del Niño “sin duda” tienen calidad de normas autoejecutables²³⁴ y que las normas contenidas en los tratados de derechos humanos tienen “por lo general, un carácter de autoejecutables”²³⁵. Lamentablemente el autor no explicita las razones que apoyan su postura. El único criterio que reconoce como límite a la autoejecutabilidad es que se traten de normas que tengan un “carácter meramente programático, o bien que establece un obligación de tipificar determinados delitos por parte de los Estados o una obligación de adecuar la legislación interna en algún otro sentido”²³⁶.

Ninguno de las citas referidas entrega argumentos que apoyen la aplicación directa de los tratados, ni toman en cuenta las consecuencias que ello tendría. Al considerar la estructura de los tratados sobre derechos humanos no basta simplemente con constatar que ellos establecen derechos individuales. También hay que considerar el lenguaje que utilizan, la discreción que otorguen a los Estados para regular los derechos y limitar su alcance, si su aplicación conllevaría modificación de normas domésticas, entre otros factores. Por lo tanto no puede afirmarse que siempre y en todo caso las disposiciones de tratados sobre derechos humanos serán autoejecutables. Este análisis debe realizarse respecto a la disposición de que se trate.

En el caso de tratados que establecen normas sobre libre comercio, debe efectuarse un análisis distinto. Dada la estructura de este tipo de tratados, se pueden desarrollar argumentos en contra de la aplicación directa de ellos por parte de los tribunales. A diferencia de los tratados sobre derechos humanos, en el caso de los tratados de libre comercio ellos no establecen derechos o garantías en favor de los particulares y establecen sistemas específicos de solución de controversias. La profesora Ximena Fuentes, comentando una sentencia que resolvió un recurso de protección refiriéndose a normas de un tratado de libre comercio, ha construido el siguiente argumento:

²³⁴ NASH, op. cit. (nota 216), p. 18.

²³⁵ *Ibíd.*, p. 19.

²³⁶ *Ibíd.*

[A]lgunos de los criterios que podrían haberse desarrollado para argumentar sobre la imposibilidad de invocar el tratado de libre comercio en contra de la administración en un recurso de protección son las siguientes: (a) que los tratados de libre comercio, a diferencia de los tratados sobre derechos humanos, son tratados entre estados que no tienen por objeto el establecimiento de derechos para los particulares (excepto en el campo de la protección de inversiones); (b) que por ese mismo motivo los medios de solución de controversias apropiados, que los propios tratados de libre comercio se encargan de establecer, son medios jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales de carácter internacional, en que las partes son estados y los particulares solamente actúan a través de su propio Estado (excepto en el campo de la protección de inversiones); (c) que la solución de controversias en materia de comercio internacional intenta otorgar todas las oportunidades para que las partes, los Estados, lleguen a un acuerdo, cuestión que no sería posible ni tendría necesariamente efectos en un procedimiento judicial en que una de las partes es un particular que podría no compartir la interpretación de los Estados; (d) que para la solución de estas controversias se requiere de jueces especialistas y con experiencia en temas de libre comercio; y (e) que los tratados de libre comercio implican un equilibrio entre los beneficios que se han otorgado recíprocamente los estado parte y que no es conveniente que ese equilibrio se pueda romper al margen de la voluntad de los estados por decisiones de tribunales nacionales. La conjugación de todos estos factores puede llevar a concluir que otorgar un papel activo a los tribunales internos en la aplicación de las disposiciones de un tratado de libre comercio puede obstaculizar más que cooperar a la buena relación comercial entre los estados parte²³⁷.

El argumento es convincente. La estructura de los tratados de libre comercio ha sido diseñada para establecer obligaciones entre las partes –los Estados-, entregando la solución de controversias a mecanismos internacionales. Este sistema comenzó a ser empleado a mediados del siglo XX y se ha convertido en uno de los sistemas de solución de controversias internacionales más efectivos e importantes²³⁸. El efecto directo podría alterar este mecanismo que ha sido creado por los Estados y que ha probado su eficacia. Si los estados han diseñado un sistema especial para solucionar las controversias, ¿por qué entregarlas ahora al ámbito doméstico? Adicionalmente, hay que considerar razones de distribución de competencias. En el caso chileno, es el Poder Ejecutivo el que conduce las relaciones con los demás Estados, las que ciertamente incluyen materias comerciales. Dentro de los tratados de libre comercio, como se menciona en la cita precedente, existe un importante espacio para la negociación y el acuerdo entre las partes. Esto quiere decir que el Ejecutivo debe tener espacio para maniobrar políticamente, lo que se vería afectado si las disposiciones de estos tratados fueran aplicadas

²³⁷ FUENTES, *Derecho Internacional Público*, op. cit. (nota), p. 577.

²³⁸ Cf. MERRILLS, J.G. *International Dispute Settlement* (5ta Edición). Cambridge University Press (2011), p. 194.

directamente. No le corresponde a los tribunales afectar la conducción de las relaciones comerciales interestatales, sino al Ejecutivo. Es por este motivo que en la Unión Europea no se ha otorgado efecto directo a los tratados en materia comercial y particularmente a las decisiones del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio²³⁹.

Existen buenas razones para rechazar la autoejecutabilidad de los tratados en materia comercial. Es la estructura de los tratados y la distribución de competencias internas las que apoyan esta solución. Este tipo de criterios debieran tener en cuenta los tribunales.

Cuando un tratado establece un mecanismo de solución de controversias

Relacionado con el razonamiento que se desarrolló a propósito de los tratados sobre libre comercio, se puede construir el argumento de que los tratados que establecen un mecanismo de solución de controversias específico, no debieran ser aplicados directamente por los tribunales domésticos. Esto ciertamente depende del diseño del tratado, sobre todo si los estados han establecido el foro internacional como medio *exclusivo* para la solución de controversias. Analicemos la configuración de esta materia en algunos tratados, de acuerdo a la materia que regulan.

En el caso de los tratados sobre derechos humanos, aunque establecen mecanismos de solución de controversias internacionales, lo hacen de manera ‘subsidiaria’. Ellos imponen el deber de agotar los recursos internos antes de recurrir al foro internacional. En otras palabras, si una persona desea reclamar ante un tribunal internacional la violación de sus derechos previamente debe utilizar todos los mecanismos establecidos por el derecho doméstico antes de poder acceder

²³⁹ Cf. PETERSEN, op. cit. (nota 106), pp. 242-243. Con respecto a las decisiones pronunciadas por los órganos de solución de controversias el autor señala lo siguiente: “Si las decisiones del OSD [Órgano de Solución de Diferencias] tuvieran efecto directo, esto privaría a los órganos políticos de la UE [Unión Europea] de espacio para la negociación bajo las disposiciones procesales del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. En segundo lugar, el sistema de la OMC [Organización Mundial del Comercio] se basa en el principio de reciprocidad. Hay algunos estados miembros de la OMC que niegan el efecto directo a la ley del Comercio Mundial dentro de su ordenamiento jurídico interno, por lo que el efecto directo en la UE, de nuevo, privaría a los órganos políticos de la UE de un amplio margen de maniobra” (p. 243). En inglés: “If DSB [Dispute Settlement Body] decisions had direct effect, this would deprive the political organs of the EU [European Union] of their room for negotiation under the procedural provisions of the Dispute Settlement Understanding. Second, the WTO [World Trade Organization] system is built upon the principle of reciprocity. There are some member states of the WTO that deny the direct effect of World Trade law within their domestic legal order so that direct effect in the EU would again deprive the political organs of the EU of considerable room for maneuver”.

al foro internacional. En este caso, entonces, las controversias no necesariamente se excluyen del ámbito doméstico. Como vimos en la sección anterior, esto es una diferencia muy relevante con respecto a los tratados de libre comercio en que su estructura tiende a radicar las controversias en el foro internacional.

En materia de inversiones el agotamiento de recursos internos es la excepción a la regla general. Se trata de tratados que buscan incentivar el desarrollo de la inversión extranjera, otorgando una serie de garantías para los inversionistas. Dentro de dichas garantías se establecen, por ejemplo, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, de no expropiar sin compensación previa, o de no otorgar un trato menos favorable que a los inversionistas nacionales. Junto con estas obligaciones sustantivas, los tratados sobre inversiones abordan la solución de controversias que puedan surgir tanto entre los Estados signatarios del mismo como aquellas que existan entre inversionistas de uno de los Estados partes y del Estado receptor de la inversión. En este último caso, los Estados han procurado otorgar a los inversionistas acceso a foros internacionales (el mejor ejemplo en la materia es la creación del CIADI, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, que administra arbitrajes inversionista-Estado). Los tratados de protección de inversiones no establecen generalmente la exclusividad del foro internacional, sino que permiten al inversionista optar por presentar sus reclamos ante los tribunales domésticos o ante un tribunal internacional. En muchos casos, los tratados establecen la denominada cláusula “*fork in the road*” o “elección de vía”, en virtud de la cual una vez que el inversionista haya sometido la controversia al tribunal competente de la parte contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión o al arbitraje internacional, la elección de una u otra modalidad será definitiva. En el contexto de inversiones entonces tampoco existe exclusividad por el uso del foro internacional, pero perfectamente los Estados podrían establecerla.

La racionalidad del establecimiento de un foro exclusivo de solución de controversias radicado fuera del ámbito doméstico tiene diferentes fundamentos. Por un lado, la controversia no será resulta por un órgano del mismo Estado involucrado, evitando posibles conflictos diplomáticos que ello podría generar; por el mismo motivo, podría ofrecer mayor independencia a quienes recurran a él; el órgano que resuelva la controversia tendrá un conocimiento especializado en la materia y los jueces o árbitros serán expertos en ella. Aceptar la aplicación directa cuando el

tratado quiere precisamente evitar que la controversia sea conocida por tribunales nacionales, va a tener consecuencias negativas para los intereses de las partes involucradas.

Materias que la Constitución reserva a la ley

Existen materias que, de acuerdo a la Constitución, sólo pueden ser objeto de ley. En otras palabras, se trata de materias que están reservadas al poder legislativo y que deben ser reguladas por una ley emanada del Congreso, aprobada de acuerdo al procedimiento constitucional (ley en un sentido estricto). La práctica comparada demuestra que tratados que regulen este tipo de materias no son autoejecutables, sino que necesitan implementación doméstica.

El caso paradigmático es el de las normas relativas a la punición de una conducta. El ejercicio del *ius puniendi*, en un Estado de derecho, debe someterse a ciertos principios que lo legitimen y que limiten su acción. Uno de ellos se refiere al principio de legalidad penal, manifestado en la idea de '*nullum crimen, nulla poena sine lege*'. Este principio implica una estricta exigencia: sólo una ley previa, aprobada por el Parlamento, puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas²⁴⁰. Ésta es la única fuente posible de delitos y penas, y lo es porque uno de los fundamentos de este principio radica en que la legitimación de este tipo de normas deber provenir de aquel órgano que asegura una mayor representación de la voluntad popular:

La aplicación de la pena constituye una ingerencia (sic) tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo²⁴¹.

El poder legislativo es la única instancia que, desde el punto de vista político-constitucional, se encuentra legitimada para decidir y definir las conductas cuya realización hará surgir la

²⁴⁰ Cf. LUZÓN, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Editorial Universitas (1999), p. 81.

²⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I* (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et. al.). Editorial Civitas (1997), p. 195.

responsabilidad penal y la sanción asociada²⁴². De este principio se colige que si un tratado o norma de derecho internacional tiene por objeto penar una conducta, será necesaria una ley que la transforme en derecho doméstico²⁴³.

En el derecho chileno, la Constitución consagra el principio de legalidad en el artículo 19 N° 3 incisos 7° y 8°, al señalar que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. El profesor Sergio Yáñez, al comentar estas disposiciones, concluye lo siguiente:

La determinación de las figuras delictivas se harán en el texto mismo del precepto legal o se concluirá de la conjugación de distintas leyes; pero no podrá quedar entregada, ni en todo ni en parte, a disposiciones reglamentarias, administrativas **u otros actos de autoridad que no sean ley de la República**²⁴⁴ (énfasis añadido).

El único acto de autoridad que puede establecer conductas punibles en el derecho chileno es la ley. Hasta el momento esta cuestión no ha presentado problemas con respecto a tratados internacionales que persiguen sancionar conductas. En general este tipo de tratados solo imponen la obligación de dictar medidas legislativas para establecer sanciones penales. Por ejemplo la ya citada Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio dispone que las partes se comprometen “especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. En términos similares, otros tratados solo establecen la conducta punible pero no la pena que se debe imponer. Su aplicación directa en estas condiciones no es posible. Pero aún si un tratado estableciera la conducta y la pena, sería necesaria la dictación de una ley.

Para algunos autores, sin embargo, bastaría que la norma internacional estableciera la conducta y la pena para que pudiera ser aplicada directamente:

²⁴² Cf. LUZÓN, op. cit., p. 81.

²⁴³ En el contexto alemán, Günther Jakobs se ha pronunciado en este preciso sentido: “También para el Derecho penal internacional rige el principio de legalidad; incluso en la medida en que hubiera que considerar al Derecho penal internacional como regla general, de acuerdo con el artículo 25 GG, para la aplicación penal hace falta una ley de transformación”. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª Ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras et. al.). Editorial Marcial Pons (1997), pp. 88-89.

²⁴⁴ YÁÑEZ, Sergio. *Las Leyes Penales en Blanco*. En: Gaceta Jurídica No. 58 (1985), p. 6.

“En nuestra opinión, una norma de DIP [derecho internacional público] que ha sido recepcionada por nuestro Derecho, no puede nunca ser *self-executing* si no se establece una determinación clara de la pena aplicable, por cuanto lo contrario sería atentar en contra del principio de legalidad”²⁴⁵.

Esta opinión, a mi juicio, contradice el mandato constitucional. La Constitución exige que la conducta y la pena sean definidas *por la ley*. Esta no es una exigencia banal, de lo que se trata es de someter a un determinado procedimiento establecido por la Constitución – el de creación de leyes- a aquellas normas que afectarán de manera más radical los derechos y libertades de una persona como consecuencia jurídica de la comisión de un ilícito. En consecuencia, los tratados internacionales que buscan castigar cierto tipo de conductas no pueden ser directamente aplicados por los tribunales. Siempre será necesaria la dictación de una ley.

El mismo argumento podría esgrimirse respecto a las demás materias que la propia Constitución ha reservado al dominio legal: ¿por qué permitir su regulación mediante tratados internacionales que no admiten el mismo grado de discusión ni están sujetos al mismo procedimiento de aprobación que una ley? El artículo 63 de la Constitución establece un extenso listado de materias reservadas al dominio legal. El problema es que de seguirse este argumento, la mayoría de los tratados internacionales no podrían ser aplicados directamente y necesitarían la dictación de una ley. Y es un problema porque supone una fuerte objeción pragmática: que los tratados versen sobre materias de ley no ha obstado a su aplicación en el derecho chileno.

La alternativa interpretativa que pueden plantearse para conciliar el criterio con la tradición del derecho chileno es que en aquellos casos en que la Constitución exige la regulación mediante ley como una garantía sustantiva, los tratados internacionales que versen sobre aquellas materias no podrían ser aplicados sin que medie la dictación de una ley.

Este sería el caso, por ejemplo, de la regulación del derecho de propiedad. El artículo 19 N° 24 inciso 2°, establece que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. A continuación, el inciso tercero del mismo artículo dispone que:

²⁴⁵ FORTT, María y GODOY, Hugo. *El principio de legalidad ante el derecho penal internacional*. Inédito. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2004). [en línea] Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107513> [Fecha consulta: 24 de marzo 2015].

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, **sino en virtud de ley general o especial** que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador (énfasis añadido).

Por lo tanto, no se podría aplicar directamente un tratado internacional que estableciera un modo de adquirir la propiedad distinto a los contemplados por las leyes chilenas. Lo mismo si un tratado dispusiera la expropiación de un bien. En ambos casos, sería necesario que una ley implementara las disposiciones del tratado.

Otro ejemplo, se puede encontrar en el artículo 76 de la Constitución, el que señala que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Un tratado internacional que crea un tribunal con dichas facultades no podría tener efecto directo en el derecho chileno²⁴⁶.

En definitiva, se trata de materias en que el poder constituyente exige un acto formal, una ley, que sea consecuencia del procedimiento establecido por la Constitución para su creación, con la consiguiente legitimación democrática, por la importancia o las implicancias de la materia a ser regulada.

Atribuciones judiciales no establecidas por la Constitución

En los Países Bajos, un criterio en virtud del cual los tribunales han rechazado aplicar disposiciones de tratados internacionales, han sido aquellas que le darían a los mismos mayores facultades de las que gozan bajo el derecho doméstico. El fundamento que subyace es que cualquier aumento de las atribuciones judiciales requeriría modificación ya de la Constitución o de la ley con respecto a la organización o a las facultades de la judicatura²⁴⁷. En el derecho chileno el mismo criterio se debería tener en consideración. La Constitución prescribe en su artículo 7 que “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que

²⁴⁶ En un contexto distinto a la discusión sobre aplicación directa, a propósito del requerimiento contra el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, el Tribunal Constitucional resolvió que para poder celebrar dicho tratado era necesaria una reforma constitucional, porque se intentaba incorporar a un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos que se encontraban sometidos a la jurisdicción chilena. Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol No. 346, de 8 de abril de 2002, especialmente los considerandos 49° a 58°.

²⁴⁷ NOLLKAEMPER, André. *The Netherlands*. En: SLOSS (Ed.), op. cit. (nota 65), p. 344.

expresamente se les hayan conferido en virtud de la *Constitución o las leyes*” (énfasis añadido). Definidos así los límites de la actuación de los órganos del Estado los tratados no pueden ser una fuente de atribuciones judiciales.

Si alguna de las disposiciones de un tratado confiriera mayores atribuciones de las que el derecho chileno le otorga a los tribunales, su aplicación debiera ser descartada. Aunque quizás sea difícil que esta situación ocurra en la práctica, no es tan lejana como pareciera. Recuérdese la reciente modificación al proceso penal chileno: con el establecimiento del Código Procesal Penal, se limitó la procedencia de recursos contra las resoluciones de los tribunales de garantía y de juicio oral en lo penal. Particularmente en el caso de éste último tribunal, quien conoce en única instancia del juicio oral y cuyo medio de impugnación es exclusivamente el recurso de nulidad, puesto que la doble instancia fue suprimida. Hubo discusión si acaso esta modificación violaba disposiciones de tratados internacionales, particularmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que establece el “derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (Art. 8(2) letra f). Algunos reclamaban que para cumplir con esta obligación era necesario establecer un recurso de apelación, que efectivamente permitiera a los intervinientes que el tribunal superior conociera tanto los hechos como el derecho. No interesa ahondar en la discusión, es suficiente con demostrar que es posible que a partir de esta situación surja la pregunta de qué habría ocurrido si algún tribunal hubiese decidido aplicar directamente la Convención, señalando que la disposición establece el derecho a un recurso de apelación. Esto demuestra, a mi juicio, que el criterio enunciado debiera ser tenido en cuenta por los tribunales.

Obligaciones no ‘justiciables’

En Estados Unidos el concepto de ‘justiciabilidad’ (*justiciability*) es utilizado para referirse a materias que los tribunales federales pueden juzgar. Si un caso cae dentro de la categoría de ‘no justiciable’, el tribunal no podrá conocerlo. Uno de los motivos por los cuales un caso puede no ser ‘justiciable’ se refiere a aquellas materias que la Constitución entrega de manera exclusiva a otro poder del Estado. Por ejemplo, dado que la conducción de las relaciones exteriores es atribución exclusiva del Ejecutivo, un caso que cuestione esta materia no puede ser conocido por los tribunales.

Con respecto a la aplicación de tratados internacionales, el mismo criterio puede ser aplicado. Disposiciones contenidas en ellos pueden referirse a atribuciones de otro poder del Estado. En otras palabras, se trata de obligaciones que por su naturaleza exigen juicios políticos que los tribunales no están en condiciones de efectuar. En el derecho chileno, la justificación a este criterio se encuentra en la separación de poderes establecida por la Constitución y en las atribuciones que ella confiere a cada uno de los poderes del Estado. Los tribunales, al determinar si una disposición de un tratado debe o no ser directamente aplicada, debieran tener en cuenta si el cumplimiento de la obligación requiere de un juicio político o del ejercicio de una atribución de otro poder del Estado.

Conclusiones

El efecto directo de los tratados internacionales se encuentra intrínsecamente vinculado con el principio de separación de poderes. La consecuencia de aceptar o rechazar el efecto directo dependerá que las obligaciones creadas por un tratado sean cumplidas por los tribunales o por los otros poderes del Estado.

El déficit democrático de los tratados internacionales, las críticas a su falta de legitimidad (entre otras, la escasa transparencia en su proceso de creación) además de la expansión de las materias que regulan, crean riesgos para la democracia nacional. Uno de ellos es que los órganos que celebran tratados se arroguen atribuciones legislativas y puedan evadir la deliberación parlamentaria. Ciertamente esto se atenúa en el derecho chileno porque el Congreso interviene en el proceso de celebración de tratados. Pero esta intervención es demasiado limitada como para evitar asegurar la legitimidad democrática de las normas internacionales. Con este objetivo en mente se debería negar el efecto directo a los tratados. Ellos debieran ser transformados en normas internas para poder ser aplicados por tribunales. Esto garantizaría la posibilidad de una discusión pública y democrática completa sobre la manera en que se cumplirán (y hasta qué límites) las obligaciones internacionales, además de asegurar que se efectuarán las modificaciones legales necesarias para su aplicación.

El estado de la discusión en Chile, sin embargo, relega esta conclusión a una postura *de lege ferenda*. Los tratados son, de hecho, aplicados por los tribunales. Por lo tanto, es necesario encontrar otra manera de lograr una mayor legitimidad para estas normas. La práctica comparada

demuestra que otra manera de lograrlo es establecer límites a la aplicación de los tratados en base a los principios que, de acuerdo a la Constitución, rigen el sistema jurídico. De esta forma se garantizaría la posibilidad de evitar la aplicación de una norma que esté en conflicto con ellos. Siguiendo a Armin von Bogdandy, “siempre debiera existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar jurídicamente, el efecto de una norma o un acto de derecho internacional dentro del orden jurídico nacional si entra en grave conflicto con principios constitucionales”²⁴⁸.

Los criterios propuestos en este capítulo se vinculan con principios tales como la separación de poderes, la seguridad jurídica, la reserva de ley y las atribuciones establecidas por la Constitución. Así, el criterio de claridad y precisión exige que no puedan ser aplicadas disposiciones de tratados que sean programáticas ni tampoco aquellas demasiado vagas o abstractas, que requieran legislación adicional para poder ser aplicadas de manera autosuficiente; lo contrario implicaría que los tribunales pudieran legislar. Por el mismo motivo, tampoco debieran ser aplicadas disposiciones cuya consecuencia sería la modificación total de una institución doméstica, dejando vacíos en la regulación. Un tercer criterio a considerar es la materia sobre la que versa el respectivo tratado: por ejemplo, existen buenas razones para no aplicar directamente tratados de libre comercio porque romperían la estructura bajo la cual fueron diseñados y pueden afectar atribuciones del Ejecutivo. Por esta misma lógica cuando un tratado radica en el foro internacional la solución de controversias, los tribunales no deberían aplicar sus disposiciones. Un quinto criterio, de particular importancia, es la reserva que la Constitución hace de ciertas materias al dominio legal, cuyo ejemplo paradigmático es el principio de legalidad penal. Esta exigencia formal, pero que obedece a razones sustantivas, impide que tratados internacionales que versen sobre ellas puedan ser aplicados por los tribunales. Cuando la aplicación de un tratado redundaría en un aumento de las atribuciones que han sido conferidas por la Constitución al Poder Judicial, ello es una razón para negar su autoejecutabilidad, de lo contrario sería posible modificar la Constitución y abrogar principios de derecho público a través de tratados. Finalmente, un criterio a tener en cuenta es la existencia de

²⁴⁸ VON BOGDANDY, op. cit. (nota 52), p. 412. En inglés: “there should always be the possibility, at least in liberal democracies, to limit, legally, the effect of a norm or an act under international law within the domestic legal order if it severely conflicts with constitutional principles.”

obligaciones no 'justiciables' en los tratados internacionales, cuyo cumplimiento exige la formulación de juicios políticos que no corresponden a los tribunales.

La construcción de estos criterios no es, ni pretende ser, exhaustiva. Pero muestra que, a partir de la Constitución existen fundamentos para limitar la aplicación directa de tratados internacionales que no se limitan a la mera consideración del tiempo verbal utilizado para redactar una disposición. El respeto por la Constitución y la democracia chilena, exige que al aplicar los tratados internacionales estos criterios sean tomados en cuenta.

CAPÍTULO V
TEMAS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DIRECTA DE NORMAS DE DERECHO
INTERNACIONAL

El objetivo de esta memoria ha sido analizar el efecto directo de los tratados internacionales en el derecho chileno. Esta tarea ha supuesto discutir y reflexionar sobre una de las fuentes normativas del derecho internacional público, aquella que surge del consentimiento expreso de los Estados. Pero todavía queda planteada la pregunta acerca de la posibilidad de la aplicación directa de otras normas de derecho internacional. Tal es el caso, por ejemplo, de la costumbre internacional o de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Pese a que en Chile estas materias aparentemente no han sido fuente de discusión ni han planteado problemas, esto no quiere decir que en el futuro no lleguen a generarlos. El objetivo de este capítulo es reflexionar acerca de los problemas que podría generar la aplicación directa de estas normas y la manera en que los operadores jurídicos podrían responder a este desafío, o los factores que podrían considerar para hacerlo. Por cierto, para realizar este análisis se examinarán algunos ejemplos de la práctica comparada en la materia.

Además de la aplicación directa de la costumbre y las resoluciones del Consejo de Seguridad, este capítulo aborda otros dos asuntos: (i) el debate que se ha planteado con respecto a la relación entre aplicación directa de tratados y la aplicación de sentencias dictadas por tribunales internacionales relacionadas con esos tratados y (ii) la práctica chilena sobre el cumplimiento de solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional. En cuanto al mencionado debate, este se ha generado cuando existen tratados que establecen la obligación de cumplir con las sentencias dictadas por los tribunales que esos mismos tratados crean. Entonces surgen las siguientes preguntas: si el tratado o disposición que establece la obligatoriedad de cumplir con una sentencia es autoejecutable ¿implica que la sentencia internacional misma puede ser ejecutada por los tribunales domésticos? Y al revés, si el tratado o disposición no son autoejecutables ¿la sentencia no puede ser aplicada por los tribunales internos?

Luego de abordar este problema, me referiré a la aplicación directa de la costumbre internacional, mostrando ejemplos de cómo algunos Estados han enfrentado este asunto. En segundo lugar, analizaré la aplicación directa de resoluciones emitidas por el Consejo de

Seguridad de Naciones Unidas y finalmente el cumplimiento de solicitudes de cooperación de emanadas de la Corte Penal Internacional.

La relación entre aplicación directa de tratados internacionales y las sentencias de tribunales internacionales

Como se mostró en el primer capítulo de esta memoria, el derecho internacional dejó de ser únicamente un regulador de la diplomacia. Hoy incluye numerosas instituciones que ejercen potestades administrativas o legislativas²⁴⁹. Algunas de ellas incluso toman decisiones sin que los Estados afectados sean parte del proceso de decisión, ejerciendo poder público de manera unilateral. Estas instituciones también incluyen a los tribunales internacionales, que juegan un rol fundamental en un sistema jurídico en que la jurisdicción de los mismos depende del consentimiento de los Estados. Todas esas formas de verdadera gobernanza internacional plantean preguntas sobre su legitimidad y representan nuevos desafíos para los tribunales nacionales que podrían llegar a implementar sus decisiones en el ámbito interno.

Uno de los problemas que se ha planteado es la relación entre la autoejecutabilidad de los tratados y la autoejecutabilidad de las decisiones de tribunales cuyo cumplimiento es obligatorio de acuerdo a ese mismo tratado. En el derecho comparado es posible encontrar cierta discusión sobre este tema, particularmente en Estados Unidos.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) declaró en dos casos -*LaGrand* y *Avena*- que Estados Unidos violó el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares²⁵⁰. Este artículo dispone que los extranjeros que han sido arrestados, detenidos o puestos en prisión preventiva deben ser informados de su derecho a notificar su arresto a la oficina consular de su país de origen. Estados Unidos no informó de este derecho a los extranjeros que sus autoridades policiales habían detenido. En los casos mencionados, algunas de las personas extranjeras

²⁴⁹ POLAKIEWICZ, Jörg. *International Law and Domestic (Municipal) Law, Law and Decisions of International Organizations and Courts*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), párrafos 1-2.

²⁵⁰ Ver casos *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos de América), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, I.C.J. Reports 2001, p. 466 y *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, I.C.J. Reports 2004, p. 12.

además de haber sido arrestadas también habían sido posteriormente condenadas a pena de muerte, sin que se les haya informado del derecho establecido en la Convención. El cumplimiento de la obligación impuesta por la Convención habría significado que estas personas hubiesen tenido acceso a asistencia judicial por parte de su consulado lo que, a su turno, habría redundado en la posibilidad de una mejor defensa. Por otra parte, en el caso *Avena*, México también alegó la violación de su derecho a llevar a cabo funciones consulares, de acuerdo a lo previsto en los artículos 5 y 36 de la Convención²⁵¹.

Luego que la CIJ dictara estas sentencias, hubo intentos por implementarlas en el derecho doméstico. Un caso de particular interés es *Medellín v. Texas* que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el que analizaré a continuación.

En el caso *Medellín v. Texas*, José Ernesto Medellín -el ciudadano mexicano recurrente- había sido condenado a pena de muerte. Tras su condena presentó un *habeas corpus* ante una corte inferior alegando que no había sido informado del derecho que le confería la Convención de Viena, fundándose en la sentencia dictada por la CIJ en el caso *Avena y otros nacionales mexicanos* y en un memorándum dictado por el entonces presidente George W. Bush. Con respecto a la sentencia de la Corte, México ejerció protección diplomática en favor de varios de sus ciudadanos, incluido Medellín, y reclamó la violación de sus propios derechos demandando a Estados Unidos por la violación del referido tratado. La CIJ estableció que Estados Unidos efectivamente violó la Convención de Viena al no informar de los derechos que ésta confiere a los nacionales mexicanos que habían sido procesados y al no permitir a México ejercer los derechos establecidos en la misma²⁵². Y ordenó a los Estados Unidos a “proveer, por los medios de su propia elección, la revisión y reconsideración de las condenas y sentencias de los nacionales mexicanos referidos”²⁵³. Bajo el derecho internacional, entonces, los Estados Unidos tenían la obligación de reconsiderar la sentencia de Medellín, cuestión que la Corte Suprema de

²⁵¹ Memorial de México en el caso *Avena y otros nacionales mexicanos*, párrafo 8.

²⁵² Cf. *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, I.C.J. Reports 2004, párrafo 153.

²⁵³ *Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos de América), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, I.C.J. Reports 2004, párrafo 153 (9). En inglés: “Finds that the appropriate reparation in this case consists in the obligation of the United States of America to provide, by means of its own choosing, review and reconsideration of the convictions and sentences of the Mexican nationals referred to in subparagraphs (4), (5), (6), and (7) above...”.

ese país reconoció²⁵⁴. En este sentido, el ex presidente Bush emitió un memorándum a través del cual solicitó a las cortes estadounidenses dar cumplimiento a la decisión de la CIJ. Pese a esto la corte inferior rechazó el *habeas* de Medellín. Entonces el caso llegó ante la Corte Suprema. Medellín alegó que la corte inferior había violado la Cláusula de Supremacía que, como vimos, incorpora los tratados internacionales al derecho estadounidense. La Corte Suprema tuvo que resolver si la sentencia de la Corte Internacional de Justicia tenía efecto en el derecho doméstico y podía ser ejecutada por sus tribunales.

El análisis de la Corte Suprema se centró en determinar si los tratados relevantes –la Carta de Naciones Unidas, el Estatuto de la CIJ o el protocolo opcional de la Convención de Viena a través del cual EEUU otorgó jurisdicción a la Corte- establecían la obligación de dar efecto vinculante a la sentencia de la CIJ en los tribunales domésticos de los Estados Unidos. La Corte concluyó que ninguno de los tratados creaba derecho federal en ausencia de legislación que lo implementara²⁵⁵. En cuanto al Protocolo Opcional, la Corte Suprema concluyó que éste no establecía normas sobre el efecto doméstico de las decisiones de la CIJ y no obligaba a los Estados signatarios a cumplir con ellas.

Sobre la Carta de Naciones Unidas, su artículo 94 establece que “[c]ada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte”. La Corte Suprema consideró que dicho artículo no constituye una orden a los tribunales domésticos ni establece que los Estados deban cumplir con una decisión de la CIJ²⁵⁶. Para la Corte la expresión “se compromete a cumplir” implica que la decisión de si cumplir con una sentencia y cómo hacerlo -en caso que se decida cumplir- le corresponde a los órganos políticos²⁵⁷. La labor de ejecutarlas no corresponde a los tribunales, sino que requiere implementación legislativa a través del Congreso o la legislatura federal. En otras palabras, la

²⁵⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Medellín v. Texas*, 128 S. Ct. 1356.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 1357.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 1358: “El artículo [94] no es una orden para los tribunales nacionales. No establece que Estados Unidos “vaya” o “deba” cumplir con una decisión de la CIJ, ni indica que el Senado que ratificó la Carta de la ONU intentó conferir efecto jurídico inmediato a las decisiones de la CIJ en los tribunales nacionales. En cambio, “[l]a redacción del artículo 94... llama a los gobiernos a tomar una determinada acción”. En inglés: “The Article [94] is not a directive to domestic courts. It does not provide that the United States “shall” or “must” comply with an ICJ decision, nor indicate that the Senate that ratified the U.N. Charter intended to vest ICJ decisions with immediate legal effect in domestic courts. Instead, “[t]he words of Article 94 ... call upon governments to take certain action.””

²⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Medellín v. Texas*, 128 S. Ct. 1356, pp. 1359-1360.

determinación de la Corte Suprema es que el artículo 94 de la Carta no es autoejecutable y al no serlo, implica que las decisiones de tribunales internacionales que tengan efectos domésticos están sujetas al control político. La estructura del artículo 94 establece que el único remedio frente al incumplimiento es la posibilidad de recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, lo que para la Corte Suprema es evidencia que las sentencias de la CIJ no están destinadas a ser aplicadas (*were not meant to be enforceable*) por los tribunales domésticos²⁵⁸.

Algunos autores han señalado que el motivo que subyace a la decisión de la Corte es el principio de separación de poderes. Al respecto Niels Petersen señala:

En esencia, sin embargo, la sentencia está motivada por consideraciones derivadas de la teoría constitucional o, más precisamente, de la doctrina de la separación de poderes. Como el campo de las relaciones exteriores es muy sensible, las decisiones sobre la aplicación del derecho internacional se deben dejar a los órganos políticos, no a los judiciales²⁵⁹.

En su opinión disidente, el juez Breyer criticó el razonamiento de la mayoría, sosteniendo que el artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas no determina si una sentencia dictada por la Corte

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 1359. Concluir lo contrario –afirmó la Corte Suprema- eliminaría la posibilidad de que los órganos políticos decidieran si cumplir con una sentencia –y cómo hacerlo-, resultado que sería contrario al principio de que la Constitución asigna al Poder Ejecutivo y Legislativo la conducción de las relaciones internacionales: “En resumen, la opinión de Medellín acerca de que las decisiones de la CIJ son aplicables automáticamente como derecho interno está fatalmente socavada por la estructura de cumplimiento establecida en el artículo 94. Su construcción eliminaría la opción de incumplimiento contemplada en el artículo 94 (2), socavando la capacidad de los poderes políticos para determinar si cumplir -y cómo-con un fallo de la CIJ. Esas sensibles decisiones de política exterior serían traspasadas a los tribunales estatales y federales encargados de la aplicación directa de un fallo de la CIJ, como derecho interno. Y esos tribunales no estarían facultados para decidir si cumplir con la sentencia -de nuevo, siempre considerada como una opción por los órganos políticos- más allá de lo que los tribunales pueden considerar acerca de si cumplir con cualquier otra especie de derecho interno. Este resultado sería especialmente anómalo a la luz del principio de que “[I]a conducción de las relaciones exteriores de nuestro Gobierno ha sido entregada por la Constitución a los poderes Ejecutivo y Legislativo – los departamentos ‘políticos’”. En inglés: “In sum, Medellín’s view that ICJ decisions are automatically enforceable as domestic law is fatally undermined by the enforcement structure established by Article 94. His construction would eliminate the option of noncompliance contemplated by Article 94(2), undermining the ability of the political branches to determine whether and how to comply with an ICJ judgment. Those sensitive foreign policy decisions would instead be transferred to state and federal courts charged with applying an ICJ judgment directly as domestic law. And those courts would not be empowered to decide whether to comply with the judgment—again, always regarded as an option by the political branches—any more than courts may consider whether to comply with any other species of domestic law. This result would be particularly anomalous in light of the principle that ‘[t]he conduct of the foreign relations of our Government is committed by the Constitution to the Executive and Legislative—‘the political’—Departments’.” *Ibid.*, p. 1360.

²⁵⁹ PETERSEN, op. cit. (nota 106), p. 237. En inglés: “In substance, however, the judgment is motivated by considerations stemming from constitutional theory or, more precisely, the doctrine of the division of powers. As the field of external relations is very sensitive, decisions on the implementation of international law should be left to the political, not the judicial, organs”.

Internacional de Justicia se hace o no parte del derecho interno de manera automática, sino que esta cuestión debe ser resuelta mirando el derecho estadounidense, particularmente la Cláusula de Supremacía y la jurisprudencia de la Corte Suprema²⁶⁰.

En su opinión, no era necesaria la dictación de legislación adicional para implementar la sentencia²⁶¹ y la jurisprudencia de la Corte Suprema respaldaría el hecho que los Estados Unidos pueden verse obligados por un tratado a cumplir con una sentencia de un tribunal internacional que interprete dicho tratado, a pesar de la ausencia de una ley interna que exija dicho cumplimiento²⁶². Luego de analizar la jurisprudencia, Breyer afirma que no existe una fórmula mágica para determinar si un tratado es autoejecutable y que es necesario considerar múltiples factores –el lenguaje de la disposición, la materia de la misma, si establece derechos individuales específicos y detallados, si la aplicación podría genera controversias constitucionales o entre los órganos del Estado, entre otros- para determinarlo²⁶³. Teniendo esto en mente, Breyer entrega siete razones por las cuales la Corte debería haber determinado que las disposiciones de los tratados relevantes eran autoejecutables y que se debería dar efecto doméstico a la sentencia de la CIJ²⁶⁴. Aunque interesantes, no es necesario analizar todas esas razones, sino una en particular.

El juez disidente sostiene que la lógica sugiere que una disposición del tratado que establece que una sentencia es final y vinculante que resuelven disputas sobre tratados es autoejecutable en la medida en que la sentencia en cuestión se refiera a la interpretación de una disposición del tratado relevante que en sí misma es autoejecutable. En palabras del juez:

En tercer lugar, la lógica sugiere que una disposición de un tratado que establece que las sentencias que “solucionan” controversias basadas en tratados sean “finales” y “vinculantes” son autoejecutables en la medida en que la sentencia en cuestión se refiera al significado de una disposición subyacente de un tratado que es en sí misma autoejecutable²⁶⁵ (énfasis añadido).

²⁶⁰ Voto disidente del Juez Breyer (al que concurrieron los jueces Souter y Ginsburg), Caso *Medellín v. Texas*, 128 S. Ct. 1356, p. 1377.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*, pp. 1379-1380.

²⁶³ *Ibid.*, p. 1382.

²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 1383-1389.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 1386. En inglés: “*Third, logic suggests that a treaty provision providing for “final” and “binding” judgments that “sett[e]” treaty-based disputes is self-executing insofar as the judgment in question concerns the meaning of an underlying treaty provision that is itself self-executing.*”

El juez Breyer entonces establece una relación entre la autoejecutabilidad del tratado y la ejecución doméstica de la sentencia. Recordemos que la mayoría de la Corte llegó a una conclusión en parte similar porque determinó que el artículo 94 de la Carta de Naciones Unidas no era autoejecutable y que, por lo tanto, las sentencias de CIJ no podían ser ejecutadas por los tribunales domésticos.

¿Pero es esta, en realidad, una relación necesaria? Veamos.

Los tribunales internacionales generalmente no tienen la facultad de ejecutar sus decisiones. Son escasos los tribunales internacionales que han sido dotados con atribuciones para ejecutar sentencias²⁶⁶. Carecen de lo que conocemos como ‘imperio’ y tampoco existe un órgano encargado de velar por el cumplimiento de la sentencias. Algunos tratados establecen ciertos mecanismos –políticos- en caso de incumplimiento de una decisión: por ejemplo, la Carta de Naciones Unidas establece que el Consejo de Seguridad puede hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo²⁶⁷. Es necesario tener presente que la posible actuación del Consejo de Seguridad se debe realizar dentro de su función primordial de mantener la paz y seguridad internacionales.

En este contexto, el cumplimiento queda entregado fundamentalmente al honor de las partes. Como indica Mary Ellen O’Connell, en realidad son pocos los casos en que los Estados no han dado cumplimiento a sentencias, pero ciertamente mayores dificultades surgirán en la medida que la adjudicación internacional aumente²⁶⁸. Por lo demás, existen situaciones en que ni siquiera será necesaria la ejecución de un fallo. En algunos casos, la decisión de un tribunal internacional satisface las pretensiones de las partes con su mera dictación. Cuando se requiera ejecución puede que simplemente sea necesario que un Estado haga o deje de hacer algo en el ámbito internacional (por ejemplo, que retire sus tropas de territorio extranjero, o que derribe alguna

²⁶⁶ O’CONNELL, Mary Ellen. *The Power and Purpose of International Law*. Oxford University Press (2008), pp. 296-297.

²⁶⁷ El artículo 94(2) de la Carta de Naciones Unidas dispone que: “Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, *si lo cree necesario*, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo” (énfasis añadido). No se trata de un medio vinculante de ejecución, el Consejo de Seguridad actuará sólo si lo cree necesario.

²⁶⁸ Cf. O’CONNELL, op. cit., pp. 297-299.

construcción contraria al derecho internacional). Pero existen casos en que las sentencias exigirán algún efecto en el derecho doméstico (por ejemplo, reconsiderar una decisión judicial, derogar o modificar una ley, entre otras). Bajo esta última circunstancia, ¿podría el estado acreedor o las personas beneficiadas por una sentencia internacional recurrir a los tribunales internos del Estado deudor en caso de incumplimiento?

Como cuestión de derecho internacional, los Estados se encuentran obligados a respetar las sentencias que dicten los tribunales internacionales que han conocido de la controversia que los involucra. Esta obligación surge del consentimiento del Estado en otorgarle jurisdicción a un tribunal internacional y también de la propia labor judicial. En el caso de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, su estatuto establece en sus artículos 59 y 60 la obligatoriedad de la decisión para las partes en litigio y que la misma es definitiva e inapelable²⁶⁹. En el caso de otros tribunales, normalmente los tratados que los crean, o los acuerdos en virtud de los cuales los Estados someten una controversia a su conocimiento, establecerán la obligatoriedad de sus fallos. Esta obligación, de nuevo, es de carácter internacional.

Existen pocos tratados que se refieren al efecto interno de las sentencias internacionales, estableciendo –en general– la obligación de considerar a estas decisiones como si fuera una decisión dictada por un tribunal doméstico. Un buen ejemplo de esto se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el Anexo VI de este tratado, se establece que las decisiones de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos pueden ser ejecutadas por los tribunales domésticos. El artículo 39 del anexo señala que las decisiones “serán ejecutables en los territorios de los Estados Partes de la misma manera que las sentencias o providencias del tribunal supremo del Estado Parte en cuyo territorio se solicite la ejecución”. Otro ejemplo se encuentra en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (también conocido como Convenio de Washington) cuyo artículo 54(1) dispone que:

Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones

²⁶⁹ El artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. El artículo 60, a su turno, señala que “el fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran²⁷⁰.

Mediante este tipo de disposiciones, los Estados se han obligado a que las sentencias que dicte un tribunal internacional deberán ser ejecutadas de una determinada forma en el derecho interno, generalmente como si hubiesen sido dictadas por un tribunal del territorio y evitando la necesidad de un procedimiento de reconocimiento mediante *exequátur* y posterior ejecución. Estas disposiciones no triunfan en aquellos Estados que han adoptado un modelo dualista –al modo del Reino Unido- y en ellos se deberá dictar una ley que incorpore y establezca en el derecho interno el efecto que han de tener las sentencias de tribunales internacionales.

Pero disposiciones como las señaladas son excepcionales y generalmente ni los tratados ni los estatutos de los tribunales se refieren a los efectos que en el derecho interno tendrá una decisión emitida por un tribunal internacional.

Las obligaciones que impone el tratado y las obligaciones que impone la sentencia son de diferente origen y naturaleza. Las obligaciones que impone de un tratado surgen de la negociación y consentimiento de los estados, han sido pactadas por ellos considerando diferentes razones, mientras que las obligaciones determinadas por una sentencia surgen de un proceso judicial en que existe un juicio normativo acerca de la conducta de una de las partes, estableciendo consecuencias frente a ella. Esta independencia, a mi juicio, impide concluir una relación necesaria entre la autoejecutabilidad de un tratado y de una sentencia. Bien puede darse el caso que un tratado, bajo el derecho doméstico pertinente, resulte autoejecutable, pero que el Estado sea condenado por la violación de ese tratado y que la sentencia del tribunal internacional lo obligue a derogar o modificar una ley. Los tribunales normalmente no tienen el poder para modificar o derogar una ley, esta tarea le pertenece al Poder Legislativo, por lo que el cumplimiento de la obligación establecida en dicha sentencia no podría ser exigido a los

²⁷⁰ En un sentido similar la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 68 que los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en todo caso en que sean partes y, con respecto a las obligaciones pecuniarias indica que “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

tribunales. También es posible que mientras un tratado no sea autoejecutable, una sentencia que se base en el mismo imponga obligaciones para un Estado que, conforme a su derecho doméstico, pueden ser ejecutadas directamente.

En abstracto, las obligaciones que se derivan de un tratado y las que se derivan de una sentencia son independientes. Por supuesto, las segundas nacen del incumplimiento de las primeras, pero eso no impide considerar que una vez que han sido determinadas por un tribunal, coexisten. El error de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la opinión disidente del juez Breyer parece ser que ellos consideran que el fundamento de la obligatoriedad de una sentencia se encuentra en el tratado que interpreta y que depende de él. Una sentencia sólo podría ser ejecutada por los tribunales domésticos en la medida que exista una disposición en el tratado que obligue al Estado a hacerlo y que, además, este sea autoejecutable.

En mi opinión, ambas cuestiones no pueden ser equiparadas. Una sentencia es vinculante por sí misma²⁷¹, y la posibilidad de ejecución de la misma por los tribunales domésticos debiese ser evaluada conforme a su propio mérito, considerando lo que el derecho interno disponga.

La aplicación directa de la costumbre internacional

En el derecho internacional público, la costumbre tiene un rol fundamental como fuente de derecho. Esto diferencia al sistema jurídico internacional de aquellos que forman parte de la tradición jurídica de derecho continental, en los cuales la costumbre tiene generalmente un valor residual frente al derecho legislado. La gran cantidad de materias en las que existe costumbre internacional –las que incluye áreas como el derecho humanitario, el derecho ambiental, el derecho de las inversiones, las inmunidades, entre otras- revelan la importancia de esta fuente y por qué es necesario reflexionar sobre su aplicación interna.

Diversos sistemas jurídicos admiten algún grado de efecto directo a las reglas de derecho internacional consuetudinario²⁷². En algunos casos, ello se debe a que la Constitución del Estado

²⁷¹ Con esto no quiero decir que la sentencia del caso *Avena* debió haber sido ejecutada por los tribunales estadounidenses, pues eso supondría analizar con mayor detención el derecho estadounidense. Sólo me interesa criticar el razonamiento ocupado en este punto por la mayoría y la disidencia.

establece explícitamente reglas sobre la materia. El caso alemán es uno de los más claros. El artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone que:

Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal²⁷³.

En virtud de esta disposición, la costumbre internacional es incorporada automáticamente en el derecho federal alemán, teniendo primacía sobre las leyes. Esto la sitúa en una posición de poder ser aplicada directamente, pero ciertamente existen excepciones en donde es necesaria su implementación mediante ley. El caso paradigmático es el establecimiento de normas penales, las que sólo pueden ser creadas mediante ley²⁷⁴.

En países que pertenecen a la tradición jurídica del *common law* la aplicación directa del derecho internacional consuetudinario se ha producido, sin regla expresa, a través de la jurisprudencia y rol que les corresponde a los tribunales en el desarrollo del *common law*. En el Reino Unido, por ejemplo, comúnmente se ha considerado que las reglas de derecho internacional consuetudinario se incorporan de manera automática en su derecho interno. Una cita ilustrativa en este respecto es la declaración efectuada por Lord Talbot en el caso *Buvot v. Barbuitt* en que sostuvo: “El derecho de gentes en toda su extensión era parte del derecho de Inglaterra”²⁷⁵. Aunque esta referencia tiene un alcance amplio, ella ha sido moderada con posterioridad. Se han establecido límites a la aplicación de normas consuetudinarias internacionales, y por ejemplo ellas no pueden ser aplicadas si contradicen una ley (*statute*) o una decisión de un tribunal superior²⁷⁶. Adicionalmente los órganos adjudicadores han exigido que se haya probado la existencia de evidencia que demuestre que la práctica británica se haya manifestado de conformidad con la

²⁷² Cf. VAN ALSINE, Michael. *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: Summary and Conclusions*. En: SLOSS, op. cit. (nota 65), p. 581.

²⁷³ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. [En línea] Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> [Fecha de consulta: 31 de marzo de 2015].

²⁷⁴ JAKOBS, op. cit. (nota 243), pp. 88-89.

²⁷⁵ Citado por SHAW, op. cit. (nota 61), p. 141. En inglés: “the law of nations in its full extent was part of the law of England”.

²⁷⁶ Cf. *Ibid.* El autor también señala: “En otras palabras, las leyes tienen predominio sobre el derecho consuetudinario, y un tribunal británico tendría que aplicar los términos de una ley del Parlamento, incluso si implicara la violación de una norma de derecho internacional” (p. 143). En inglés: “In other words, statutes had predominance over customary law, and a British court would have to heed the terms of an Act of Parliament even if it involved the breach of a rule of international law”.

regla de derecho internacional, esto es, que haya consentido con ella²⁷⁷. Por lo tanto, aunque la incorporación de la costumbre internacional sigue siendo automática, esto no implica que no existan excepciones ni que su aplicación lo sea. Consideraciones constitucionales han limitado este principio de incorporación y aplicación automática, imponiendo la primacía del Parlamento y su legislación. Un ejemplo de excepción a la incorporación automática es en el caso de normas penales. La *House of Lords* ha aceptado unánimemente que la incorporación automática no aplica para el crimen de agresión del derecho internacional consuetudinario: es necesario que se dicte legislación que establezca este delito²⁷⁸.

En el derecho chileno la costumbre tiene un rol limitado como fuente de derecho. En materia civil, la costumbre no constituye derecho sino cuando la ley se remite a ella, conforme a lo que dispone el artículo 2 del Código Civil. En materia comercial, por su parte, la costumbre tiene valor además en frente al caso de silencio de la ley. Con respecto a la costumbre internacional ni la Constitución ni ninguna disposición legal hacen mención sobre la incorporación del derecho internacional consuetudinario al derecho interno²⁷⁹. Se trata indudablemente de un vacío normativo.

Este vacío normativo no ha impedido que los tribunales se pronuncien sobre la costumbre internacional ni que la apliquen. En un estudio realizado por Santiago Benadava en la década de los 90 del siglo pasado, el autor concluyó que:

En general, podemos afirmar que la jurisprudencia de nuestros tribunales admite que las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automáticamente incorporadas en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado, y que deben ser aplicadas por los tribunales nacionales cuando se les presente ocasión para ello²⁸⁰.

²⁷⁷ Cf. *Ibíd.*, pp. 142-143.

²⁷⁸ Cf. *Ibíd.*, p. 147. En la misma página se lee: “Los tribunales ingleses ya no tenían el poder para crear nuevos delitos, los que sólo podían establecerse por ley, y en la práctica cuando se buscaba efecto interno a los crímenes internacionales consuetudinarios esto se logró a través de legislación”. En inglés: “The English courts no longer had the power to create new criminal offences, which could only now be done by statute, and in practice when domestic effect was sought for customary international crimes this was achieved through legislation”.

²⁷⁹ La única excepción se encuentra en el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal, disposición que ha perdido relevancia y aplicabilidad tras la reforma procesal penal y la creación del nuevo Código Procesal Penal.

²⁸⁰ BENADAVA, op. cit. (nota 28), p. 18.

Para arribar a esta conclusión, el autor cita al menos cinco sentencias de tribunales superiores chilenos que se pronunciaron en este sentido. Aunque el número puede ser considerado escaso, también lo han sido las oportunidades en que los tribunales han debido pronunciarse al respecto. Más allá de estas consideraciones, es importante considerar las razones esgrimidas por los tribunales para aplicar la costumbre. Ellas incluyen, entre otras, que las normas internacionales son coexistentes con las normas de derecho interno siendo aplicables a las relaciones regidas por el derecho internacional²⁸¹; que los principios de derecho internacional son de general aplicación y suplen el silencio de las leyes ante situaciones no previstas por ellas²⁸²; o que los jueces pueden, en el silencio de la ley, aplicar las normas de derecho internacional²⁸³. Sólo en un caso reportado por Benadava, la Corte Suprema rechazó la incorporación automática de la costumbre internacional sosteniendo que la judicatura se encuentra únicamente autorizada a aplicar las normas de derecho internacional cuando la ley se remita a ellas o si se trata de disposiciones de tratados internacionales vigentes en Chile²⁸⁴.

En las décadas recientes, los tribunales se han pronunciado sobre la costumbre internacional particularmente en casos –civiles y penales- sobre violaciones a los derechos humanos ocurridos en dictadura. En los casos penales, la Corte Suprema ha considerado que, de acuerdo a la costumbre internacional, los crímenes internacionales son imprescriptibles aplicando esta regla para evitar la extinción de la responsabilidad penal de los autores de estos delitos²⁸⁵. Estas sentencias confirman además la postura de la incorporación automática de la costumbre²⁸⁶. Pero

²⁸¹ Cf. *Ibíd.*, p. 12.

²⁸² Cf. *Ibíd.*, p. 13.

²⁸³ Cf. *Ibíd.*, p. 15.

²⁸⁴ Cf. *Ibíd.*, p. 17.

²⁸⁵ Véase Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 559-2004, de 13 de diciembre de 2006. La Corte señaló que la regla de imprescriptibilidad establecida en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad era aplicable al caso aun cuando Chile no ha ratificado dicho tratado porque se trata de una norma de derecho consuetudinario: “Que, conforme a una fórmula reconocida por la Comisión Internacional de Justicia de Naciones Unidas, el Derecho Convencional puede tener efecto declarativo, cristalizador o generador de normas consuetudinarias. El primero de estos efectos se genera cuando el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación (sic) de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado” (Considerando 17° de la sentencia).

²⁸⁶ Cf. AGUILAR, Gonzalo. *La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador*. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 7, No. 1 (2009), p. 114.

la postura de la Corte Suprema ha ido más allá, llegando a señalar que la costumbre internacional prevalece frente a las leyes internas. En una sentencia dictada el año 2007 la Corte afirmó:

Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. [...] Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado [...]²⁸⁷.

El máximo tribunal, pese a que no existe disposición constitucional o legal alguna que establezca una jerarquía para las normas internacionales, declara que ellas prevalecen sobre la ley. Para Gonzalo Aguilar, la Corte:

[N]o podría actuar de otro modo porque hacerlo, implicaría admitir un absurdo, vale decir, que las normas internacionales que han nacido del acuerdo -expreso o tácito- de varios Estados y sujetos de derecho internacional, podrían ser dejadas sin efecto mediante la sola voluntad unilateral del órgano político del Estado²⁸⁸.

Pero el argumento de Aguilar es evidentemente errado. Si los tribunales chilenos hicieran prevalecer la ley nacional sobre una norma internacional –como lo han hecho en el pasado- no estarían dejando sin efecto a estas últimas. Las normas internas y las normas internacionales operan en sistemas jurídicos diversos, y las primeras no tienen fuerza normativa en el plano internacional. Incumplir con un tratado o la costumbre internacional ciertamente puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional, pero ello no quiere decir que esas normas puedan ‘ser dejadas sin efecto mediante la sola voluntad unilateral’ del Estado. Una jerarquía normativa superior a la ley, entonces, no es una consecuencia necesaria de la sola existencia y obligatoriedad de normas internacionales.

En materias civiles, la Corte Suprema ha sostenido posturas contradictorias. En algunos casos ha acogido las acciones civiles derivadas de los ilícitos cometidos por agentes del Estado en favor de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, invocando normas de *ius cogens*. La

²⁸⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 3125-2004, de 3 de marzo de 2007, considerando 36°.

²⁸⁸ AGUILAR, op. cit, p. 128.

Corte ha argumentado que acoger estas acciones “lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional”²⁸⁹. En otros casos la Corte ha rechazado las indemnizaciones, no porque rechace la aplicación de normas internacionales, sino porque en su opinión no existe una regla, consuetudinaria o de otro tipo, que establezca la imprescriptibilidad de acciones civiles en este tipo de casos²⁹⁰.

En materia de incorporación y aplicación de la costumbre internacional en el derecho interno, en mi opinión, simplemente hay un vacío normativo en el derecho chileno que ha sido suplido por la jurisprudencia. Algunos podrían argumentar que el artículo 2 del Código Civil tiene aplicación general e incluye a la costumbre internacional y que por lo tanto la aplicación de ésta viola aquella disposición. Pero esta posición puede refutarse señalando que el Código Civil no busca establecer una regla sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Más bien, el artículo 2 se refiere al derecho nacional, esto es, es una regla de reconocimiento, en términos de Hart²⁹¹, relativa a las fuentes normativas creadas en el derecho chileno: la costumbre nacional sólo será aplicada en aquellos casos en que la ley se remita a ella. Nada dice el artículo 2 sobre la costumbre *internacional*.

En ausencia de alguna disposición legal o constitucional que permita argumentar la incorporación automática de la costumbre internacional, defender su aplicación requiere de un mayor esfuerzo argumentativo, sobre todo cuando es el derecho interno el que define la incorporación y aplicación de normas internacionales. Ciertamente no hay que olvidar que las normas consuetudinarias son resultado de la práctica de los Estados y que Chile es parte de su creación, siendo destinatario de sus obligaciones. También hay que tener en mente que la práctica comparada admite aplicación directa de la costumbre internacional y que ella puede ser tremendamente útil para solucionar controversias en el ámbito doméstico. Como se trata de un vacío en la legislación chilena, la respuesta queda entregada a los tribunales.

Con respecto a los límites de la aplicación de la costumbre internacional, no existe una posición unánime en la doctrina y jurisprudencia. En algunos casos han considerado que ella se aplica en

²⁸⁹ Sentencia de la Corte Suprema Rol No. 6308-2007, de 8 de septiembre de 2008, considerando 20°.

²⁹⁰ Cf. Sentencias de la Corte Suprema recaídas en los roles No. 558-2009, 1615-2009, 4042-2009 y 5969-2010.

²⁹¹ HART, H.L.A. *El concepto de derecho* (Trad. Genaro R. Carrió). Editorial Abeledo-Perrot (1961).

la medida que no se oponga al derecho chileno²⁹² pero jurisprudencia más reciente les ha otorgado primacía sobre las leyes internas. Analicemos las dos posturas.

De acuerdo a la primera de ellas, se ha supeditado la aplicación de la costumbre a lo que el derecho interno disponga. Eso supone que los tribunales hacen una distinción entre la costumbre y los tratados. Mientras la primera se encuentra subordinada al derecho chileno, los tratados gozan de preferencia frente a él. ¿Qué puede fundar esta diferencia? En ninguno de los dos casos existe norma explícita sobre la primacía del derecho interno o internacional, pero en el caso de la costumbre los argumentos para su incorporación y aplicación son más débiles que en el caso de los tratados. Sin embargo, no es lo único que diferencia a estas fuentes. En el caso de los tratados el consentimiento del Estado chileno siempre es explícito y requiere la participación del Ejecutivo y el Congreso, mientras que en el caso de la costumbre no ocurre necesariamente lo mismo. Puede que Chile se encuentre obligado en virtud de normas consuetudinarias que no ha consentido expresamente o con respecto a las cuales ha guardado silencio. En el derecho comparado, uno de los requisitos para que se aplique la costumbre es que se pruebe la existencia de práctica del Estado que demuestre su consentimiento, al menos tácito, con la norma. Ciertamente este requisito no se condice con la naturaleza de la costumbre internacional, porque ella no requiere del consentimiento explícito de un Estado para su establecimiento, sino que basta su silencio (que no haya sido objetor persistente de la misma). Pero es importante que los tribunales domésticos estudien el comportamiento del Estado, para que la postura del mismo sea clara y no contradictoria o vacilante entre sus propios órganos. Lo recién mencionado podría ser considerado como un criterio a seguir por los tribunales chilenos. Además de este criterio, la aplicación de normas consuetudinarias –al igual que las normas de tratados- deben respetar los principios constitucionales. Sólo a modo de ejemplo, sería inaceptable, en virtud del principio de legalidad penal, que los tribunales pudieran fundar la existencia de un delito en una costumbre y no en una ley, de la misma forma que sería inaceptable que a través de la costumbre se modificara la Constitución, por el principio de primacía en ella contenida.

La segunda postura adoptada por los tribunales, aplica la costumbre con preferencia a las normas internas. Esta decisión se ha fundado en aquellas consideraciones que han llevado a los tribunales a otorgar una jerarquía suprallegal a los tratados, esto es, que al tratarse de normas

²⁹² BENADAVA, op. cit. (nota 28), p. 86.

internacionales que obligan al Estado, los tribunales chilenos no pueden modificarlas ni derogarlas unilateralmente. Por cierto, este argumento es errado en la medida en que las normas del derecho interno y las sentencias de los tribunales domésticos no tienen fuerza normativa en el derecho internacional²⁹³. En ausencia de regulación, una decisión que puede tener consecuencias tan importantes como dejar de aplicar una ley que ha emanado del Congreso debiera ser tomada con cautela y un razonamiento detallado que lo justifique.

Finalmente, cabe hacerse una pregunta práctica sobre la posibilidad de aplicación de la costumbre internacional: ¿están preparados los jueces para aplicarla? Los tribunales chilenos se encuentran insertos en una tradición jurídica que otorga una primacía casi absoluta al derecho legislado; en este contexto no es sorprendente que los tribunales no se encuentren familiarizados con la costumbre internacional. Por lo mismo resulta deseable que tal como ha sucedido en el caso de materias económicas y sectoriales, los tribunales analicen los conceptos de derecho internacional desde la óptica del mismo y no aplicando conceptos de otras áreas del derecho. En particular, sobre la costumbre, que evalúen los criterios de la doctrina y jurisprudencia internacionales para determinar si existe práctica y *opinio iuris*, elementos que constituyen la misma.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

La Organización de las Naciones Unidas es, sin duda, la principal organización internacional del mundo²⁹⁴. Sus principales órganos son la Asamblea General, de la cual forman parte todos los Estados miembros, cada uno con derecho a voto y el Consejo de Seguridad, el que está conformado sólo por 15 Estados miembros, de los cuales 5 son miembros permanentes que tienen derecho a veto²⁹⁵.

²⁹³ Ver *supra*, p. 57.

²⁹⁴ A la fecha cuenta con 193 Estados miembros, ver <http://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html> (última visita 16 de abril de 2015).

²⁹⁵ El Artículo 23(1) de la Carta establece la composición del Consejo de Seguridad: “El Consejo de Seguridad se compondrá de quince miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, serán miembros permanentes del Consejo de Seguridad. La Asamblea General elegirá otros diez Miembros de las Naciones Unidas que serán miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, prestando

De acuerdo al artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”. La potestad normativa del Consejo de Seguridad constituye un caso excepcional en que todos los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados por las resoluciones que el Consejo adopte (apruebe) aunque no hayan participado en el proceso de adopción de la misma.

En principio, el ámbito de las resoluciones es limitado. El Consejo de Seguridad sólo puede actuar dentro de su competencia, la que consiste primordialmente en mantener la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, la práctica de las resoluciones del Consejo de Seguridad muestra que el ámbito de ellas se ha ido expandiendo. Un ejemplo de esto lo constituyen las resoluciones adoptadas por el Consejo en la así llamada lucha contra el terrorismo.

Por medio de la Resolución 1267 (1999), el Consejo de Seguridad, como medio para combatir el terrorismo y específicamente a *Al-Qaeda*, ordenó a los Estados congelar todos los fondos y otros recursos financieros producidos o generados por bienes de propiedad de ciertos talibanes, o bajo su control directo o indirecto²⁹⁶. La resolución además estableció un Comité que se encargaría de manejar estas sanciones. Posteriormente, el Consejo de Seguridad a través de la Resolución 1333 (2000), encargó a este Comité que mantuviera una lista actualizada, basada en información suministrada por los Estados, de las personas y entidades que se haya indicado que están asociadas con *Al-Qaeda*²⁹⁷. Las personas que ingresan a dicha lista no han tenido la oportunidad de una revisión independiente de su situación.

La Unión Europea, implementó las resoluciones a través del Reglamento de Ejecución 881/2002, estableciendo en su artículo 2 la orden de congelar todos los fondos y recursos económicos cuya propiedad pertenezca a las personas, naturales o jurídicas, designadas por el Comité de Sanciones de las Naciones Unidas²⁹⁸.

especial atención, en primer término, a la contribución de los Miembros de las Naciones Unidas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás propósitos de la Organización, como también a una distribución geográfica equitativa”. El derecho a veto consiste en un miembro permanente del Consejo puede por sí solo impedir que se adopte un proyecto de resolución.

²⁹⁶ Resolución 1267 del Consejo de Seguridad, de 15 de octubre de 1999, UN Doc. S/RES/1267, párrafo 4.

²⁹⁷ Resolución 1333 del Consejo de Seguridad, de 19 de diciembre de 2000, UN Doc. S/RES/1333, párrafo 8.

²⁹⁸ Reglamento de Ejecución 881/2002 del Consejo de la Unión Europea de 27 de mayo de 2002, publicada en el Diario Oficial No. L139 de 29 de mayo de 2002.

El Sr. Kadi, un ciudadano saudí, y una fundación establecida en Suecia, fueron incluidos en esa lista. Ambos dedujeron acciones de nulidad ante tribunales de primera instancia de las Comunidades Europeas, reclamando que el Consejo no era competente para adoptar el Reglamento de Ejecución y que éste violaba varios derechos fundamentales, en particular sus derechos a defensa y de propiedad. La Corte de primera instancia rechazó las acciones, argumentando que los Estados miembros de la Unión Europea estaban obligados a cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad, y que la Carta de Naciones Unidas prevalece sobre el derecho comunitario. El Sr. Kadi y la fundación apelaron ante la Corte Europea de Justicia. La Corte entonces se tuvo que pronunciar sobre los efectos de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

En su decisión, la Corte determinó que el Reglamento era susceptible de control de legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales; el hecho de que estuviera destinado a aplicar una resolución del Consejo de Seguridad no era un obstáculo²⁹⁹. La Corte recordó además que la Carta de Naciones Unidas no obliga a seguir un método determinado para dar cumplimiento a las resoluciones del Consejo; ella debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico de interno de cada miembro de la ONU³⁰⁰. La Corte luego sostuvo que los principios de libertad, democracia y del respeto de las libertades fundamentales y de los derechos humanos son las bases fundamentales de la Unión Europea que no pueden ser derogadas³⁰¹. De acuerdo a la Corte:

Los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del derecho comunitario³⁰².

La Corte entonces procedió a examinar si el Reglamento violaba derechos fundamentales. Sobre el derecho a defensa, constató que el Reglamento no establece un procedimiento para comunicar a los interesados los datos que justifican la inclusión de sus nombres en el listado, que a los

²⁹⁹ Caso *Kadi y otro c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2008, Asunto C-402/05 y C-415/05, párrafo 299.

³⁰⁰ *Ibid.*, párrafo 298.

³⁰¹ *Ibid.*, párrafo 303.

³⁰² *Ibid.*, párrafo 326.

recurrentes no se les informó en ningún momento los datos utilizados en su contra, ni se les ofreció información alguna³⁰³. De esta manera no se respetaron los derechos de defensa, en particular su derecho a ser oídos, y se violó su derecho a un recurso judicial efectivo³⁰⁴. En cuanto al derecho de propiedad, la Corte consideró que si bien la congelación de fondos no puede calificarse *per se* inadecuada o desproporcionada dado el interés general en la lucha contra el terrorismo, en este caso las medidas constituyeron una restricción injustificada del derecho de propiedad, porque no se respetaron garantías que le permitieran tener una oportunidad adecuada para exponer su caso a las autoridades competentes³⁰⁵. La Corte decidió anular el Reglamento en cuestión en lo que respecta a los recurrentes³⁰⁶.

Para la Corte Europea no fue suficiente que el Reglamento implementara una decisión del Consejo de Seguridad. A la Corte le importaron los medios a través los cuales se implementaba, y sobretodo asegurar el respeto de la legalidad y de los principios fundantes del sistema jurídico europeo. La Corte en ningún momento cuestionó el hecho que los Estados estuvieran obligados a cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad. Pero afirmó tajantemente que ese cumplimiento no podía implicar la violación de las disposiciones fundantes de la Unión Europea. En definitiva, la decisión de la Corte muestra un análisis de legitimidad de decisiones internacionales centrado en la observancia de garantías procesales³⁰⁷.

La situación fáctica del caso *Kadi* podría suscitarse ante los tribunales chilenos. Si se solicitara el cumplimiento de la resolución del Consejo de Seguridad, ¿bastaría que las resoluciones tuvieran “claridad y precisión suficiente”? ¿Se podría dar, sin más, efecto directo a este tipo de resoluciones? ¿Estarían los tribunales nacionales dispuestos a revisar la legalidad de la resolución conforme a estándares constitucionales? Acá nuevamente existiría un vacío en la legislación chilena, pero el camino seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría servir como un buen ejemplo del balance que debe existir entre el respeto por las normas

³⁰³ *Ibid.*, párrafos 345-347.

³⁰⁴ *Ibid.*, párrafos 348-351

³⁰⁵ *Ibid.*, párrafos 363-371.

³⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 372.

³⁰⁷ PETERSEN, op. cit. (nota 106), p. 246.

internacionales y el respeto por las normas y principios constitucionales, a través de un análisis de la legitimidad de las primeras.

El cumplimiento de solicitudes de cooperación emanadas de la Corte Penal Internacional en Chile³⁰⁸

La Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”), es un tribunal de carácter internacional y permanente, que ha sido facultado para ejercer su jurisdicción sobre personas naturales respecto de aquellos crímenes internacionales de la mayor gravedad (entre otros, el crimen de genocidio o los crímenes de lesa humanidad). Como la mayoría de los tribunales internacionales, la CPI no tiene facultad de imperio y sus agentes no están facultados para ejecutar directamente sus resoluciones. La ejecución de las órdenes de la Corte depende de la cooperación de los Estados. En este sentido el Estatuto de Roma (tratado que crea la CPI) establece obligaciones de cooperación internacional a los Estados Parte³⁰⁹. El artículo 86 del Estatuto dispone que los Estados Partes “de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”. Luego, el artículo 88 se refiere a los procedimientos aplicables en el derecho interno: “los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”³¹⁰. Las formas de cooperación que prevé el Estatuto, incluyen la detención y entrega de personas, así como la práctica de pruebas, de allanamientos y decomisos, la notificación de documentos, identificación de personas u objetos (artículos 89 a 93 del Estatuto).

Hasta ahora la Corte ha emitido diversas órdenes de detención que exigen la cooperación de los Estados para su cumplimiento. Es posible que conforme aumenten los casos que sean llevados

³⁰⁸ Agradezco al profesor Eduardo Picand A. por sus valiosos comentarios a esta sección.

³⁰⁹ El estatuto de la Corte Penal Internacional se encuentra disponible en [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (última visita 27 de agosto de 2015).

³¹⁰ En este sentido el profesor Eduardo Picand afirma que “[e]sta “cooperación plena” que deben brindar los Estados Partes a la CPI, se sustanciará conforme las previsiones que contenga la legislación interna de cada uno de esos Estados, de modo tal que ellos deben asegurar que sus normativas internas contengan procedimientos claros que permitan el diligenciamiento ágil y eficaz de cada acto de asistencia internacional que solicite la CPI de conformidad con el Estatuto”. PICAND, Eduardo. *La cooperación internacional y la asistencia judicial entre la Corte Penal Internacional y el Estado de Chile*. En: Revista Jurídica del Ministerio Público No. 38 (2009), p. 175.

ante ella, también aumente la cantidad de órdenes que dicte. En tal medida, la reacción que adopten los Estados parte del Estatuto puede determinar la eficacia de la actividad jurisdiccional de la Corte.

Chile es parte del Estatuto de Roma desde el 29 de junio de 2009³¹¹. Por lo tanto, se encuentra obligado a cumplir con las disposiciones del tratado, lo que por cierto incluye la obligación de dar cumplimiento a las órdenes que emita la CPI. A la fecha, sin embargo, el Estado no ha dictado legislación que establezca los procedimientos aplicables a las formas de cooperación que prevé el Estatuto³¹². En este aspecto, Chile no ha dado cumplimiento al tratado. Como veremos, esto no ha impedido que los tribunales chilenos se pronuncien sobre las solicitudes efectuadas por la CPI.

Una de las decisiones más controvertidas dictadas a la fecha por la CPI ha sido la orden de detención contra el Presidente en ejercicio de la República de Sudán Omar Al Bashir, imputado por crímenes de guerra, de lesa humanidad y por el crimen de genocidio. Como destaca la profesora Claudia Cárdenas:

Este es sin duda un caso de particular relevancia, no sólo jurídica, sino también simbólica para la Corte Penal Internacional. Y lo es por varias razones. Tal vez el principal motivo de este revuelo es el hecho de que el imputado en contra quien se dictó la orden de detención es un Jefe de Estado en pleno ejercicio del poder. Si bien este hecho no contraría el Estatuto, ni la política de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional de centrar su quehacer en los más altos responsables, lo cierto es que es una situación sin precedentes³¹³.

A Chile, en tanto parte del Estatuto de Roma, también le fue remitida la solicitud de cooperación internacional para la detención y entrega de Omar Al Bashir, dictada por la CPI. Dicha solicitud fue remitida al Ministerio Público en el año 2010, organismo que solicitó su detención ante el Presidente de la Corte Suprema, invocando la aplicación el artículo 53 N° 3 del Código Orgánico

³¹¹ Información obtenida del sitio web de la Corte Penal Internacional. Cf. http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/chile.aspx (última visita 27 de agosto de 2015).

³¹² Como indica el profesor Picand, “[l]as solicitudes de asistencia internacional que formule la CPI serán ejecutadas por el Estado Parte conforme el procedimiento previsto por su *lex fori*, esto es, por su Derecho Interno [...]”. PICAND, op. cit., p. 181.

³¹³ CÁRDENAS, Claudia. *Algunas reflexiones a propósito de la orden de detención de la Corte Suprema chilena contra Omar Al Bashir*. En: Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, No. 7 (2011), p. 147.

de Tribunales que establece la competencia de éste para conocer en primera instancia “de las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional”.

La Defensoría Penal Pública se opuso, solicitando el rechazo de la petición de detención. Al respecto argumentó que el Ministerio Público carecía de legitimación activa para impetrar la solicitud por no tratarse de una situación de extradición y por no emanar de un Estado, lo que implicaba que no resultaba aplicable el Código Procesal Penal³¹⁴. Adicionalmente, sostuvo que el requerimiento carece de procedimiento interno para su tramitación, por lo que se afectaría el artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución³¹⁵. En particular, dicha disposición establece que “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”.

El Presidente de la Corte consideró que lo solicitado era la aplicación de la normativa de cooperación y asistencia internacional, cuestión que a su juicio está regulada expresamente en la disposición 24° transitoria de la Constitución³¹⁶, mediante dicha disposición se autorizó al Estado para reconocer la jurisdicción de la CPI y ratificar el Estatuto de Roma y se estableció que “la cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, *se sujetarán a lo que disponga la ley chilena*”. Luego, argumentó que las solicitudes de detención para atender requerimientos de tribunales internacionales:

[N]o tienen porqué ajustarse a formalidades estrictas cuando el sentido de la requisitoria es clara. En efecto tratándose del procedimiento de extradición la norma chilena contempla la posibilidad de detención previa, conforme a lo estipulado en un tratado o conjunto de reglas mínimas a que se refiere el artículo 442 del Código Procesal Penal. El permiso para detener lo contempla el Estatuto de Roma, como un aspecto de la cooperación internacional y lo señalado en el artículo 442 aludido, no contiene nada incompatible con la ayuda solicitada³¹⁷.

También sostuvo que se respetó el debido proceso en la medida en que frente al requerimiento se dio audiencia al Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, quienes comparecieron a

³¹⁴ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerando 4°.

³¹⁵ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerando 4°.

³¹⁶ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerandos 5-6.

³¹⁷ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerando 9°.

ejercer el derecho a defensa³¹⁸. En cuanto a la legitimación del Ministerio Público, consideró que ella se establece en el artículo 83 de la Constitución y que los artículos 431 y 443 del Código Procesal Penal lo habilitan a actuar en los procedimientos de extradición y a todo lo que se refiera al ejercicio de la acción penal pública y a la obtención de medidas cautelares³¹⁹.

La Corte acogió el requerimiento formulado por la Corte Penal Internacional y ordenó la detención de Omar Al Bashir, en caso que ingrese a territorio chileno³²⁰.

La decisión del Presidente de la Corte Suprema da cumplimiento a la obligación de cooperación establecida en el Estatuto de Roma, al ordenar la detención y entrega de Omar Al Bashir. De hecho, el tribunal sostuvo explícitamente que no podía “obstaculizar la labor de la Corte Penal Internacional ya que ello impediría de algún modo ejercer, a dicha jurisdicción, sus funciones y atribuciones”³²¹ porque ello atentaría contra el Estatuto. El resultado ciertamente confirma la voluntad del Estado de cooperar con el funcionamiento de la Corte, pero hace necesario reflexionar sobre el razonamiento judicial y las reglas en la materia.

Como ya señalé, no existe un procedimiento específicamente aplicable a la tramitación de las solicitudes de cooperación de la CPI, porque el Estado chileno no ha dictado la legislación correspondiente³²². Al referirse a este punto, el Presidente de la Corte sostuvo que no existía necesidad que este se ajustara a “formalidades estrictas” siempre que cumpliera con ciertas reglas mínimas establecidas en el Código Procesal Penal a propósito de la extradición, considerando además que el permiso para detener lo otorga el Estatuto de Roma³²³.

³¹⁸ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerando 9°.

³¹⁹ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerando 10°.

³²⁰ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerando 11°.

³²¹ Sentencia del Presidente de la Corte Suprema, Rol No. 8403-2010, de 24 de diciembre de 2010, considerando 7°.

³²² En este sentido, el profesor Picand afirma que existen “al menos dos formas bastante claras de “implementar” en el Derecho chileno las normas de cooperación penal internacional contenidas en el Estatuto de Roma: modificando la legislación existente o dictando una ley de cooperación internacional que trate las relaciones que deberán existir entre el Estado de Chile y la CPI en estas materias”. PICAND, op. cit., p. 191.

³²³ Si bien lo sostenido por el Presidente de la Corte Suprema tiene concordancia con el Estatuto (el artículo 91 No. 2, letra c) establece que los requisitos contemplados en la legislación interna no pueden ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición conforme a tratados o acuerdos celebrados por el Estado requerido y otros Estados y, de ser posible, serán menos onerosos, habida cuenta del carácter específico de la Corte) ello no quiere

Sin embargo el tribunal no se preguntó por la necesidad –exigida por la Constitución y la ley- de la existencia de un procedimiento previo establecido por la ley. Como se ha destacado: “es claro que la intención del Estatuto de Roma es no promover un proceso de extradición normal, sino un proceso de detención y entrega”³²⁴. En el mismo sentido, el profesor Picand destaca que los tratados de extradición y de cooperación jurídica internacional que Chile ha suscrito no resultan aplicables en el caso de solicitudes emanadas de la CPI:

El Estado de Chile ha celebrado muchos tratados internacionales que regulan la extradición y la cooperación y asistencia jurídica internacional en materia penal –tanto bilaterales como multilaterales-, sin embargo, ellos sólo regulan las relaciones entre los Estados Parte, de modo tal que no es posible aplicarlos extensivamente a las solicitudes o requerimientos internacionales que se puedan formular recíprocamente la Corte Penal Internacional y nuestro país³²⁵.

El artículo 5° del Código Procesal Penal establece en este sentido “que las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades *serán interpretados restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*”. Por lo tanto, como principio, el propio Código Procesal Penal excluye la aplicación de sus reglas por analogía: las reglas de extradición sólo aplican a solicitudes de extradición. La restricción de libertad es una afectación tan fuerte a los derechos fundamentales que de acuerdo a la Constitución una persona sólo puede ser privada de ella en los casos y en la forma prevista por la Constitución y las leyes. Aunque el Estatuto de Roma ordene, entonces, cumplir con una orden de detención de la CPI, ello no implica que eso baste para que un Estado deba ordenarla, cuando no existe un procedimiento interno establecido por la Constitución o la ley, como lo exige la Constitución chilena. En esta materia el Estatuto de Roma no puede ser aplicado directamente ni operar como una norma creadora de derecho (de un procedimiento de detención y entrega), porque dicho tratado no puede derogar la exigencia constitucional ya mencionada.

decir que la existencia de procedimientos adecuados sea irrelevante. En efecto, el profesor Picand explica que “[e]l motivo por el cual se introdujo esta norma era para que los Estados Partes **establecieren procedimientos** más sencillos que el de extradición para resolver las solicitudes de “detención y entrega”, y la especialidad de la Corte se encuentra definida precisamente en su naturaleza jurídica: no se trata de una solicitud emitida por un tribunal extranjero perteneciente a otro Estado” (énfasis añadido). PICAND, op. cit., p. 188.

³²⁴ WINTER, Jaime. *Importancia y problemas de la cooperación con la Corte Penal Internacional*. Gaceta Jurídica No. 376 (2011), p. 182.

³²⁵ PICAND, op. cit., p. 188.

En síntesis, el problema jurídico que plantea la práctica chilena de cumplimiento de las solicitudes de cooperación emanadas de la CPI en relación con la aplicación directa de normas internacionales es el siguiente: existe una obligación de cooperación vinculante para el Estado de Chile, que ha sido establecida por un tratado internacional. Ese mismo tratado establece que los Estados deben asegurarse que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación previstas en el mismo, entre ellas un procedimiento de detención y entrega. Chile no ha dictado la legislación necesaria que establezca procedimientos aplicables a las formas de cooperación establecidas en el Estatuto. Cuando recibió una solicitud de cooperación emanada de la CPI los tribunales chilenos acogieron dicha solicitud, aplicando reglas de extradición establecidas en el Código Procesal Penal y analizando las disposiciones constitucionales relevantes.

Como he intentado demostrar, esto es cuestionable. En primer lugar, porque la Constitución exige que la libertad de las personas sólo puede ser afectada en las formas y casos previstos por ella y la ley (y no hay un procedimiento aplicable); y en segundo lugar, porque las reglas de extradición no resultan aplicables al caso (uno de los principios del Código Procesal Penal es que las normas que autorizan la restricción de la libertad u otros derechos del imputado deben ser interpretadas restrictivamente y se prohíbe su aplicación por analogía). Por lo tanto, en ausencia de una ley que establezca un procedimiento para la detención y entrega de un imputado a la CPI, es cuestionable que se acoja una solicitud de la Corte aplicando reglas establecidas para otros procedimientos y que ciertamente tienen otras finalidades, sobre todo cuando ello importa una afectación grave a derechos fundamentales como la libertad personal. Este es un ejemplo paradigmático de la necesidad de implementación de un tratado internacional.

Pero lo anterior no es el único elemento que es necesario analizar de la decisión comentada. También considero relevante reflexionar sobre una cuestión jurídica que no fue analizada por el Presidente de la Corte Suprema: la inmunidad de Omar Al Bashir en tanto al momento de decretar su detención era (y continúa siendo) Presidente en ejercicio de un Estado.

Es indiscutido que el derecho internacional consuetudinario, al menos hasta ahora, otorga inmunidad a jefes de estado en ejercicio frente una orden de arresto emanada de tribunales

domésticos extranjeros, incluso en caso de acusaciones de crímenes internacionales³²⁶. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado el punto, en el caso de la República Democrática del Congo contra Bélgica, explicando que el sentido de la inmunidad es proteger a una autoridad contra actos de otro estado que obstaculizarían el ejercicio de sus funciones³²⁷. El Estado chileno tiene la obligación internacional de respetar la inmunidad personal de las autoridades extranjeras. Por otro lado, es claro que frente a la Corte Penal Internacional, ningún funcionario o ex funcionario estatal puede alegar inmunidad. Así lo establece el propio Estatuto de Roma³²⁸.

Lo que no es claro, es qué ocurre con las solicitudes de cooperación de la CPI que involucran a funcionarios en ejercicio y además la posible contradicción entre la inmunidad de dichos funcionarios y el derecho doméstico de los Estados Partes. Como explica Paola Gaeta “una cosa es la facultad de un tribunal internacional para ejercer su jurisdicción sobre un individuo, otra cosa son las facultades y obligaciones de los estados cuando son requeridos a adoptar medidas coercitivas contra individuos protegidos por inmunidades personales”³²⁹. En este sentido, existe discusión en la doctrina acerca de si los tribunales domésticos al dar cumplimiento a una orden de la CPI pueden dejar de respetar la inmunidad de los funcionarios extranjeros. El mismo Estatuto, en el artículo 98, parece reconocer la posibilidad de que en materia de inmunidades, se debe aplicar el derecho internacional general:

La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

³²⁶ GAETA, Paola. *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?* En: 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), p. 317.

³²⁷ Caso *Arrest Warrant* (República Democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, I.C.J. Reports 2002, p. 3, párrafo 54.

³²⁸ El artículo 27 del Estatuto dispone: “1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

³²⁹ GAETA, op. cit., p. 317. El original en inglés: “one thing is the power of an international court to exercise its jurisdiction over an individual, another thing is the powers and obligations of states when requested to carry out coercive acts against individuals protected by personal immunities.”

Como se ha explicado³³⁰, esta disposición para algunos implica que ni siquiera corresponde que la CPI solicite el arresto de un jefe de estado en ejercicio, porque se debe aplicar el derecho internacional general en materia de inmunidades; para otros, el artículo 27 del Estatuto ha removido las inmunidades de los funcionarios de los Estados Parte del Estatuto, de no ser así, la Corte no podría juzgar a ningún funcionario; y finalmente, para otros el artículo 27 sería una renuncia implícita de las inmunidades de los Estados Parte, pero el artículo 98 seguiría aplicando para respetar las inmunidades de los estados que no son parte.

En virtud de esta discusión, llama la atención que la Defensoría Penal Pública (organismo que compareció en defensa de Al Bashir) no haya invocado su inmunidad y que el Presidente de la Corte Suprema tampoco haya analizado el asunto. El hecho de que el tema de la inmunidad de un Presidente *en ejercicio* haya pasado completamente desapercibido de la discusión ilustra una de las dificultades que tiene la aplicación directa de normas internacionales, cual es, la poca familiaridad con el debate que la aplicación de estas normas ha generado en el contexto internacional y en el derecho comparado. Las diversas interpretaciones existentes acerca de las disposiciones del Estatuto de Roma en relación con las inmunidades de jefes de estado en ejercicio es sólo un ejemplo. En las próximas solicitudes de cooperación que corresponda conocer a los tribunales chilenos, es de esperar que estas discusiones sean debidamente analizadas.

Conclusiones

La relación entre el derecho internacional y el derecho doméstico no se limita a las consecuencias de la celebración de tratados internacionales y a su potencial efecto en el derecho interno. Conforme el derecho internacional ha evolucionado, ampliando su regulación, otras normas de este sistema también pueden tener repercusiones en el derecho interno de un Estado. La costumbre internacional y las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

³³⁰ FUENTES, Ximena. *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales chilenos*. En: PICAND, Eduardo (Ed.), *Estudios de derecho internacional: libro en homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*. Editorial Thomson Reuters (2012), pp. 348-349.

plantean desafíos al derecho chileno acerca de los factores que los tribunales debieran tener en cuenta al decidir sobre su posible aplicación en un caso concreto.

Este capítulo comenzó analizando la relación entre la autoejecutabilidad de un tratado o de sus disposiciones que establecen la obligación de cumplir con una sentencia dictada por un tribunal internacional y la posibilidad de ejecución por parte de tribunales domésticos de la misma. A mi juicio, no se trata de una relación necesaria. Es teóricamente posible que un tratado sea autoejecutable mientras que las obligaciones que impone la sentencia no puedan ser ejecutadas por los tribunales domésticos. De la misma forma, es posible que el tratado no sea autoejecutable pero que la obligación que establece la sentencia lo sea. Esto se debe a que se trata de obligaciones independientes, que coexisten, y cuyo fundamento de obligatoriedad es distinto: en un caso es el acuerdo entre las partes y en otro el resultado de un proceso judicial.

La costumbre en derecho internacional es una fuente autónoma del mismo, por lo que tiene gran importancia en la praxis de este sistema. En el derecho chileno no existe norma expresa ni sobre su incorporación ni sobre la posibilidad de aplicación de la misma. Pese a ello han existido sentencias que han reconocido sus efectos domésticos, en algunos casos supeditando la costumbre a no contrariar el derecho chileno mientras que en otros se les ha dado primacía sobre las leyes internas. La evolución del derecho internacional y la intensa interacción que ha desarrollado con el derecho doméstico hacen necesario reflexionar sobre el rol de la costumbre internacional en la adjudicación de controversias internas y los criterios que pueden determinar su aplicación. Un criterio que podría definir si una regla consuetudinaria particular debe ser aplicada o no, podría ser la existencia de actos o declaraciones del Estado chileno que muestren su consentimiento en la existencia de una determinada práctica. Adicionalmente, es necesario que la aplicación de normas consuetudinarias no vulnere principios constitucionales como la reserva de ley.

En cuanto a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, éstas son vinculantes para todos los Estados de las Naciones Unidas, sin importar que ellos hayan o no participado en su aprobación. La potestad normativa del Consejo es, en principio, limitada. Pero la práctica ha demostrado que este no es siempre el caso. El alcance de estas normas incluso puede manifestarse en el derecho doméstico: la prueba de ello han sido las resoluciones relativas a la lucha contra el terrorismo, las que han intentado ser implementadas en sistemas nacionales o

supranacionales. Uno de los afectados por la normativa de la Unión Europea que implementaba las resoluciones del Consejo en esta materia llevó a los Tribunales de la Unión a analizar la legalidad de la regulación europea y concluir que ella no respetaba principios fundantes del sistema jurídico europeo, por lo que la anuló en lo que concernía a los recurrentes, negando entonces su ejecución. Un análisis como el desarrollado por el tribunal europeo que tome en cuenta los principios constitucionales que rigen un determinado sistema resulta adecuado con respecto a normas que por muy vinculantes que sean en el ámbito internacional no siempre cuentan con estándares de legitimidad suficientes.

Finalmente, el capítulo analizó la práctica chilena sobre el cumplimiento de solicitudes de cooperación emanadas de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma que crea la Corte, establece la obligación de los Estados Partes de cooperar con ella y el deber de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a las formas de cooperación especificadas en el estatuto. Pese a que en el derecho chileno no se ha dictado la legislación necesaria que establezca tales procedimientos, esto no ha obstado a que los tribunales accedan a cooperar con la CPI, lo que muestra la disposición del Estado chileno a colaborar con la Corte. Así el Presidente de la Corte Suprema, conociendo de una solicitud de cumplimiento de una orden de la Corte, ordenó la detención y entrega de un Presidente de la República en ejercicio (Omar Al Bashir), sin siquiera preguntarse si esa orden podía cumplirse en Chile conforme a las obligaciones del estado en relación con la inmunidad de una autoridad en ejercicio y aplicando por analogía las normas relativas a extradición. Cabe insistir en la necesidad de dictar normas que establezcan procedimientos adecuados y que las próximas decisiones de los tribunales tomen en cuenta las obligaciones internacionales del Estado en materia de inmunidad.

CONCLUSIONES

Esta memoria ha analizado la aplicación directa de los tratados internacionales en el derecho chileno. Para llevar a cabo este análisis, el punto de partida ha consistido en revisar la regulación de los efectos de los tratados en el derecho internacional público. Como se constató, este sistema jurídico no establece una obligación general de otorgar efecto directo a los tratados en el derecho doméstico, sino que esta opción depende de la regulación de cada Estado. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que un tratado establezca la obligación de que sus disposiciones deban ser aplicadas por los tribunales nacionales, pero esta obligación tiene un carácter internacional y no habilita –por sí misma- a un tribunal nacional a aplicar tal tratado. Esto siempre depende de lo que el derecho doméstico disponga. Por lo mismo, la posibilidad de otorgar efecto directo a los tratados es, finalmente, una decisión política.

Como se ha explicado en esta memoria, permitir la aplicación directa de los tratados tiene beneficios y desventajas. El derecho internacional se vuelve eficaz cuando es aplicado por los tribunales domésticos, transformándose en una forma de cumplir con las obligaciones internacionales en el derecho nacional, de velar por los derechos de los particulares y permitir que los cambios de gobierno no afecten el cumplimiento de los compromisos internacionales. Pero los tratados internacionales no son el resultado de un proceso democrático ni existe una comunidad política que haya participado en su creación, la que además no es del todo transparente. Los tratados pueden ser utilizados como instrumentos a través de los cuales Estados poderosos imponen regulación a los demás. Por este motivo las críticas que cuestionan su legitimidad democrática deben ser consideradas seriamente. Con mayor razón, cuando los tratados contemporáneos pueden establecer -y de hecho establecen- reglas en todas las áreas jurídicas, incluso creando órganos que pueden ejercer potestades públicas sin el consentimiento estatal ni el control político doméstico.

El examen del derecho comparado demuestra que los Estados adoptan diferentes decisiones sobre el efecto directo, ninguna de las cuales permite la aplicación indiscriminada de tratados. En el Reino Unido y los países de la *Commonwealth* ningún tratado puede ser aplicado directamente, sino que necesita ser transformado en derecho doméstico. En Estados Unidos los tratados se incorporan al derecho interno, pero existen límites a su aplicación derivados de

principios constitucionales. Lo mismo ocurre en el Reino de los Países Bajos, en donde, pese a su apertura hacia el derecho internacional, se han desarrollado criterios en virtud de los cuales los tribunales rechazan la aplicación de tratados. Otros Estados también han hecho lo propio. Los criterios desarrollados en el derecho comparado, para determinar si un tratado o sus disposiciones son autoejecutables incluyen, entre otros, la claridad y precisión de la norma, la intención de las partes contratantes, la intención del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo que celebra el tratado, la materia que aborde el tratado, si éste establece un mecanismo de solución de controversias, la reserva legal, la no 'justiciabilidad' de la norma y límites de carácter constitucional.

El análisis de los diversos criterios desarrollados por tribunales extranjeros demostró que la doctrina del efecto directo se encuentra intrínsecamente vinculada al principio de la separación de los poderes del Estado. En efecto, los órganos estatales –bajo una forma de gobierno republicana- actúan conforme a reglas de competencia diferenciada; a cada uno de ellos le son asignadas ciertas potestades, las que constituyen la medida y límite de sus funciones. Parafraseando la Constitución chilena, los poderes del Estado no pueden atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se les han conferido. En este sentido, determinar si un tratado es autoejecutable implicará que debe ser aplicado por los tribunales; en cambio, si no lo es, deberá ser cumplido por los órganos políticos mediante la dictación de legislación o la adopción de medidas administrativas. Los criterios mencionados precedentemente permiten evitar que los tribunales se conviertan en legisladores, preservando la separación de poderes.

El análisis del derecho comparado en la materia también demuestra la existencia de distintas maneras de asegurar la legitimidad democrática de las normas internacionales, ya sea a través del proceso de transformación de ellas en reglas domésticas o limitando aquellas que estén en conflicto con principios constitucionales.

La experiencia comparada contrasta con lo que acontece en el derecho chileno. Ni la Constitución ni la legislación chilena establecen reglas generales sobre la incorporación del derecho internacional en el derecho interno ni sobre la posibilidad de aplicación directa de sus normas. La decisión política sobre efecto directo ha quedado en manos de los tribunales. Ellos han interpretado que los tratados se incorporan al derecho interno una vez promulgados y publicados en el Diario Oficial. En cuanto a sus efectos, el concepto de autoejecutabilidad fue

recogido por el Tribunal Constitucional recién en el año 2000, con una finalidad específica: el Tribunal estimó que sólo en caso que una norma sea autoejecutable, debe pronunciarse sobre su constitucionalidad. El Tribunal estableció que el criterio que determina si una disposición es autoejecutable, es la claridad y precisión con que ha sido redactada. Sobre las razones para adoptar este criterio, la relación de la autoejecutabilidad con el principio de separación de poderes o la experiencia comparada, no ha existido pronunciamiento alguno. Los tribunales ordinarios, la Contraloría y los órganos de la Administración han adoptado el criterio del Tribunal Constitucional, sin fundamentar esta decisión ni considerar las implicancias del mismo. Los resultados son desalentadores y en el caso de la aplicación del Convenio 169, han provocado decisiones contradictorias por parte de los tribunales.

Lo anterior demuestra la necesidad de una discusión profunda sobre el efecto directo de los tratados internacionales en el derecho chileno. En mi opinión, ellos no debieran ser aplicados directamente por los tribunales nacionales. Cada vez que el Estado decidiera celebrar un tratado debería ser necesario que el Congreso discutiera las modificaciones legales necesarias y adoptara las normas para cumplir con las obligaciones internacionales. De esta forma el proceso democrático controlaría los efectos de los tratados en el ámbito doméstico a la vez que garantizaría la adopción de medidas para su cumplimiento. ¿Por qué negarle esta posibilidad al proceso político interno?

Por cierto, impedir que todos los tratados tengan efecto directo no es la única forma de proteger al sistema político chileno de las desventajas que presentan estas normas. También es posible que, como en el derecho comparado, se desarrollen criterios, desde una perspectiva constitucional, para determinar cuándo un tratado puede ser aplicado directamente. En todo caso, en base a la experiencia comparada analizada, la doctrina y las decisiones judiciales examinadas y los principios constitucionales, es palmaria la insuficiencia de considerar como criterio de autoejecutabilidad únicamente si un tratado utiliza un lenguaje programático. En esta memoria se han propuestos diferentes criterios que los tribunales y otros órganos del Estado deberían considerar al determinar la autoejecutabilidad de un tratado. Todos ellos encuentran fundamentos en principios constitucionales o vinculados con el derecho público.

Pero el debate sobre el efecto directo de los tratados internacionales no es el único que debería concitar la atención. Otras fuentes del derecho internacional, como la costumbre internacional,

las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, o resoluciones de tribunales internacionales (como las solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional) también pueden tener efectos en el derecho doméstico. En el caso de la costumbre internacional, se trata de una materia que el derecho chileno no ha regulado. No obstante este silencio, los tribunales han aceptado su incorporación automática y su aplicación directa en algunos casos. Sin embargo, no existe todavía una teoría desarrollada al respecto, lo que ha dado lugar a jurisprudencia discordante. Por eso, esta memoria propone que el criterio que permita distinguir si una determinada costumbre debe ser aplicada, además de respetar los principios constitucionales, debiera ser aquella con respecto a la que el Estado chileno haya expresamente consentido. En cuanto a las resoluciones del Consejo de Seguridad, ellas son un desafío reciente y los tribunales chilenos no han tenido oportunidad de referirse a ellas. Pero como muestra la experiencia europea, estos problemas se presentan más temprano que tarde.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Gonzalo. *La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador*. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 7, No. 1 (2009).

ALDUNATE, Eduardo. *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2 (2010).

ÁLVAREZ, Mauricio. *Aplicabilidad de los tratados internacionales en materia económica en el derecho chileno*. Ponencia presentada en las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público EN: Revista de Derecho Público No. 69, Tomo II (2007).

ÁLVAREZ, Mauricio. *La ejecutabilidad de los tratados internacionales en materia económica en el derecho chileno*. Inédito. Tesis para optar al grado de magíster en derecho con mención en derecho internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2006).

AUST, Anthony. *Handbook of International Law* (2da Edición). Cambridge University Press (2010).

AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice* (1ra edición). Cambridge University Press (2000).

BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público* (7ta edición). Editorial Lexis Nexis (2001).

BRADLEY, Curtis A. *Intent, Presumptions and Non-Self-Executing Treaties*. 102 American Journal of International Law 540 (2008).

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law* (7ta edición). Oxford University Press (2008).

BUERGENTHAL, Thomas. *Tratados Auto-Ejecutables y no Auto-Ejecutables en el Derecho Nacional y el Derecho Internacional* (Trad. Carlos Armando Figueredo Planchart). Recueil des cours, Volumen 235 (1992-IV).

BURKE-WHITE, William y SLAUGHTER, Anne-Marie. *The future of international law is domestic (or, the European Way of Law)*. 47 Harvard International Law Journal 327 (2006).

CÁRDENAS, Claudia. *Algunas reflexiones a propósito de la orden de detención de la Corte Suprema chilena contra Omar Al Bashir*. En: Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, No. 7 (2011).

CASSESE, Antonio. *International Law* (2da edición). Oxford University Press (2005).

CHAYES, Abram y HANDLER CHAYES, Antonia. *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Harvard University Press (1995).

- CLAES, Monica. *The National Courts' Mandate in the European Constitution*. Hart Publishing (2006).
- CODDOU, Alberto (Ed.). *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2012*. Ediciones Universidad Diego Portales (2012).
- CONTESSÉ, Jorge (Ed.). *El Convenio 169 de la OIT y el derecho chileno*. Ediciones Universidad Diego Portales (2012).
- CORDERO, Luis. *Derecho Administrativo y Convenio 169. La procedimentalización de los conflictos a consecuencia de soluciones incompletas*. En OLEA, Helena (Ed.). *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*. Ediciones Universidad Diego Portales (2013).
- CORDERO, Luis. *Judicializando la energía: el problema no es el SEIA*. Publicado en El Mercurio Legal (2012). [En línea] Disponible en www.core.cl/destacado/2012/04/16/judicializando-la-energia-el-problema-no-es-el-seia [Fecha de consulta: 2 de marzo de 2015]
- CORNEJO, Felipe. *Normas Autoejecutables en los Tratados Internacionales*. Inédito. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2004).
- CORREA, Rodrigo. *Tratados Internacionales bajo el Embrujo de Brown*. En: D'ALESSIO, Andrés (Ed.). *Estado de derecho y democracia: un debate acerca del rule of law*. Editores del Puerto (2001).
- DUPUY, Pierre-Marie. *International Law and Domestic (Municipal) Law*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011).
- EDWARD, David. *Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations*. En: VVAA. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (Vol. II)*. Giuffrè Editore (1998).
- FERNÁNDEZ, Andrés y DE LA PIEDRA, Cristhian. *Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169*. En: *Revista Estudios Públicos* No. 121 (2011).
- FORTT, María y GODOY, Hugo. *El principio de legalidad ante el derecho penal internacional*. Inédito. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (2004).
- FUENTES, Ximena. *¿Puede el derecho internacional contribuir a prevenir la violencia?* En: SABA, Roberto (Ed.). *Violencia y Derecho*. Editores del Puerto (2004).
- FUENTES, Ximena. *Derecho Internacional Público (Comentario a las sentencias de la Corte Suprema de 2004)*. En: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, No. 1 (2004).
- FUENTES, Ximena. *El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (2007). [En línea] http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf [Fecha de consulta: 2 de febrero de 2015]

- FUENTES, Ximena. *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales chilenos*. En: PICAND, Eduardo (Ed.), *Estudios de derecho internacional: libro en homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*. Editorial Thomson Reuters (2012).
- FUENTES, Ximena. *La jerarquía y el efecto directo del derecho internacional en el sistema jurídico chileno*. En: GREZ, Pablo et. al. (Coord.) *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. Editorial Legal Publishing (2014).
- GALDÁMEZ, Liliana. *Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca, roles N°s. 2387-12 y 2388-12 CPT, acumulados*. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 11, No. 1 (2013).
- GINSBURG, Tom. *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment, and International Law*. 38 New York University Journal of International Law and Politics 707 (2006).
- GROSS, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos: análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile (1991).
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho* (Trad. Genaro R. Carrió). Editorial Abeledo-Perrot (1961).
- HIGGINS, Rosalyn. *'United Kingdom'*. En: HIGGINS, Rosalyn. *Themes and Theories, Selected Essays, Speeches and Writings in International Law*. Oxford University Press (2009).
- HOLLIS, Duncan B. *'A Comparative Approach to Treaty Law and Practice'*. En: BLAKESLEE, Merritt et. al. (Eds.). *National Treaty Law and Practice*. Martinus Nijhoff Publishers (2005).
- IRIGOIN, Jeannette. *La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno Chileno*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, Nos. 2 y 3, Tomo I (1996).
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª Ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras et. al.). Editorial Marcial Pons (1997).
- KAHN, Paul W. *El derecho internacional y la comunidad*. En: D'ALESSIO, Andrés (Ed.). *Estado de derecho y democracia: un debate acerca del rule of law*. Editores del Puerto (2001).
- KAISER, Karen. *Treaties, Direct Applicability*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013).
- KLABBERS, Jan. *International Law in Community Law: The Law and Politics of Direct Effect*. 21 Yearbook of European Law 263 (2001).
- KUMM, Mattias. *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*. The European Journal of International Law, Vol. 15, No. 5 (2004).
- LUZÓN, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Editorial Universitas (1999).
- MERRILLS, J.G. *International Dispute Settlement* (5ta Edición). Cambridge University Press (2011).

- MONTT, Santiago. *Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 32, No. 1 (2005).
- MOORE, David H. *Law(makers) of the land: the doctrine of treaty non-self-execution*. 122 Harvard Law Review 32 (2009).
- NASH, Claudio. *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*. [En línea] <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf> [Fecha de consulta: 29 de abril de 2015].
- NOGUEIRA, Humberto. *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*. Revista Ius et Praxis, Año 2, No. 2 (1997).
- NOLLKAEMPER, André. 'The Direct Effect of Public International Law'. En: PRINSSSEN, Joland y SCHRAUWEN, Annette (Eds.). *Direct Effect Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*. Europa Law Publishing (2004).
- NOLLKAEMPER, André. *National Courts and the International Rule of Law*. Oxford University Press (2011).
- NOLLKAEMPER, André. *The Duality of Direct Effect of International Law*. The European Journal of International Law, Vol. 25, No. 1 (2014).
- O'CONNELL, Mary Ellen. *The Power and Purpose of International Law*. Oxford University Press (2008).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual* (2003).
- PEÑA, Marisol. *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*. En: Revista de Estudios Constitucionales, Vol. 1, No. 1 (2003).
- PETERSEN, Niels. *Determining the Domestic Effect of International Law through the Prism of Legitimacy*. Heidelberg Journal of International Law, Vol. 72, No. 2 (2012).
- PICAND, Eduardo. *La cooperación internacional y la asistencia judicial entre la Corte Penal Internacional y el Estado de Chile*. En: Revista Jurídica del Ministerio Público No. 38 (2009).
- POLAKIEWICZ, Jörg. *International Law and Domestic (Municipal) Law, Law and Decisions of International Organizations and Courts*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2011).
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I* (Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et. al.). Editorial Civitas (1997).
- SANHUEZA, Cristián. *La consulta previa en Chile: del dicho al hecho*. En: OLEA, Helena (Ed.). *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*. Ediciones Universidad Diego Portales (2013).

SCHMIDT, Claudia. *Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: fundamento y alcance de esta distinción en la nueva legislación*. En: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile. *El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno* (1999).

SHAW, Malcolm N. *International Law* (6ta Edición). Cambridge University Press (2008).

SLOSS, David (Ed.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*. Cambridge University Press (2009).

STABEROCK, Gerald. *Human Rights, Domestic Implementation*. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2011).

VALDIVIA, José Miguel. *Alcances jurídicos del Convenio 169*. En: Revista de Estudios Públicos, No. 12 (2011).

VÁSQUEZ, Carlos Manuel. *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*. 89 American Journal of International Law (1995).

VÁSQUEZ, Carlos Manuel. *Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties*. 122 Harvard Law Review 599 (2008).

VON BOGDANDY, Armin. *Pluralism, direct effect, and the ultimate to say: on the relationship between international and domestic law*. International Journal of Constitutional Law, Vol. 6, Nos. 3-4 (2008).

WINTER, Jaime. *Importancia y problemas de la cooperación con la Corte Penal Internacional*. Gaceta Jurídica No. 376 (2011).

YÁÑEZ, Sergio. *Las Leyes Penales en Blanco*. En: Gaceta Jurídica No. 58 (1985).

YOO, John C. *Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding*. 99 Columbia Law Review 1955 (1999).

YOO, John C. *Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non-Self-Execution*. 99 Columbia Law Review 2218 (1999).