

**LA INCORPORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS
EN EL ÁMBITO NACIONAL: LA EXPERIENCIA CHILENA***

Claudio Nash Rojas

Introducción

1.Recepción de los Instrumentos Internacionales en el Ordenamiento

Jurídico Interno Chileno

1.1. Procedimiento de adopción de los tratados

1.2. Incorporación

1.3. Jerarquía

1.4. La jerarquía de los derechos humanos. el artículo 5.2. de la constitución

2. Efectos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la

Función Jurisdiccional

2.1. Tribunal Constitucional

2.2. Cortes de Apelaciones

2.3. Corte Suprema

3. Efectos de los tratados en la responsabilidad internacional del Estado.

4. Normas que tienen un carácter de *self executing*.-

INTRODUCCIÓN

Una cuestión siempre necesaria al comenzar a analizar la incorporación de la normativa internacional de derechos humanos en los sistemas internos es delimitar el campo que estamos estudiando. Primero, debemos tener en consideración que la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno busca determinar cómo estas normas se incorporan al sistema jurídico interno y con qué jerarquía lo hacen; ambas cuestiones centrales para permitir que las personas recurran ante las instancias nacionales para exigir del Estado el cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. De acuerdo con los sistemas comparados, es la Constitución Política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno, toda vez que éstas ya están validadas por el derecho internacional público. Esta será una decisión político-normativa del Estado.

* Ponencia presentada en el “Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por UNICEF en Montevideo (2003).

Ello nos lleva a una segunda consideración. Si bien la forma en que la Constitución resuelve la incorporación de las normas internacionales es una prerrogativa del Estado, esta incorporación, en sus aspectos procesales y de jerarquía, en ningún caso le permitirán al Estado evadir su responsabilidad internacional¹. En efecto, ante la comunidad internacional el Estado no podrá invocar sus normas internas – incluida la Constitución- para justificar violaciones de sus obligaciones internacionales. En materia de derechos humanos esto trae importantes consecuencias, toda vez que el Estado deberá responder ante los órganos de control internacional por violaciones de derechos humanos, sin que pueda pretender excepcionarse alegando que de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno el tratado se ubicaba en una determinada jerarquía en su pirámide legal, ni tampoco alegando la separación de poderes u otra excepción de carácter interno.

Por último, es necesario tener presente que en el derecho constitucional comparado los Estados han debido resolver dos cuestiones en materia de recepción: la forma de incorporación de las normas internacionales y la jerarquía de las mismas. En particular la segunda de estas cuestiones cobra especial importancia en materia de derechos humanos, toda vez que la jerarquía determinará la resolución de conflictos entre normas a partir del principio del control de supremacía y cómo éstas situaciones pueden ser resueltas sin que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

En el sistema interamericano las normas relativas a derechos humanos se han incorporado a la normativa interna a través de diversos mecanismos. Siguiendo la formulación propuesta por DULITZKY², podemos distinguir cláusulas interpretativas³, cláusulas que reconocen derechos implícitos⁴; cláusulas que establecen procedimientos especiales⁵; cláusulas declarativas, et. al., preámbulos, política exterior, actuación

¹ Art. 27 de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “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.”

² A. Dulitzky, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica, 1996, pp. 129-166.

³ Colombia, Artículo 93 (segundo párrafo).- “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”; Perú, Cuarta Disposición Final y Transitoria.- “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

⁴ Colombia, artículo 94: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenciones internacionales vigentes, no deben interpretarse como negación de otros derechos que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

⁵ Argentina, Artículo 75.22: establece un quórum de 2/3 partes para que un tratado de derechos humanos adquiriera jerarquía constitucional; Paraguay, Artículo 142, denunciar un tratado de derechos humanos se debe seguir mismo procedimiento que para enmendar la constitución.

órganos del Estado, procesos de integración⁶. En cuanto a las cláusulas que establecen jerarquías constitucional, podemos distinguir aquellas que determinan que los tratados y declaraciones a nivel constitucional⁷, otras que sólo dan dicho rango a los catálogo de derechos⁸, aquellas que establecer mecanismos de protección constitucional⁹, protección de derechos en particular¹⁰ y cláusulas que establecen jerarquías supralegales¹¹.

De esta forma, es posible observar un amplio arsenal de soluciones constitucionales relativas a la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno. Con base a estos antecedentes generales procederemos a estudiar la situación en el sistema chileno.

1. Recepción de los Instrumentos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Interno Chileno

Cuando hacemos referencia a la recepción, estamos examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas. En Chile, corrientemente se explica que la estructura jerárquica de las fuentes del derecho chileno comienza con la Constitución Política de la República¹², que es seguida, en ese orden, por las leyes¹³ los Reglamentos y los Decretos, sin mencionar siquiera a los tratados.

1.1. Procedimiento de adopción de los tratados.

⁶ Ecuador, Artículo 17.- “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”.

⁷ Argentina, artículo 75.22: instrumentos internacionales que enumera tienen jerarquía constitucional.

⁸ Nicaragua, 1987, derechos consagrados en diversos instrumentos que al efecto se enumeran.

⁹ Amparo y habeas corpus.

¹⁰ Honduras, art. 119 2º párrafo, derechos de los niños a la luz de los instrumentos internacionales.

¹¹ Venezuela, el art. 23º señala que los tratados relativos a los derechos humanos prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas más favorables sobre su goce y ejercicio.

¹² La Constitución Política de Chile fue aprobada mediante un plebiscito en el año 1980 y entró en vigencia el 11 de marzo de 1981. Fue objeto de una reforma sustantiva el año 1989, como parte del proceso de transición a la democracia a través de la Ley 18.825, publicada en el *Diario Oficial* del 17 de agosto de 1989.

¹³ Dentro de éstas también se contemplan Decretos con Fuerza de Ley, que operan mediante una delegación de funciones legislativas en el Presidente, y Decretos ley, que son normas dictadas por el Ejecutivo en regímenes de *facto*, cuando éste ha asumido en los hechos la función legislativa, como sucedió en tiempos de la dictadura militar. Muchos de ellos han mantenido su vigencia hasta el día de hoy.

Según la Constitución, los tratados internacionales son negociados, firmados y ratificados por el Presidente de la República. El Congreso sólo puede aceptarlos o rechazarlos, antes de su ratificación. El procedimiento ante el Congreso "se someterá a los trámites de una ley"¹⁴. Este procedimiento puede además incluir un examen del Tribunal Constitucional, si así es requerido¹⁵.

En uso de su atribución, el Tribunal Constitucional conoció de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁶, en el que interpretó el artículo 50 en cuanto a la disposición que establece que el proyecto de acuerdo por el cual se aprueba un tratado, para autorizar al Presidente a que lo ratifique o acceda a él, "se someterá a los trámites de una ley".

En los considerandos 17 y 25 el Tribunal Constitucional afirma que el proceso de incorporación del tratado al ordenamiento jurídico nacional es idéntico al de una norma de rango legal, y postula la división de la votación del proyecto de acuerdo con la naturaleza de sus normas. Estimamos que estas consideraciones no tienen en cuenta que el acto por el cual el Congreso aprueba un tratado es un acuerdo, no una ley, y que una vez que él se incorpora, no adquiere el carácter de ley, sino que se incorpora en tanto tratado, una categoría de normas diferente a la ley. Cuando se publica, lo que se publica es el Decreto promulgatorio y el texto **del tratado**, no de una ley, y no se publica el acuerdo, que se menciona sólo como información de que el Presidente cumplió con obtener la aprobación del Congreso antes de ratificar¹⁷.

Con respecto a la posibilidad de que los tratados puedan someterse a una revisión de constitucionalidad, existe una explicación lógica: si un tratado no ratificado contiene normas diferentes a las de la Constitución, es obligación del Estado, para ratificarlo, enmendar la Constitución, puesto que los tratados deben cumplirse de buena fe. La tarea del Tribunal, entonces, es advertir al Congreso de la necesidad de hacer modificaciones constitucionales para así no incurrir en responsabilidad internacional.

1.2. Incorporación.

La incorporación al ordenamiento jurídico es diferente según sea el tipo de norma internacional de que se trate. En cuanto a los tratados internacionales, no hay norma. Ello nos obliga a remitirnos a la práctica judicial de los tribunales internos, los que en general han resuelto que el tratado internacional adquiere vigencia interna sólo mediante la promulgación por Decreto del Presidente de la República y la publicación del decreto

¹⁴ Constitución Política, arts. 32, inc. 17 y 50.1.

¹⁵ Constitución Política, art. 82.2.

¹⁶ Tribunal Constitucional, 4 de Agosto de 2000, rol No. 309.

¹⁷ Para otros argumentos, ver en *ibidem* los argumentos del Gobierno de Chile.

y del texto del tratado en el Diario Oficial¹⁸. En lo que respecta a la costumbre internacional y los principios generales, tampoco existe una norma que se pronuncie sobre el particular, por lo que nuevamente hemos de remitirnos a la práctica judicial. En general, se sigue la tesis de la incorporación automática, sin necesidad de un acto especial de recepción estatal¹⁹.

1.3. Jerarquía.

En lo referente a los tratados internacionales, no hay una norma constitucional que la regule, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha fijado su valor²⁰. Al respecto, la jurisprudencia más reciente se inclina por admitir la prevalencia de un tratado internacional en que Chile es parte sobre una ley interna, ya sea ésta anterior o posterior a tal tratado; es decir, se ha optado por la tesis de la suprallegalidad²¹. En lo relativo a la costumbre, si un precepto legal chileno se remite expresamente al derecho internacional, es indudable que los tribunales deben aplicar estas normas; en ausencia de remisión expresa de la ley, los tribunales chilenos han atribuido casi invariablemente validez jurídica al derecho internacional; por último, en caso de contradicción entre una norma consuetudinaria o un principio general de derecho y una disposición legal interna contradictorias entre sí, la jurisprudencia progresiva de la Corte Suprema ha sido que esta será resuelta en favor de la norma internacional²². Al efecto la Corte Suprema ha señalado: “Que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos”²³.

¹⁸ Esta fue una materia muy debatida durante el Gobierno Militar (1973-1989) porque, pese a que el PIDCP estaba ratificado, los tribunales se negaron a aplicarlo, toda vez que éste no estaba promulgado, ni publicado en el *Diario Oficial*. De esta manera nuestros tribunales aplicaron una norma de protección (conocimiento de la ley) en perjuicio de las personas, imposibilitando el uso de la legislación internacional en la protección de los derechos de las personas. Ver J. Detzner, *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno*, Comisión Chilena de Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1988.

¹⁹ Para el tema de la incorporación, hemos seguido un estudio jurisprudencial del profesor S. Benadava, “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”, en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Coordinación Avelino León Steffans, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 9-59.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*. Ver también C. Medina, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en C. Medina y J. Mera, *Sistema jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales No. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 27-84.

²² Benadava, *op. cit.*, nota 19, p. 28. En el mismo sentido, H. Nogueira, “Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución chilena”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios N° 27, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, pp. 55 y sgtes.

²³ Corte Suprema, *Caso Lauritzen con Fisco*, citado en Nogueira, “Los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución Chilena”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios N° 27, Escuela de Derecho – Universidad Diego Portales, 1993, p. 55.

1.4. La jerarquía de los derechos humanos. El artículo 5. 2 de la Constitución

En principio, la recepción y jerarquía de los tratados de derechos humanos no tiene problemas diferentes de los de la recepción del resto de los tratados.

Hay, sin embargo, una diferencia fundamental en la posición de los derechos humanos contenidos en tratados de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico chileno, lo que es importante examinar para saber cómo se solucionan los posibles conflictos entre dichas normas de un tratado y las de una ley o las de la propia Constitución. La diferencia entre las normas de los tratados en general y aquéllas de derechos humanos contenidas en tratados se empezó a discutir como consecuencia de la enmienda introducida al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política del Estado, disposición que establecía: "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", y a la cual se le agregó la siguiente oración:

"Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"²⁴.

La enmienda del artículo 5.2 de la Constitución presenta varios problemas de interpretación. Los autores discuten sobre determinados aspectos de la misma²⁵, nosotros haremos un análisis de la enmienda tomando un punto centrados en algunos aspectos²⁶: analizaremos (i) la jerarquía de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales; (ii) la aplicación de la enmienda a los derechos humanos contenidos en tratados que entren en vigencia con posterioridad a la reforma constitucional de 1989; y finalmente, (iii) el efecto producido por la enmienda en cuanto a las obligaciones de los órganos del Estado en materia de derechos humanos. Para este análisis, tendremos en consideración algunos antecedentes que ayudan a iluminar el problema: el contexto político existente al momento de la reforma y el objeto y propósito de la misma; las disposiciones sobre derechos humanos ya existentes en la Constitución de 1980; y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

²⁴ El artículo 5 fue enmendado por el artículo único, No. 1, de la Ley de Reforma Constitucional No. 18.825, de 17 de agosto de 1989.

²⁵ A. Silva B., "Reforma al Artículo 5o. de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 17, No. 1, 1990, pp. 121-126; H. Nogueira, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 23 Nos. 2 y 3, Tomo I (Mayo-Agosto de 1996), 1996, pp. 341-380.

²⁶ Esta parte del trabajo está basada en C. Medina, *op. cit.*, nota 21.

En primer lugar, hay que recordar que las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. Los partidos de oposición al régimen de entonces habían tenido como una bandera de lucha la defensa de los derechos humanos y se habían percatado, con toda claridad, de la necesidad imperiosa de que existiera una garantía internacional que protegiera los derechos humanos cuando el Estado los violaba o se negaba a protegerlos. Por otra parte, Chile se preparaba para el término del gobierno militar y el inicio de una transición a la democracia, con autoridades elegidas por sufragio universal y sujetas al imperio de la ley. Uno de los objetivos de los partidos de oposición al régimen de entonces era el asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable. Esta posición, por lo demás, aparecía compartida por el partido Renovación Nacional, en ese entonces partidario del gobierno. En un documento preparado por una comisión técnica que actuó por encargo del partido Renovación Nacional y de la Concertación de Partidos por la Democracia, se afirma que "la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos"²⁷ y para ello, se proponen enmiendas, entre otros artículos, al artículo 5 de la Constitución de 1980, explicándose esta enmienda como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país²⁸. Por consiguiente, está claro que la enmienda que se examina, en el texto producto de las negociaciones, tuvo por objeto mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile.

En segundo lugar, hay que tener presente que, antes de dicha enmienda, existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos²⁹. Ciertamente la norma más relevante en este sentido era el propio artículo 5, que disponía que el ejercicio de la soberanía estaba limitado por "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Una reforma que intentara reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba.

En tercer lugar, hay que considerar que la consagración y protección de los derechos humanos no es un hecho producto exclusivamente de un sentir nacional, sino el resultado de un arrollador movimiento internacional, del cual Chile, y particularmente

²⁷ Ver Informe de la Comisión Técnica formada por Abogados, Especialistas en Derecho Constitucional y Cientistas Políticos designados por Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, de fecha 5 de abril de 1989, reproducido en C. Andrade G., *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 276-290 (278).

²⁸ La redacción de esta disposición fue propuesta, como se advierte, en términos más amplios de los que en definitiva se acordaron. No hubo consentimiento por parte del gobierno del General Pinochet para incluir en el artículo 5 todas las normas internacionales que consagran o garantizan derechos humanos, sino solamente las normas contenidas en tratados. No hay documentación sobre la razón de este cambio.

²⁹ Ver arts. 1 y 19 No. 26 de la Constitución.

los proponentes de la enmienda y aquéllos a los que les fue propuesta, estaban perfectamente conscientes y en el cual ellos se encontraban dispuestos a participar. Teniendo estos elementos en consideración, podemos dar respuesta a los diversos problemas de interpretación enunciados más arriba.

1.4.1. La jerarquía de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales.

La enorme polémica que ha provocado la enmienda al artículo 5.2 obedece principalmente al hecho de que, de manera casi uniforme, se considera que ella ha elevado los tratados internacionales que consagran derechos humanos a rango constitucional³⁰. Un análisis cuidadoso del texto constitucional, sin embargo, obliga a hacer una precisión: lo que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente tales, sino que el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido, como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir.

Si se examina atentamente la Constitución de 1980, a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, se llega a la conclusión de que "los derechos esenciales de la naturaleza humana" son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, del propio texto del artículo 5.2 puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son derechos esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a los derechos consagrados en los tratados como "tales derechos" (en clara alusión a la primera oración del inciso 2).

Está claro que, en estricto derecho no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. La enmienda obedeció, tal como se dijo en el acápite anterior, a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en cómo se aplicaría la Constitución en el futuro.

Estimamos, pues, que la enmienda al inciso segundo del artículo 5 reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catálogo con su acervo jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos.

³⁰ Ver, en este sentido, C. Medina, *op. cit.*, nota 21, p. 64.

Otro argumento para sustentar esta conclusión está en el hecho de que las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba - por lo menos - en una misma categoría que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los derechos humanos. Esta incorporación tenía sentido puesto que los derechos consagrados en tratados internacionales no son necesariamente los mismos que los establecidos en el artículo 19 de la Constitución y porque, además, ellos se incorporan con un rico acervo jurisprudencial formado a lo largo de los años desde que empezaron a funcionar los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos. La enmienda así entendida era un paso lógico y consecuente para hacer más efectiva la preponderancia de los derechos humanos frente al Estado y para reflejar la igualdad de los derechos humanos, dondequiera que ellos estuvieren consagrados.

La no aceptación por parte de algunos de este efecto de la enmienda, se basa fundamentalmente en que la Constitución no alteró las normas de aprobación de los tratados para prepararlos para su ratificación - que, como decíamos, es la única regulación sobre el punto - lo que conduciría, por la incorporación automática a la Constitución de los derechos humanos de los tratados, a una posible reforma de la Constitución por un procedimiento diferente y menos oneroso que el que ésta prevé. Esto los lleva a afirmar, apoyados en el artículo 50.1, que "los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa"³¹. Esta afirmación, que, como puede verse, no tiene una base sólida de sustento positivo, sino que se funda sólo sobre la idea de que la Constitución debe necesariamente enmendarse por medio de un solo procedimiento, puede rebatirse haciendo presente que no existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o naturaleza de lo que se quiere modificar³². En este caso, existen razones poderosas para sostener que es explicable que una constitución disponga un procedimiento de enmienda diferente cuando ella se refiere a la incorporación de nuevos derechos humanos o a una ampliación de derechos humanos ya existentes. Si hay acuerdo de la comunidad internacional, del Presidente de la República y del Congreso para incorporar nuevos derechos humanos, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquél que se utiliza para el resto de las normas constitucionales.

1.4.2. Aplicación de la enmienda a los derechos humanos contenidos en tratados que entren en vigencia con posterioridad a la reforma constitucional de 1989.

³¹ M.A. Fernández G., "La Reforma al Artículo 5.º de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 16 No. 3, 1989, p.818.

³² Ver en este sentido, Nogueira, *op. cit.*, nota 25, pp. 343-345.

Otro aspecto que se discute respecto de la modificación del artículo 5.2 dice relación con la posibilidad de aplicarla sólo a los derechos humanos consagrados en los tratados que se encontraban vigentes en Chile al momento de la enmienda o también a los contenidos en tratados que se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a ella. La objeción a una interpretación amplia de este inciso se basa también en el problema de una modificación constitucional flexible, que no se ajusta al procedimiento de los artículos 116 a 119 de la Constitución³³.

Los argumentos dados anteriormente son válidos para dar respuesta a esta objeción. Apoyar una interpretación restrictiva llevaría a concluir que la enmienda al artículo 5 sería un obstáculo para el avance de los derechos humanos, al impedir que otros derechos puedan eventualmente ser también limitaciones constitucionales al ejercicio del poder. El propósito de la reforma fue "reforzar" la defensa de los "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y esta defensa se refuerza cada vez que una nueva modalidad se agrega a las existentes con el fin de responder a nuevas amenazas a la dignidad humana, claramente posibles de prever dada la inmensa fertilidad del pensamiento humano. Si esto es así, toda nueva mejora de los catálogos de derechos humanos que enriquezca el contenido del artículo 5.2, debe incorporarse automáticamente a esta norma, una vez que el tratado respectivo cumpla con los requisitos que ese inciso establece³⁴.

1.4.3. El efecto producido por la enmienda en cuanto a las obligaciones de los órganos del Estado en materia de derechos humanos.

La enmienda que se examina agregó al artículo 5.2 la obligación para los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales a la naturaleza humana. Esta regla es un nuevo fortalecimiento de la posición de los derechos humanos por medio de la explicitación en la propia Constitución de ciertas obligaciones que los órganos del Estado debían cumplir respecto de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales. Desde el punto de vista del derecho internacional, estas obligaciones existen para el Estado desde que éste se hace parte de un tratado. Es importante, sin embargo, que esta obligación internacional se haya consagrado a nivel constitucional, ya que su infracción dará lugar, no sólo a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Chile, sino que también a un ilícito constitucional que puede ser recurrido internamente mediante los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico chileno.

Finalmente es útil señalar que el artículo 5.2 no habla de los órganos "constitucionales" del Estado, sino que sólo de los órganos del Estado. Parece haber acuerdo en que es la función la que determina la calidad del órgano, de modo que todo

³³ En este sentido se pronuncia M. A. Fernández, *op. cit.*, nota 31.

³⁴ En este mismo sentido se pronuncia el profesor Nogueira, ver *op. cit.*, nota 25, p. 354.

aquél que ejerce una función pública, está revestido de la calidad de "órgano del Estado"³⁵. Esta posición concuerda con lo que al respecto establece el derecho internacional³⁶.

2. Efectos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Función Jurisdiccional.

Los órganos integrantes del Poder Judicial chileno han sido tal vez los más reacios a aplicar normas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, a pesar del mandato explícito del artículo 5.2 de la Constitución Política de la República. Eso dicho, esta tendencia no ha sido uniforme a través de los tribunales de justicia de distinta jerarquía, siendo los superiores los que han aplicado una interpretación más restrictiva de normas internacionales y de situaciones que merecerían su aplicación. Por otra parte, llama asimismo la atención que la aplicación de normas internacionales a litigios internos por los tribunales varía también de acuerdo con el tratado en cuestión. Por ejemplo existe un consenso bastante generalizado en cuanto a la aplicación de normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, mientras que dicho consenso aún no se ha establecido respecto de ciertas normas de la Convención Americana. Como consecuencia de esto, puede observarse que la interpretación del alcance del artículo 5.2 de la Constitución Política para cada caso particular ha quedado en manos de los jueces de instancia, sin que exista una línea jurisprudencial clara al respecto.

A continuación se ilustrará lo afirmado a través del examen de determinadas sentencias emitidas por tribunales chilenos de distinta jerarquía.

2.1. Tribunal Constitucional.

Tres sentencias destacan en esta materia: la primera, de fecha 30 de octubre de 1995, trata la inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo"³⁷; la segunda, de fecha 4 de agosto de 2000, versa sobre la inconstitucionalidad del Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes³⁸; la última, dictada el 8 de abril de

³⁵ Ver P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, 3.a edición revisada, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 168-174.

³⁶ En sendas sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 169:

"Conforme al artículo 1.1 [de la Convención Americana de Derechos Humanos] es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo".

³⁷ Tribunal Constitucional, 30 de Octubre de 1995, rol No. 226.

³⁸ Tribunal Constitucional, 4 de Agosto de 2000, rol No. 309.

2002, se refiere a la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁹.

La sentencia del Tribunal Constitucional que estimamos de relevancia al tratar este tema es la que versa sobre la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, instrumento básico de la Corte Penal Internacional⁴⁰.

Más allá de lo resuelto respecto del Estatuto en cuestión, en sus considerandos 59° a 75°, en un *dictum*, esta sentencia detalla la postura del Tribunal Constitucional respecto a por qué los tratados internacionales sobre derechos humanos estarían en una posición subordinada a la Constitución, pero no se refiere a la jerarquía de los derechos humanos contenidos en los tratados, que es lo esencial en la protección de los derechos humanos en Chile⁴¹.

2.2. Cortes de Apelaciones.

Las Cortes de Apelaciones fueron los primeros tribunales superiores de justicia en dar aplicación interna a tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sin duda, uno de los pasos más importantes dado por la Corte de Apelaciones de Santiago en materia de la aplicación de tratados internacionales a litigios internos dice relación con la aplicación, a partir de 1994, de las Convenciones de Ginebra a casos en donde tribunales de primera instancia habían aplicado la Ley de Amnistía⁴² para sobreseer definitivamente causas de violaciones a los derechos humanos cometidos durante los primeros años de la dictadura militar.

Fue a partir de las sentencias dictadas en los casos Videla⁴³ y Uribe y Van Jurick⁴⁴ que esta Corte adhirió a la línea jurisprudencial que afirmaba que las condiciones imperantes dentro de Chile, luego del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, implicaban que el país se encontraba en un estado de guerra interna y que por ende los derechos reconocidos por las Convenciones de Ginebra eran plenamente aplicables a los combatientes y civiles involucrados en dicho conflicto ya que dichos convenios se encontraban plenamente vigentes en Chile desde el 20 de abril de 1951⁴⁵.

³⁹ Tribunal Constitucional, 8 de Abril de 2002, rol No. 346.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Vale hacer presente que la sentencia comentada fue adoptada con la disidencia parcial del ministro Figueroa y la disidencia total del ministro Libedinsky.

⁴² D.L. No. 2191 de 1978.

⁴³ Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de Septiembre de 1994, rol No. 13.597-94.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de Septiembre de 1994, rol No. 38-683-94.

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, nota 43, que en su considerando undécimo establece:

“Que, siendo los convenios de Ginebra, normas obligatorias para el Estado de Chile desde abril de 1951, y teniendo sus disposiciones una protección de los derechos humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflicto entre fuerzas organizadas de carácter armado internas al Estado, situación esta última vigente en el país en 1974, como consta del fundamento 2°, de acuerdo con lo cual y teniendo presente los argumentos del fundamento 3° y 4°, con relación a la aplicación de las normas de los Tratados Internacionales, en especial, de aquellos que garantizan

Paradójicamente, una de las aplicaciones más progresistas de la normativa internacional sobre derechos humanos a conflictos internos se hizo por la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver el sobreseimiento por demencia de Augusto Pinochet⁴⁶. A fin de examinar si las exigencias del debido proceso se cumplían respecto del procesado, la Corte no sólo aplicó el Código de Procedimiento Penal sino que también el nuevo Código Procesal Penal⁴⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁸. La conclusión de este análisis fue:

“Que a la luz de los derechos que al inculpado reconoce y otorga el ordenamiento nacional e internacional recordado en el considerando 12° (...) esta Corte llega también a la conclusión que el señor Augusto Pinochet no se encuentra en un estado de capacidad mental que le permita ejercer con eficacia los derechos que le otorgan las garantías judiciales de las que debe gozar en todas las etapas del procedimiento en relación al debido proceso...”⁴⁹.

Luego, al tratar el tema de la supremacía constitucional y el alcance del artículo 5 inciso primero de la Carta Fundamental, la Corte afirmó que

“...ante varias interpretaciones posibles de la ley, deba considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resultado de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, fuente primaria en que se asienta el orden jurídico. Pilar del principio, en cuanto a la superior salvaguarda de los derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5° Inciso 2° de la Ley fundamental...”⁵⁰.

De esta forma, es evidente el valor constitucional que tienen para la Corte los derechos humanos en este fallo. El razonamiento se concluye en los siguientes términos:

derechos humanos, estos prevalecen sobre las normas legales anteriores o posteriores de carácter interno, mientras el Estado de Chile no haya denunciado los convenios internacionales por medio del procedimiento establecido en ellos mismos.”

⁴⁶ Corte Apelaciones de Santiago, sentencia de 09 de julio de 2001, rol No. 28.075-2001.

⁴⁷ *Ibidem*, considerando 19, que establece que “lo que implica una clara, explícita y categórica voluntad del legislador, en cumplimiento del mandato superior del artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, en orden a cautelar de modo efectivo las disposiciones que en favor de los procesados establece el instituto jurídico procesal del ‘debido proceso’”.

⁴⁸ *Ibidem*, considerando 12.

⁴⁹ *Ibidem*, considerando 14.

⁵⁰ *Ibidem*, considerando 16.

“...estima esta Corte [que al resolver como lo hace] se habrá ceñido estrictamente en ello a la naturaleza de los hechos investigados en esta causa, a la luz de las nuevas orientaciones del derecho Constitucional y Procesal modernos, recogidas precisamente en el nuevo Código Procesal Penal, caracterizadas tanto en lo simplemente doctrinario cuanto en diversos otros actos legislativos concretos encaminados a la protección de los derechos humanos como bienes superiores del hombre o inherentes a la dignidad de las personas, cual es por excelencia el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”⁵¹.

Hay que señalar que la Corte Suprema⁵², conociendo de este caso, revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones y en su lugar dictó una nueva sentencia en la que, no obstante concluir que el imputado debía ser sobreseído, varió la argumentación sustancialmente y sostuvo que la legislación procesal previa a la reforma contenía elementos suficientes para garantizar el debido proceso de ley⁵³.

La Convención sobre los Derechos del Niño y en especial el concepto de “interés superior del niño” ha recibido una amplia aceptación por parte de las Cortes de Apelaciones del país, que no han vacilado en aplicarla tanto en causas que versan sobre adopciones, alimentos, tuición y custodia como en causas penales⁵⁴, sin perjuicio que su aplicación no ha sido siempre satisfactoria y muchas veces sólo ha sido retórica.

Cabe destacar, el fallo de un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la situación en que se encontraba un grupo de jóvenes reclusos en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur y del trato y los castigos a que podían ser sometidos⁵⁵. La sentencia ordena adecuar “la medida cautelar de la prisión preventiva a las disposiciones internacionales ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes”⁵⁶ fundándose en la Convención sobre Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad; incorporadas a la normativa interna de Gendarmería⁵⁷.

Por último, un caso interesante en que la jurisprudencia utiliza la Convención sobre Derechos del Niño para aplicar la normativa penal interna, en materia de fijación de penas, se planteó de la siguiente forma:

⁵¹ *Ibidem*, considerando 23.

⁵² Corte Suprema, rol No. 2986-01, sentencia de 1 de julio de 2002.

⁵³ *Ibidem*, considerando 9.

⁵⁴ Ver por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de junio de 1998, rol No. 166-98; Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de mayo de 2002, rol No. 1670-2001; Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de enero de 2002, rol No. 4903-2000, entre otros.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, rol No. 53.423-2002 (segunda sala).

⁵⁶ *Ibidem*, considerando 10.

⁵⁷ Decreto Supremo No. 553, del 7 de junio de 2001.

“Conforme lo disponen el artículo 5° apartado N° 2 y el artículo 37 letra b) de la Convención sobre Derechos del Niño en relación con el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, es deber de los órganos del Estado, y dentro de ellos, del Poder Judicial respetar y promover los derechos esenciales garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes y conforme al ya referido, el encarcelamiento de los menores debe utilizarse tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.⁵⁸

Si bien podemos discutir ciertos elementos, en particular terminológicos, nos parece interesante que la Corte vincule la Convención sobre Derechos del Niño directamente con el mandato del artículo 5 de la Constitución y de ahí extraiga consecuencias directas para la función judicial.

En todo evento, no podemos dejar de mencionar que la jurisprudencia nacional en esta materia, si bien recoge conceptos y cita normas relativas a la Convención de Derechos del Niño, lo ha hecho sólo como un argumento de refuerzo, pero no ha dado el paso de resolver cuestiones conforme a esta Convención con preeminencia a la normativa nacional, paso absolutamente pertinente y necesario para adecuar la normativa nacional a los nuevos estándares internacionales.

2.3. Corte Suprema.

La Corte Suprema chilena no se ha mostrado tan dispuesta como la Corte de Apelaciones de Santiago a aplicar las Convenciones de Ginebra por sobre el decreto ley de amnistía en las causas por violaciones a los derechos humanos ocurridos en los primeros años de la dictadura militar.

Esta línea jurisprudencial se mantuvo hasta septiembre de 1998 cuando, al resolver el recurso de casación en el fondo interpuesto en el caso Poblete Córdoba la Corte Suprema estableció en su considerando décimo que:

“En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando

⁵⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol 4903-2000, de 02 de enero de 2002.

transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos”⁵⁹.

Más adelante, en el año 2000, la Corte confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazaba la solicitud de extradición de Manuel Contreras y Eduardo Iturriaga Neumann basándose en derechos procesales reconocidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana.⁶⁰

En el polémico caso respecto de la comercialización de la llamada “píldora del día después”, la Corte Suprema se basó en lo expuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana para determinar que dado que dicho fármaco operaba luego de la concepción y por ende terminaba con la vida intrauterina, se debía prohibir su comercialización en el país⁶¹.

En resumen, podría decirse que los tribunales chilenos están todavía lejos de cumplir con su rol de garantes de los derechos humanos establecidos en los tratados: en general, cuando garantizan derechos humanos, lo hacen basándose en la Constitución chilena; si hay progreso en los tratados que no se reflejen en la Constitución, tienden a no aplicarlos; y, finalmente, no utilizan la interpretación de la jurisprudencia internacional de las normas internacionales que son, ahora, parte del ordenamiento jurídico chileno.

3. Efectos de los tratados en la responsabilidad internacional del Estado.

Tal como lo hemos señalado en la introducción, la forma en que el Estado decida sobre los mecanismos de recepción de las normas internacionales en el ámbito interno no es relevante a la hora de determinar la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, el órgano internacional de control lo que hará será determinar si el Estado como un todo ha cumplido o no sus obligaciones internacionales, sin considerar los elementos de orden interno propios de la organización del aparato del Estado.

En el caso de Chile, esto ha cobrado especial relevancia a partir de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Última Tentación de Cristo⁶². En este caso, la Corte determinó la responsabilidad del Estado por la sola existencia de una norma constitucional que era violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13, sobre prohibición de censura previa).

⁵⁹ Corte Suprema, 9 de septiembre de 1998, rol No. 469-98.

⁶⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2000, rol No. 3-2000, Corte Suprema, 8 de noviembre de 2000, rol No. 3863-00.

⁶¹ Corte Suprema, 30 de agosto de 2001, rol No. 2186-2001.

⁶² Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

Es interesante revisar el razonamiento de la Corte y los efectos de la sentencia en Chile. La Corte señaló:

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En cuanto a las obligaciones que asume el Estado al ratificar un tratado internacional y en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte señala:

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

Es relevante constatar que estas medidas que el Estado debe tomar, conforme lo preceptuado en el art. 2 de la CADH, no se limitan a las medidas legislativas, sino que a toda otra medida. De forma tal, que la forma en que los tribunales interpretan las normas, la efectiva aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos en el orden interno, son obligatorias y en caso de no actuar en forma respetuosa de estas obligaciones, se hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Así lo destaca la Corte:

89. Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo.”

En cuanto al efecto en Chile de esta sentencia de la Corte Interamericana, ésta se tradujo en la aprobación final de la eliminación a nivel constitucional de la censura cinematográfica. La historia de la ley muestra que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados respecto a este proyecto se citaron como antecedentes relacionados con el proyecto el artículo 19 Nos. 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 Nos. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 Nos. 3 del Protocolo de San Salvador⁶³. Dentro de las conclusiones del informe citado se establece que:

“Hay que señalar, además, que tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto de San José de Costa Rica el derecho a la libertad de expresión artística se encuentra consagrado –y en mejor forma- en el instrumento latinoamericano, pues se especifica claramente la no censura previa sino responsabilidades a posteriori.”⁶⁴.

4. Normas que tienen un carácter de *self executing*⁶⁵.

Un tema final, las normas autoejecutables contenidas en los tratados de derechos humanos, calidad que sin duda poseen las normas de la Convención sobre Derechos del

⁶³ Historia de la Ley No. 19.742 –Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile, 2001. Ley No. 19.742, *Diario Oficial* del 25 de agosto de 2001, p. 32.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 34.

Niño, deben ser aplicadas una vez que el tratado ha sido dictado, sin esperar que haya una reforma expresa de la legislación interna.

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno pueden consagrar derechos subjetivos, permitir restricciones a los mismos o poner límites a la naturaleza y/o extensión de tales restricciones. En todos estos casos, tales normas tienen, por lo general, un carácter de autoejecutables o *self-executing*, esto es, no requieren que se adopte legislación interna adicional para que tengan plena vigencia. Si tales normas se contraponen con normas de derecho interno, éstas últimas quedarán derogadas tácita u orgánicamente y, en todo evento, deberán ser aplicables con preferencia respecto de las normas contradictorias internas.

En cambio, las normas de los tratados de derechos humanos que tienen un carácter meramente programático, o bien que establecen una obligación de tipificar determinados delitos por parte de los Estados o una obligación de adecuar la legislación interna en algún otro sentido, requieren de una acción adicional, de tipo legislativo o de políticas públicas, y no tienen, por tanto, carácter *self-executing*.

⁶⁵ En este sentido, ver J. Zalaquett y C. Nash, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, 2003, en prensa.