

Control preventivo y cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en los tratados internacionales: el problema con la doctrina del Tribunal Constitucional chileno

Ex ante Constitutional Review and Self-Executing and Non-Self-Executing Provisions in International Treaties: The problem with the Chilean Constitutional Court's doctrine

Oswaldo URRUTIA S.¹

Resumen: Siguiendo doctrina norteamericana, el Tribunal Constitucional (TC) adoptó hace dos décadas la distinción entre normas o cláusulas autoejecutables y no autoejecutables, utilizándola para definir la extensión del control de constitucionalidad preventivo de los tratados internacionales. A partir del análisis de sus sentencias en la materia, este trabajo expone las inconsistencias de la jurisprudencia constitucional y argumenta que el TC debiera abandonar esta distinción. Asimismo, y teniendo presente el debate constitucional que se avecina en Chile, el artículo sostiene que las decisiones relacionadas con la implementación de cláusulas autoejecutables o no autoejecutables no corresponden al TC, sino que al Congreso Nacional y al presidente de la República cuando se discuten la aprobación y ratificación de un tratado.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, Control preventivo, Tratados, Cláusulas autoejecutables, Cláusulas no autoejecutables

Abstract: Following an American doctrine, the Chilean Constitutional Court adopted the distinction between self-executing and non-self-executing treaty provisions nearly two decades ago. The Court has relied on this distinction to define the scope of the *ex-ante* constitutional review of international treaties. Based on the assessment of the relevant case law, this paper exposes the inconsistencies in the Court's approach to this matter, arguing that the distinction should be abandoned for the purposes of defining the extent of the *ex-ante* review. Bearing in mind the forthcoming constitutional debate in Chile, the paper underlines that decisions concerning the implementation of self-executing or non-self-executing treaty provisions through domestic legislation are not a matter for the Constitutional

¹ Profesor de derecho internacional público, Facultad y Escuela de Derecho PUCV Valparaíso, Chile. Correo electrónico: osvaldo.urrutia@pucv.cl

Agradezco los comentarios del profesor Sebastián López Escarcena sobre una versión preliminar del presente trabajo. Todos los errores son de mi exclusiva responsabilidad.

Court. Instead, the Parliament and the President should make such decisions when discussing the approval and ratification of a treaty.

Keywords: Constitutional Court, *Ex ante* review, Treaties, Self-executing treaties, Non-self-executing treaties

1. Introducción

La distinción entre los controles de constitucionalidad preventivo y represivo es conocida en el derecho chileno. El control que se refiere a normas contenidas en tratados se inserta en una materia más amplia y fundamental: las relaciones entre el ordenamiento nacional, y específicamente la Constitución Política de la República (la Constitución), y los tratados internacionales. En términos generales, el control preventivo o previo busca evitar que se produzca un conflicto entre un tratado que aún no se encuentra incorporado al derecho nacional y la Constitución. El control represivo o *a posteriori*, en cambio, tiene por objeto privar de efecto jurídico a una o más disposiciones de un tratado en su aplicación en el ordenamiento interno. Entre ambos tipos de control también existe otro vínculo: el preventivo intenta evitar los efectos negativos que podría acarrear el control represivo de una norma internacional vigente, especialmente desde la perspectiva de la responsabilidad internacional². El control de constitucionalidad represivo de normas contenidas en tratados internacionales ha sido fuente de discusión en la doctrina nacional, donde existen diferentes visiones acerca de su procedencia y necesidad. El debate se intensificó durante algunos años después de lo resuelto por el Tribunal Constitucional (TC) en 2009, cuando confirmó la procedencia del recurso de inaplicabilidad sobre normas contenidas en tratados internacionales a partir del artículo 93 N.º 6 de la Constitución y la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas con carácter *erga omnes*³. Por el contrario, el control previo de las normas contenidas en un tratado es ampliamente aceptado en la doctrina y la práctica nacionales.

El control preventivo juega un rol esencial en el proceso de incorporación de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico. Sin dicho control no es posible aspirar a que sus disposiciones tengan efecto directo. El TC ejerce el control de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional antes de su promulgación (control obligatorio), y en

² Henríquez (2007), pp. 120 y 123-124.

³ Tribunal Constitucional, Rol N.º 1288-08, de fecha 25 de agosto de 2009. Parte de la doctrina se ha mostrado crítica del control represivo. Ver, por ejemplo: Henríquez (2007), pp. 121-125 y Nogueira (2013) pp. 109-113. Otro sector se ha mostrado favorable, con diferentes argumentos. Ver, por ejemplo: Ribera (2007), pp. 104-116 y Núñez (2010), pp. 457-458.

ciertos casos puede resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (control previo requerimiento)⁴. El TC también puede eventualmente pronunciarse sobre la constitucionalidad de los acuerdos simplificados, previo requerimiento, pues durante el trámite de incorporación ellos estarán contenidos en un decreto supremo⁵. Si el tratado no contiene normas de control obligatorio, o si aquellas sometidas a control son declaradas constitucionales, entonces el tratado sigue su curso, y dependiendo de si ya ha sido aprobado por el Congreso, el presidente de la República decidirá sobre su ratificación y eventual promulgación y publicación. Si una o más normas son declaradas inconstitucionales, entonces el tratado no puede promulgarse ni cumplirse como ley de la República y deberá reformarse lo que corresponda, incluyendo la Constitución⁶.

A partir del año 2000, la jurisprudencia del TC en materia de incorporación de tratados adoptó un elemento que ha probado ser equívoco y distorsionador del control constitucional previo: la distinción entre normas o cláusulas autoejecutables y no autoejecutables. Hay buenas razones para criticarla: sus efectos son radicales y el TC la ha utilizado como una herramienta discrecional para decidir sobre el ámbito del control constitucional que debe ejercer. El TC ha sido además incapaz de encontrar argumentos convincentes que la justifiquen y elementos que ayuden a definirla. Quizás porque la última sentencia relevante en la materia es de 2013, pareciera que la referencia a este tipo de cláusulas se encuentra asentada en la jurisprudencia constitucional, lo que amerita un análisis crítico. Igualmente, y puesto que este tema se inserta en el rol que juegan los poderes políticos en la incorporación del derecho internacional, el contexto del debate constitucional que se avecina justifica una apreciación de las facultades del TC y de los órganos legisladores que participan del proceso de incorporación de los tratados.

En este contexto, el presente trabajo se propone dos objetivos. En primer lugar, demostrar la confusión en la jurisprudencia del TC y a partir de ello argumentar que la distinción entre cláusulas ejecutables y aquellas que no lo son debiera abandonarse para efectos de decidir el ámbito de control constitucional preventivo. Ello por cuatro motivos. Primero, porque el TC tiene la obligación de controlar todas las normas de un tratado que se le presenten para control previo, facultad que no es discrecional. Segundo, porque la distinción es innecesaria, ya que el TC puede alcanzar los mismos

⁴ Artículo 93 numerales 1° y 3° de la Constitución. En el caso del número 3°, el TC solo podrá conocer a requerimiento del presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que se formule antes que se comunique la aprobación del tratado por el Congreso Nacional.

⁵ Artículo 93 numeral 16° de la Constitución. El TC solo podrá conocer de la materia a solicitud de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

⁶ Tribunal Constitucional, Rol N.º 346-2002, de 8 de abril de 2002.

finde que pretende con otros medios. En tercer lugar, porque como ya sostenía la doctrina nacional hace casi una década, los criterios de autoejecutabilidad no resultan claros⁷, y el TC ha contribuido directamente a crear esta confusión sin que hasta ahora haya podido resolverla. Y cuarto, porque quienes debieran prevenir las incertezas derivadas de la existencia de normas autoejecutables y no autoejecutables en el proceso de incorporación de tratados son el presidente de la República y el Congreso, no el TC. No solo es necesario que el TC abandone las consecuencias derivadas de estas categorías, sino que es enteramente posible: como este trabajo lo demuestra, en los hechos ya lo hizo en 2011.

La crítica a la jurisprudencia del TC no significa renunciar a la distinción sobre la autoejecutabilidad de las cláusulas de un tratado. Ella reconoce una realidad que debe ser abordada, cual es que las normas internacionales admiten múltiples estructuras y formas, lo que acarrea complejidades en su implementación interna. Sin embargo, la distinción no debe utilizarse para delimitar el control constitucional preventivo, sino como base para justificar y regular la aplicación directa de normas de tratados en el derecho interno, previa decisión formal sobre su implementación. Por ello, el segundo objetivo del trabajo consiste en esbozar una propuesta para abordar los problemas que genera esta distinción sobre la base del rol del presidente y del Congreso. Es pertinente aclarar que el autor no pretende, por ahora, realizar un análisis o proponer criterios sustantivos para definir cuándo se está en presencia de cláusulas autoejecutables o no, si bien se trata de una materia necesaria para avanzar en una solución definitiva a las incertezas que presenta esta distinción⁸.

El artículo se divide en cinco partes. En la primera se abordarán los orígenes de la doctrina sobre la autoejecutabilidad en la jurisprudencia norteamericana, indicando brevemente algunas de sus dificultades en su jurisdicción de origen. Luego se repasa la recepción de estas categorías en la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia del TC del año 2000 recaída en el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁹. La tercera parte ilustra las contradicciones del TC al intentar aplicar su propia doctrina. La cuarta muestra los cambios de criterio del TC en la última década, los que, si bien no han contribuido a aclarar los fundamentos de la

⁷ Montt y Matta (2011), p. 161.

⁸ Este trabajo distingue entre efecto directo y autoejecutabilidad, aunque es común emplearlos como sinónimos. El efecto directo es algo que puede predicarse del derecho internacional y sus fuentes dentro de un determinado ordenamiento jurídico, cuando ello así ocurre. La no autoejecutabilidad es una excepción al efecto directo y es algo que solo aplica respecto de las normas convencionales. Sloss y Van Alstine señalan que se trata de expresiones que responden a preguntas distintas. El que un tratado tenga fuerza legal en un determinado ordenamiento interno (efecto directo) es distinto a si un tratado puede ser aplicado directamente como regla para resolver un caso concreto. Sloss y Van Alstine (2017), pp. 79-115, p. 111.

⁹ Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Ginebra (27 de junio de 1989).

autoejecutabilidad, al menos han dado espacio para aminorar sus efectos más perniciosos. En su parte final, el trabajo plantea que la distinción entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables es una cuestión de grados, y argumenta que la discusión sobre aquellas normas de un tratado que deben implementarse a través de actos posteriores es un asunto que debe discutirse entre el presidente y Congreso Nacional, no ante el TC. El trabajo cierra con las conclusiones de rigor.

2. Origen de la doctrina

No es de asombrar que la distinción entre cláusulas de tratados con carácter autoejecutable y no autoejecutable sea confusa en nuestra doctrina y práctica, si todavía lo es en su jurisdicción de origen¹⁰. La Constitución norteamericana consagró en su artículo VI lo que se denomina la Cláusula de Supremacía, cuyo propósito fue evitar el incumplimiento de tratados mediante el reconocimiento de la capacidad de los jueces de dar eficacia a sus disposiciones sin necesidad de legislación adicional, sea federal o estadual¹¹. EE.UU. se apartaba así del enfoque dualista propio del Reino Unido, en donde los tratados solo tienen efecto en el derecho interno una vez que el Parlamento dicta la correspondiente legislación de implementación. La Cláusula de Supremacía no significaba que todo tratado sería aplicado o hecho obedecer directamente por los tribunales internos pues los litigantes debían cumplir otros requisitos, pero al menos removía un obstáculo: sin la Cláusula, los tratados hubiesen sido entendidos como compromisos entre estados que solo pueden ser hechos cumplir por ellos y entre ellos¹². La noción de normas no autoejecutables, desarrollada con posterioridad, se convirtió en una glosa a dicha regla constitucional¹³.

Existe cierto consenso en reconocer que la doctrina de la no autoejecutabilidad tiene su origen en un fallo de la Corte Suprema de EE.UU. en 1829. En *Foster vs. Neilson*, y a propósito de un pasaje que bien podría ser calificado como *obiter dictum*, la Corte señaló que un tratado “debe ser considerado en las cortes de justicia como equivalente a un acto de la legislatura, cuando sea que opere por sí mismo sin la ayuda de norma legislativa alguna”¹⁴. Doctrina norteamericana reciente recuerda, sin embargo,

¹⁰ Bradley (2015), pp. 41-50, y Vásquez (1995), pp. 695-723 y pp. 722-723.

¹¹ Vásquez (1995), p. 699. Como lo indica la doctrina norteamericana, la Cláusula tuvo por objeto evitar el incumplimiento de tratados por las acciones de órganos no federales.

¹² Vásquez (1995), pp. 699-700.

¹³ Vásquez (1995), pp. 696.

¹⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, *Foster vs. Neilson* 27 U.S. 253, 314 (1829). Traducción del autor. David Sloss explica que la disputa trataba sobre la propiedad de tierras ubicadas hoy mayoritariamente en Louisiana, y si tales tierras podían haber sido entregadas válidamente por el Rey de España a particulares dado que habrían estado dentro de los límites de la Florida Española. Uno de los argumentos de los demandantes recurrió al artículo 8 del Tratado de Florida de 1819, celebrado entre España y EE.UU. (Treaty of Amity, Settlement and Limits), por el cual se cedió Florida, pero manteniendo EE.UU. el deber de respetar los títulos de propiedad entregados por el Rey de España hasta enero de 1818, incluyendo el de los demandantes. La mayoría de los jueces concluyeron que el artículo 8 no aplicaba a las tierras sobre

que en realidad la diferencia ya estaba reconocida en un fallo muy anterior: *Ware vs. Hylton*¹⁵ distinguió entre las cláusulas de un tratado “*executory*” (ejecutorias) y “*executed*” (ejecutadas), en donde estas últimas “*require no further act to be done*”¹⁶. El juez James Iredell sostuvo entonces que las cláusulas ejecutorias requerían acciones futuras para cumplir con los compromisos asumidos por EE.UU. y las clasificó en legislativas, presidenciales y judiciales¹⁷. El énfasis de la distinción en su origen radica entonces en la necesidad de adoptar acciones posteriores, a cargo de un poder estatal, para cumplir con una obligación internacional. Como se indicará en la parte final del presente trabajo, esta observación conserva su importancia porque recuerda que el análisis de la autoejecutabilidad implica dos etapas lógicas consecutivas que no deben perderse de vista: primero, se debe analizar la norma para decidir si tiene carácter ejecutorio o no, y segundo, en caso de que lo tenga, debe resolverse quién tiene la competencia para llevar a cabo las acciones necesarias de implementación¹⁸.

La evolución de esta distinción en EE.UU. dista de ser pacífica tanto en su doctrina como jurisprudencia. Entre las múltiples dudas que persisten pueden mencionarse cuestiones como los criterios sustantivos para discernir si una norma se identifica con una u otra categoría, la posible existencia de presunciones en favor o en contra de la autoejecutabilidad, y la naturaleza y posibles formas de hacer cumplir las cláusulas no autoejecutables contenidas en tratados vigentes para EE.UU.¹⁹. La jurisprudencia norteamericana ha seguido distintos derroteros dependiendo del asunto específico conectado a la cuestión de la autoejecutabilidad, por lo que algunos autores sostienen que en realidad hoy no existe una única doctrina sino tal vez ocho variaciones de la misma que siguen agrupadas bajo el mismo término²⁰.

Pese a las dificultades que la doctrina presenta en su aplicación, la categoría de normas no autoejecutables reconoce una realidad innegable en el derecho internacional: las disposiciones de los tratados se redactan de las formas más variadas, y muchas veces serán de un carácter tal que no es posible aplicarlas directamente para resolver un caso particular sin tener que recurrir a otros actos de autoridad. Por cierto, esta no es una materia que deba resolverse desde el derecho internacional, sino

las cuales recayó la demanda pues no se encontraban en Florida. Estando a la fecha relevante en suelo americano, la entrega de títulos no podía ser hecha válidamente por España. El juez John Marshall, sin embargo, no estuvo convencido de esta conclusión y esto originó la inclusión del argumento adicional de la imposibilidad de aplicar el tratado de 1819, que no formó parte del raciocinio de la mayoría. Marshall, como Chief Justice, mantuvo un férreo control sobre la Corte, y las opiniones separadas no se estilieron durante su presidencia. Sloss (2016), pp. 67-84.

¹⁵ Corte Suprema de Estados Unidos, *Ware v. Hylton* 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796).

¹⁶ Sloss (2016), pp. 50-51. La Corte Suprema utilizó por primera vez las palabras “self-executing” varias décadas después, en 1887. Paust (1988), p. 766.

¹⁷ Sloss (2016), pp. 51. Cada juez entregaba una decisión por separado.

¹⁸ Sloss (2016), pp. 51.

¹⁹ Bradley (2015), p. 42.

²⁰ Sloss (2016), p. 318.

a partir del derecho interno. En este sentido, todos los ordenamientos que exhiben algún grado de monismo o dualismo moderado, y que de alguna forma reconocen un efecto directo al derecho internacional, se verán enfrentados a la necesidad de implementar adecuadamente este tipo de normas. En Chile, entonces, y al igual que en EE.UU., no es posible evadir del todo las dificultades que derivan de esta distinción. La pregunta pertinente es más bien cómo nuestro ordenamiento jurídico es capaz de acomodar esta realidad de forma tal que la incorporación de los tratados evite las incertezas propias de este tipo de cláusulas, salvaguardando a la vez el imperativo de la supremacía constitucional y el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Chile.

3. Recepción y efectos en Chile

La recepción de esta doctrina en Chile se ha dado en un contexto muy distinto al de EE.UU.: el control de constitucionalidad preventivo de las normas de un tratado. Es posible que la distinción entre normas autoejecutables y las que no lo son ya estuviera presente en alguna jurisprudencia nacional más temprana²¹, pero ella solo se convierte en protagonista después del fallo del TC en el año 2000 que recayó en el requerimiento de inconstitucionalidad presentado contra el Convenio N.º 169.

Uno de los argumentos centrales por los cuales el presidente de la República pidió rechazar dicho requerimiento descansaba en que muchas de las normas que los requirentes identificaban como supuestamente inconstitucionales tenían el carácter de normas no autoejecutables. Acogiendo los argumentos del ejecutivo, el TC aceptó la distinción y señaló que estas últimas son aquellas cláusulas 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”²². Las cláusulas no autoejecutables, agregó, “imponen la obligación al Estado, para que, en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les de exigencia efectiva”²³. Por el contrario, las cláusulas autoejecutables son aquellas que “tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno”, y que “son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”²⁴. Como se aprecia, el fundamento es similar al esgrimido originalmente por la jurisprudencia norteamericana.

²¹ Montt (2005), p. 33.

²² Tribunal Constitucional, Rol N.º 309-2000, de 4 de agosto de 2000, considerando 48º.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

La importancia de la identificación de este tipo de cláusulas en el contexto de control constitucional chileno las subrayó el propio fallo, y radica en dos efectos.

3.1. EFECTO EN LA INCORPORACIÓN

El primero y fundamental es aquel sobre la incorporación. Si las disposiciones de un tratado son autoejecutables entonces ellas “quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno”²⁵. Por el contrario, el TC señaló que las normas no autoejecutables “no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el presidente de la República ratifique el tratado si es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo”²⁶.

El argumento original del TC es tan radical como problemático. No se trata de que una norma internacional entre al ordenamiento interno y que su aplicación se suspenda, sino que las cláusulas no autoejecutables ni siquiera ingresarían al derecho nacional. La aplicación de este criterio implica además que un tratado ya controlado por el TC probablemente tendrá, en un mismo texto, normas vigentes e incorporadas, otras que no, y otras en donde aún no habrá certeza. El control obligatorio sobre tratados se encuentra acotado en la Constitución, por lo que es perfectamente posible, y así ocurre, que el TC señale que ciertas normas de un tratado no son autoejecutables, pero respecto de otras no habrá pronunciamiento alguno pues no fueron objeto de requerimiento de inconstitucionalidad.

3.2. EFECTO EN EL ALCANCE DEL CONTROL PREVENTIVO DE LOS TRATADOS

El segundo efecto tiene que ver con la extensión del control preventivo. El TC solo se pronunciaría a futuro sobre la constitucionalidad de normas autoejecutables²⁷. Para tales efectos, la sentencia del año 2000 asumió que, en cada caso particular, el TC deberá previamente decidir si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables²⁸. El fallo acepta que por definición las cláusulas no autoejecutables no pueden colisionar con el ordenamiento constitucional chileno, por lo que en tales casos no es necesario pronunciarse²⁹.

Ambos efectos demuestran que el TC adoptó una posición que no está comprendida en parte alguna de la Constitución ni en sus normas orgánicas, pues nada lo autoriza a abstenerse de ejercer el control

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

de constitucionalidad cuando es requerido, y tampoco a posponerlo³⁰. Esto es cuestionable, como también lo es que el propio presidente de la República así lo solicitara. En las observaciones que formuló al requerimiento, el Presidente señaló que las normas no autoejecutables del Convenio N.º 169 “no producen efectos jurídicos, ni cuando se formulan ni cuando se aprueba el tratado que las contiene”, y que tampoco “resulta idóneo que se consulte” al TC acerca del “sentido y alcance” de este tipo de cláusulas³¹. Este argumento era a todas luces excesivo, pues las cláusulas no autoejecutables de un tratado siguen siendo normas jurídicas que en principio no pueden separarse del texto íntegro que se somete a aprobación del Congreso y posterior ratificación. Ello solo es posible en contextos específicos y bajo figuras expresamente reguladas en el derecho de los tratados o normas constitucionales, como por ejemplo en materia de reservas o en el caso del artículo 49 inciso final de la Ley Orgánica Constitucional del TC. Desde luego que pueden generarse problemas de interpretación o implementación relacionados con cláusulas no autoejecutables, pero se trata de algo jurídicamente muy distinto a sostener que una norma contenida en un tratado vigente no tenga efecto alguno. El argumento del presidente era además prescindible: el oficio de observaciones alegó fundadamente que las normas del Convenio no contradicen la Constitución, y el TC concurrió con buena parte de sus argumentos³².

Quizás esta posición extrema es la que forzó al TC a ajustar levemente su criterio original poco tiempo después. En 2003 señaló que su doctrina reconocía lo que calificó como una excepción: si la norma no autoejecutable requiere de la aprobación de preceptos que conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención, entonces el TC no debía postergar un pronunciamiento en tal sentido³³. Como se explica en los acápites siguientes, pese a esta prevención el TC mantuvo la opción de abstenerse de controlar normas que calificaba como no autoejecutables. Solo en el año 2011 el TC parece dar un primer paso para cambiar de rumbo, demostrando que es posible prescindir de esta distinción para efectos del control de constitucionalidad.

4. El problema: inconsistencia en la tipología y contenido

La sentencia recaída en el Convenio N.º 169 señaló que la calificación de normas no autoejecutables dependía del “contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como

³⁰ El deber de inexcusabilidad está reconocido en su propia Ley Orgánica. Art 3º inciso segundo, Decreto con Fuerza de Ley 5 de 2010, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N.º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

³¹ Presidente de la República (2000), párrafos 120-121.

³² Tribunal Constitucional, Rol N.º 309-2000, de 4 de agosto de 2000, considerando 47º.

³³ Tribunal Constitucional, Rol N.º 383-2003, de 5 de septiembre de 2003, considerando 4º.

fuerza de derecho interno”. A pesar de este enunciado, desde entonces el TC no ha logrado clarificar el contenido ni los contornos de la distinción entre cláusulas autoejecutables y aquellas que no lo son, impactando en la autoridad de la doctrina.

4.1. SENTENCIAS CONTRADICTORIAS RECAÍDAS EN UNA MISMA NORMA O SIMILARES

Con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad contra el artículo IV inciso segundo de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas³⁴, los requirentes argumentaron que esta norma implicaba reconocer competencia a tribunales extranjeros sobre hechos constitutivos de delitos ocurridos en Chile³⁵. El presidente de la República argumentó que se trataba de una norma no autoejecutable pues, siendo que impone a cada estado parte la obligación de utilizar sus potestades públicas para establecer la normativa necesaria que le de eficacia, “la norma no es aplicable directamente pues requiere de medidas internas para que así ocurra”, y por lo tanto “no puede entrar en conflicto con la Constitución”³⁶.

El TC rechazó la versión del presidente. En su lugar concluyó que el artículo IV inciso segundo de la Convención Interamericana no podía calificarse como no autoejecutable, pues “se basta a sí mismo”, ya que “cualquier Estado Parte que lo haya incorporado a su ordenamiento jurídico interno y hubiese ajustado su legislación, tendrá jurisdicción para juzgar a un chileno por actos cometidos en Chile que configuren el delito de desaparición forzada de personas, bastando que proceda a extraditarlo, independiente de si Chile adecuó o no su propia legislación”³⁷. Es difícil seguir esta lógica, pero al parecer el TC entendió que si otro estado parte en el tratado puede ejercer los derechos que esta norma otorga en relación con Chile entonces la cláusula es autoejecutable, pues generará algún tipo de efectos con independencia de lo que Chile haga en su ámbito interno. Salta a la vista lo alejado de este raciocinio respecto de la noción de autoejecutabilidad descrita en el fallo de 2000.

Posteriormente, el TC se pronunció dos veces en 2009 sobre el contenido de la autoejecutabilidad, contradiciendo la conclusión anterior. Primero, al conocer del proyecto de acuerdo aprobatorio de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que contiene en su artículo 9 disposiciones muy similares a las del artículo IV de la

³⁴ Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, Belém do Pará, Brasil (9 de junio de 1994). Su artículo IV reza: “Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.”

³⁵ Tribunal Constitucional, Rol N.º 383-2000, de 5 de septiembre de 2003.

³⁶ *Ibid.*, fojas 261 vta y 262.

³⁷ *Ibid.*, considerando 3º.

Convención Interamericana, recién citada³⁸. Pese a ello, el TC esta vez calificó el artículo 9 de la Convención Internacional como una disposición no autoejecutable, pues solo “impone al Estado parte la obligación de hacer uso de su potestad pública para sancionar las normas que sean necesarias para darle vigencia efectiva a la Convención”, y que por lo tanto, la norma “no le otorga jurisdicción alguna” a los Estados que lo ratifican³⁹.

El mismo criterio mantuvo en un segundo fallo en 2009, nuevamente conociendo sobre el mismo artículo IV de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas⁴⁰. El TC explicitó las razones por las cuales esta vez consideró, al contrario de lo decidido en 2003, que la norma no tiene el carácter de autoejecutable: no otorga nuevas atribuciones a los órganos jurisdiccionales del Estado, los que no adquieren automáticamente la competencia para conocer del delito de desaparición forzada⁴¹. Aunque debatible, el criterio distintivo que el TC parece inducir de estas dos sentencias es la aptitud que tenga una disposición del tratado para modificar el ordenamiento jurídico nacional, y no necesariamente la estructura o redacción de la norma, como lo había sostenido en la sentencia del año 2000.

La pregunta fundamental que persiste en ambos casos del año 2009 es la misma que podía hacerse en 2003. ¿Necesitaba realmente el TC recurrir a esta distinción para concluir que el artículo IV de la Convención Interamericana es perfectamente constitucional? Ciertamente no. El Tribunal podría haberse limitado a analizar las normas pertinentes de ambos tratados, confrontarlas con la Constitución y concluir que no había problema de constitucionalidad. Es probable que la norma del artículo IV no sea autoejecutable, pero ello no impedía su examen de constitucionalidad. El recodo era innecesario y dejaba en evidencia las contradicciones en la jurisprudencia del TC.

4.2. VOTODISIDENTE EN UPOV-91 NO CONSIGUE PERSUADIR

Tal vez el mejor argumento para confirmar los problemas de la distinción que se analiza lo ofrece, sin quererlo, la disidencia en el fallo recaído en el Convenio conocido como UPOV-91⁴². La opinión

³⁸ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Nueva York (20 diciembre de 2006). Su artículo 9 numeral 2 señala: “Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.”

³⁹ Tribunal Constitucional, Rol N.º 1483-2009, de 29 de septiembre de 2009, considerando 8º. Como consecuencia, el TC estimó que la norma no regula una materia propia de ley orgánica constitucional, por lo que decidió no pronunciarse.

⁴⁰ Tribunal Constitucional, Rol N.º 1504-2009, de fecha 3 de noviembre de 2009.

⁴¹ *Ibid.*, considerando 19º.

⁴² Tribunal Constitucional, Rol N.º 1988-11, de fecha 24 de junio de 2011. El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales fue adoptado en 1961 y ha sido modificado en tres ocasiones, la última de ellas mediante el Acta de 1991. El tratado sometido a la aprobación del Congreso consistía en estos últimos cambios, conocidos bajo la abreviación de UPOV-91.

de minoría señaló que para discernir sobre la autoejecutabilidad debe estarse a “distintos criterios”. Ellos son, principalmente, “el lenguaje de sus disposiciones y si otorgan o no nuevas atribuciones a los órganos del Estado”, criterios ya explicitados en el fallo sobre el Convenio N.º 169 del año 2000⁴³. El voto hace un esfuerzo por analizar, aunque superficialmente, las normas impugnadas por los requirentes. Concluye que ellas no serían autoejecutables y que por lo tanto el Tribunal no puede conocer, debiendo esperar para pronunciarse el proyecto de ley respectivo que implemente las normas no autoejecutables⁴⁴.

Es difícil obviar que el fallo disidente solo analizó algunas de las normas del Convenio UPOV-91, en particular las que dan un poder discrecional al Estado para ajustar la implementación nacional y que por definición no pueden ser autoejecutables. Sin embargo, UPOV-91 contiene otras normas que, usando la tipología desarrollada por el propio TC, tienen todo el aspecto de calificar como autoejecutables. Por ejemplo, una de las normas impugnadas del Convenio fue el artículo 15, el cual tiene dos numerales. El voto disidente señala que es una norma no autoejecutable, pero solo se refiere al segundo numeral y no emite comentarios sobre el primero⁴⁵. Sin embargo, el numeral primero, que se refiere a las excepciones al derecho del obtentor (la persona que se verá beneficiada con un derecho de propiedad intelectual sobre una nueva variedad vegetal), es bastante claro. El artículo 15 N.º 1) del Convenio UPOV-91 señala que el derecho del obtentor: “[N]o se extenderá i) a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales, ii) a los actos realizados a título experimental, y iii) a los actos realizados a los fines de la creación de nuevas variedades (...)”.

Si se trata de calificar una norma según su aptitud para ser aplicada en el ordenamiento interno, considerando su estructura, lenguaje y objetivo, es difícil ver cómo esta disposición no podría ser aplicada directamente por el juez o la administración en una disputa específica. Especialmente si, como señala Núñez, “puede decirse que la estructura de contenidos más apta para afirmar la autosuficiencia del instrumento internacional es la prohibición o el mandato negativo”⁴⁶.

5. Abandonando los efectos de la distinción

En un cambio de enfoque respecto de su jurisprudencia anterior, y pese a la disidencia, el TC pareció aceptar en 2011 que el recurso a la autoejecutabilidad de las normas de un tratado no es

⁴³ *Ibíd.*, voto disidente de los ministros Carmona y García Pino, pp. 105-112 y pp. 107-108.

⁴⁴ *Ibíd.*, voto disidente, pp. 109 y 112.

⁴⁵ *Ibíd.*, voto disidente, p. 110.

⁴⁶ Núñez (2011), p. 14.

necesario para efectos de ejercer el control constitucional preventivo. Sobre esta base y de lo expuesto hasta ahora, los siguientes acápites abordan las razones por las cuales es posible cuestionar la utilidad y conveniencia de esta distinción.

5.1. SENTENCIA EN REQUERIMIENTO CONTRA CONVENIO UPOV-91

El TC adoptó una actitud distinta en la sentencia recaída en el requerimiento contra el Convenio UPOV-91. El fallo de mayoría ejerció su competencia *in toto* para controlar la constitucionalidad de las disposiciones de un tratado a pesar de reclamarse la existencia de normas no autoejecutables. Alegando la misma tesis que en otras ocasiones —como se aprecia, en una costumbre que no obedece color político— el ejecutivo de la época sostuvo que las normas objetadas del Convenio UPOV-91 eran todas normas de carácter no autoejecutable, que requerían actos legislativos para su implementación y que por lo tanto no podía haber afectación a normas constitucionales⁴⁷.

El TC esta vez decidió controlar la constitucionalidad de fondo de las normas impugnadas del tratado, con prescindencia de si ellas tenían el carácter de no autoejecutables, dada la necesidad de “proteger cabalmente la supremacía constitucional en forma acorde con la naturaleza del control preventivo”⁴⁸. De acuerdo con su postura anterior, si las normas impugnadas de un tratado no son autoejecutables, entonces el TC no las controlaría. Sin embargo, el TC no siguió esta lógica. Si bien la sentencia señaló de manera general que “el carácter no autoejecutable de algunas de las normas impugnadas resulta inequívoco”⁴⁹, ella evitó analizar cuáles de las normas impugnadas serían autoejecutables y cuáles no, y en cambio revisó directamente los fundamentos constitucionales de las normas cuestionadas por los requirentes⁵⁰. Para el TC, era “aconsejable desde ya revisar los fundamentos constitucionales” de las normas impugnadas, “sin perjuicio de que —en su oportunidad— se efectúe el control de las leyes que se dicten”⁵¹. La sentencia por lo tanto reconoce, al menos en los hechos, que la distinción es prescindible para ejercer el control de constitucionalidad.

El aspecto positivo de este fallo es que el TC se alejó de las consecuencias que atribuyó a su doctrina a partir del año 2000. Sin embargo, si bien le resta importancia a la distinción entre cláusulas autoejecutables y las que no lo son para efectos del control preventivo, la argumentación deja latentes

⁴⁷ Tribunal Constitucional, Rol N.º 1988-11, de fecha 24 de junio de 2011, p. 12.

⁴⁸ *Ibid.*, considerando 17º.

⁴⁹ *Ibid.*, considerando 18º.

⁵⁰ El requerimiento impugnó los artículos 7, 10 numeral 3, 14 numeral 2, 14, 15, 16, 17 y 40 del Convenio UPOV 91, materias que recaían, en resumen, en la extensión del derecho de propiedad intelectual del obtentor de nuevas variedades vegetales, y en el supuesto impacto o colisión de estas disposiciones con el ordenamiento constitucional, incluyendo las garantías de no discriminación, derecho de propiedad y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

⁵¹ Tribunal Constitucional, Rol N.º 1988-11, de fecha 24 de junio de 2011, considerando 18º.

varias de las contradicciones esenciales que esta distinción había mostrado, lo que se aprecia en dos aspectos. En primer lugar, no hay un cambio doctrinal sustantivo. El TC disfraza su cambio de criterio señalando que el control preventivo se hace “sin alterar, por ello, la doctrina mantenida por este Tribunal de reservar el examen de constitucionalidad de normas de un tratado no autoejecutables para el examen de la legislación interna respectiva que les dé concreción”⁵². Por lo demás, aunque el TC parezca siempre reservarse la posibilidad de un doble control —de las disposiciones del tratado y la legislación que las implemente—, esta opción no necesariamente se verificará pues depende del tipo de legislación o reglamentación que implemente el tratado en cuestión, y si de existe o no un requerimiento de impugnación. En segundo lugar, la sentencia en UPOV-91 tampoco es persuasiva desde que intenta explicar, sin éxito, las inconsistencias de los fallos de 2003 y 2009, pese a que las contradicciones son difíciles de justificar⁵³. En síntesis, aunque la distinción es despojada de contenido y utilidad, el TC insiste en mantenerla.

5.2. POR QUÉ EL TC DEBE ABANDONAR LA DISTINCIÓN

Lo expuesto en los acápites anteriores permite sugerir que el TC debería abandonar la distinción entre cláusulas autoejecutables y las que no lo son para efectos de decidir el ámbito de control constitucional preventivo de un tratado. Existen al menos cuatro motivos que se desprenden de lo expuesto en los acápites anteriores.

Primero porque nunca se debió utilizar esta distinción. Como se dijo anteriormente, el TC tiene la obligación de controlar las normas que se le presenten para control preventivo y ninguna disposición constitucional le permite negarse o postergarlo⁵⁴. Si el TC estima que las cláusulas de un tratado no pueden ingresar al ordenamiento nacional, entonces debe declararlo por razones de constitucionalidad y no otras. Decidir sobre la constitucionalidad de ciertas cláusulas de un tratado, pero no pronunciarse respecto de otras bajo el subterfugio de su no autoejecutabilidad solo genera incertidumbre, y eventualmente el problema se traspasará a los jueces del fondo o la Administración.

En segundo lugar, porque la distinción no es necesaria. Si el TC razona que podrían existir riesgos de inconstitucionalidad dependiendo del contenido de las futuras normas que implementen un tratado, nada impide que lo advierta, lo cual debería guiar las acciones futuras que realicen la ley o el reglamento. El TC no parece reconocer esta posibilidad, y por el contrario, insiste en indicar que

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*, considerandos 12° a 16°.

⁵⁴ Así también parecen entenderlo autores nacionales. Ver, por ejemplo, Ribera y Gorniq (2016), p. 121, Troncoso (2012), pp. 745-746, y Yáñez (2016), p. 249.

“reserva el examen” de constitucionalidad de las cláusulas no autoejecutables de un tratado para cuando revise las normas legales que lo implementan⁵⁵. Pero ocurre que el TC no necesariamente podrá controlar nuevamente las mismas normas que ha tenido a la vista en un determinado requerimiento: el control obligatorio se encuentra acotado al tenor del artículo 93 de la Constitución, por lo que no existe tal “reserva” a todo evento. Si bien el TC se aleja parcialmente de esta lógica en el fallo sobre el Convenio UPOV-91, no lo hace del todo.

Tercero porque, como ya sostenía la doctrina nacional hace casi una década y como lo demuestran los casos recién expuestos, los criterios de autoejecutabilidad ofrecidos por el TC son confusos⁵⁶. En ellos se combinan aspectos relacionados con la estructura y redacción de las normas en examen, pero también con sus efectos, lo que ha derivado en sentencias contradictorias. En síntesis, el TC no ha podido aclarar el contenido de la distinción que introdujera en 2000. Esto no significa que ella deba abandonarse por completo o renunciar a la necesidad de clarificación. Como se indicó al comienzo de esta parte, la categoría de normas no autoejecutables reconoce de alguna manera una realidad a la que se verán enfrentados la administración, el juez o los particulares una vez que el tratado sea incorporado al derecho nacional. Sin embargo, es difícil no observar que el TC importó innecesariamente una doctrina que en sus orígenes nunca tuvo como objeto apoyar la tarea de ejercer un control preventivo de constitucionalidad, y respecto de la cual no ha podido ofrecer criterios de identificación consistentes⁵⁷.

Una cuarta razón para abandonar la distinción es la siguiente. En Chile, luego de la declaración de constitucionalidad y consumados los trámites de promulgación y publicación, las normas de un tratado se incorporan al ordenamiento interno en principio con efecto directo. El problema es que la eventual no autoejecutabilidad de algunas normas se trasladará ahora al juez o a la autoridad administrativa, forzándolos a llenar estas lagunas en el caso concreto, lo que no está exento de problemas. Esto seguirá ocurriendo a menos que se adopten cambios sustantivos en nuestro esquema de incorporación. Los ordenamientos jurídicos contruidos sobre la base de un estricto dualismo solucionan bien este problema, pues un tratado no puede tener efecto interno sin que se apruebe previamente la legislación de implementación. Esto contrasta con ordenamientos como el chileno, de raigambre más bien monista o de dualismo moderado, y que deben buscar soluciones para evitar la incertidumbre que puede generar el efecto directo de los tratados y las categorías de autoejecutabilidad.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, Rol N.º 1988-11, de fecha 24 de junio de 2011, considerando 18º.

⁵⁶ Montt y Matta (2011), p. 161.

⁵⁷ Lo cual parece confirmar algunas de las advertencias de la doctrina nacional en cuanto a las justificaciones y problemas de este tipo de recursos cuando no son necesarios. Núñez (2012), pp. 5-7.

Teniendo presente el debate constitucional que se avecina, la siguiente parte desarrolla una propuesta al respecto.

6. La decisión sobre la autoejecutabilidad de los tratados

La importancia de identificar normas autoejecutables y no autoejecutables radica en la necesidad de adoptar medidas que permitan al Estado de Chile implementar adecuadamente el contenido de un tratado, tanto para ejercer los derechos que se le confieren como para cumplirlo íntegramente. Esta no es una tarea que le corresponda al TC. Su rol consiste únicamente en realizar el control preventivo y decidir si las disposiciones de un tratado aún no incorporado en el ordenamiento nacional colisionan o no con la Constitución.

La decisión sobre las acciones a tomar relacionadas con la existencia de normas autoejecutables y no autoejecutables en un tratado es principalmente política, y solo después técnica. Desde otro punto de vista, la pregunta fundamental es cómo el Estado de Chile —mediante qué acciones, si ellas son necesarias— aspira a cumplir el tratado en cuestión. Por lo tanto, quienes en primer término deben prevenir los efectos negativos derivados de la incorporación de normas que no tienen la aptitud necesaria para ser invocadas directamente por particulares y aplicadas por la administración o los tribunales debiesen ser el presidente de la República y el Congreso, poderes que tienen la facultad de adoptar reglas de carácter general según sus competencias constitucionales. En este sentido, el próximo debate constitucional puede dar cuenta de mecanismos para reducir las incertidumbres propias de la forma en que se redactan y deben implementarse las normas convencionales internacionales.

El primer paso es reconocer que la discusión sobre si una norma requiere o no ejecución posterior debe darse abiertamente durante el trámite de aprobación parlamentaria, entre el presidente de la República y el Congreso. Dos supuestos generales pueden darse en este diálogo. Aquellos tratados cuyas normas resulten autoejecutables (o no) bien podrían contar con una declaración del Congreso Nacional en tal sentido. No es de extrañar que en la práctica norteamericana esta posibilidad se reconozca y se ejerza con frecuencia⁵⁸. En Chile esto ha ocurrido en ciertos casos. Por ejemplo, en la discusión sobre la aprobación del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico⁵⁹, la Cámara de Diputados concluyó lo siguiente, en relación con las normas sobre arbitraje contenidas en el tratado: “[S]e resuelve que dichas normas no requieren ser complementadas internamente por la vía

⁵⁸ Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States (1987), Para. 111. También Bradley (2015), p. 51.

⁵⁹ También conocido por su anterior denominación de Acuerdo Trans-Pacífico, o Trans-Pacific Partnership (TPP).

legal o reglamentaria, siendo autoejecutables o “self-executing” entrando en efecto inmediatamente sin necesidad de implementación normativa adicional”⁶⁰.

Si, por el contrario, el presidente y el Congreso concluyen que el tratado necesita normas de implementación, es decir que una o más de sus normas no son autoejecutables, entonces habrá distintas opciones dependiendo del asunto regulado. Si se trata de una materia de ley no delegable, entonces debe prepararse, tramitarse y aprobarse el proyecto de ley respectivo. Si es delegable, el Congreso debiera facultar al presidente para dictar la regulación de implementación a través del decreto con fuerza de ley a que se refiere el artículo 54 N.º 1) inciso final de la Constitución. Si para la futura implementación basta con normas de carácter administrativo, esta constancia debiera expresarse durante la tramitación del acuerdo aprobatorio y el presidente proceder acorde a ello. En todos estos casos, la propuesta y calificación inicial debieran provenir desde el mensaje presidencial. El tratado no debiera aprobarse, su trámite de ratificación concluirse, ni el presidente proceder a su promulgación y publicación sin antes contar con las actuaciones legislativas o administrativas necesarias para asegurar su completa implementación.

Una decisión formal adoptada por los órganos legislativo y ejecutivo con el objeto de identificar las cláusulas de un tratado que necesitan actos de implementación, previo a su incorporación en el derecho interno, permitiría evitar las incertezas del escenario actual. Lo que se busca impedir es que coexistan en el ordenamiento nacional vigente normas autoejecutables y otras que no lo son, sin existir certeza de si ellas deben o cómo aplicarse. Por lo demás, una solución de este tipo no parece extraordinaria. En EE.UU., por ejemplo, si un tratado regula una materia que corresponde a una competencia exclusiva de su Congreso será entonces considerado como no autoejecutable, y es necesario que se apruebe legislación que implemente el tratado en cuestión para que sus normas tengan efecto directo interno⁶¹. Con esto no solo se evita ratificar e incorporar un tratado que podría contener cláusulas no autoejecutables, sino también se intenta evitar que cláusulas autoejecutables puedan colisionar con el derecho interno existente. Admitiendo que no existen sistemas puramente monistas o dualistas, es destacable que la solución norteamericana, pese a que se trata en teoría de un ordenamiento de raigambre monista, converge con soluciones parecidas a aquellas de sistemas típicamente dualistas, como en el Reino Unido o Nueva Zelanda. No parece entonces excepcional sugerir un mecanismo similar para nuestro ordenamiento constitucional.

⁶⁰ Cámara de Diputados (2019), p. 38.

⁶¹ Bradley (2015), p. 49.

La solución recién propuesta también puede extenderse a otras normas que, siendo autoejecutables, requieren normativa de implementación. En un fallo que, quizás sin quererlo, probablemente terminó de vaciar de contenido esta categoría, el TC resolvió que incluso las cláusulas autoejecutables de un tratado necesitarían de actos posteriores para su aplicación interna. En efecto, en su sentencia sobre las modificaciones a la Ley General de Pesca y Acuicultura de 2013, el TC recordó que consideraba el artículo 6 del Convenio N.º 169, sobre la consulta indígena, como una norma plenamente autoejecutable⁶². También señaló, sin embargo, que ello debe conciliarse con la modalidad abierta en que muchas veces las normas internacionales están redactadas, lo que posibilita diversas formas de aplicación en el derecho interno⁶³. En consecuencia, el que una norma de un tratado sea autoejecutable no es incompatible con su desarrollo legislativo, sino que por el contrario, a juicio del TC “lo impele”⁶⁴. No es sorprendente que parte de nuestra doctrina concluya que esta afirmación supone una ruptura con los efectos que el TC había definido para las normas autoejecutables a partir del año 2000⁶⁵.

Aunque su redacción no es especialmente lúcida, lo que el fallo de 2013 parece dejar entrever es que la autoejecutabilidad es finalmente una cuestión de grados. Tal vez aquí radica uno de los elementos centrales de la confusión sobre las normas autoejecutables y las que no lo son. Muchas normas internacionales tienen la aptitud de ser aplicadas directamente, si seguimos únicamente el criterio del TC ofrecido en el año 2000. Sin embargo, por lo general ellas admiten y necesitan mayor densidad normativa para una efectiva aplicación. Por ejemplo, si bien los artículos 6 y 7 del Convenio N.º 169 sobre consulta y participación indígena se consideran autoejecutables, también admiten y se benefician de reglamentación posterior. El hecho que una norma sea autoejecutable no impide su desarrollo legislativo o eventualmente administrativo, y esto agrega un elemento adicional de confusión. Si una norma autoejecutable no necesariamente requiere, pero sí admite mayor desarrollo, la categoría pierde utilidad. ¿Podría una norma de esta naturaleza, no obstante, ser aplicada, mientras no se dicten tales actos de implementación? La sentencia de 2013 en definitiva sugiere que, aun si se trata de normas autoejecutables, ellas pueden ser problemáticas si no se implementan previamente. Asimismo, varias disposiciones del Convenio UPOV-91 estrictamente no necesitan implementación —es decir, son autoejecutables— pero se hubiesen beneficiado de mayor densidad normativa.

Todo lo dicho hasta ahora en el presente acápite no soluciona otro escenario relacionado, igualmente relevante: cómo identificar el ámbito de la autoejecutabilidad respecto de normas de un

⁶² Tribunal Constitucional, Roles N.º 2387 y N.º 2388 (acumulados), sentencia de 23 de enero de 2013. Considerando 19º.

⁶³ *Ibid.*, considerando 19º.

⁶⁴ *Ibid.*, considerando 23º.

⁶⁵ Galdámez (2013), p. 629.

tratado que ya han sido incorporadas en el derecho chileno y que se encuentran vigentes. Puesto que en estos casos probablemente se trate de la aplicación de normas convencionales en un caso específico, dependiendo del contenido del tratado se tratará de situaciones administrativas o litigiosas en conocimiento de la administración o de los jueces del fondo.

Sea que se trate de la identificación de normas autoejecutables y no autoejecutables en el proceso de incorporación de un tratado, o por el juez o la administración con posterioridad, resulta relevante avanzar en criterios para definir cuándo se está frente a una u otra categoría de normas. Este análisis escapa a los objetivos del presente trabajo, por lo que aquí solo es posible resumir brevemente algunas opciones. La doctrina comparada identifica en general tres criterios: la intención de las partes en el tratado, si el tratado crea derechos directos a las personas, y si la norma es suficientemente clara para ser aplicada directamente⁶⁶. La doctrina nacional también ha propuesto algunos criterios, a veces algo más específicos. Por ejemplo, Fuentes y Pérez proponen un enfoque que comienza aceptando la autoejecutabilidad, pero existirían materias donde en determinados casos ello no será posible, incluyendo cuando el texto de la cláusula de un tratado es de carácter programático, tratándose de normas internacionales que tipifican delitos, o el otorgamiento de nuevas facultades a órganos estatales⁶⁷. Específicamente en materia de tratados de derechos humanos, por ejemplo, Núñez señala que es en principio un tema de precisión normativa: si el tenor literal del instrumento es lo suficientemente preciso como para exigir su ejecución por un tribunal de la República o por un órgano de la administración, la disposición en cuestión es autoejecutable⁶⁸.

La pregunta que resta resolver es qué ocurre cuando la norma es identificada *ex post*, sea por el juez o la administración, como no autoejecutable. La solución en EE.UU. para este tipo de casos es que, si las cortes identifican una norma como no autoejecutable, ella no tendrá efecto hasta que sea implementada por el Congreso⁶⁹. Aunque una solución de este tipo es poco probable en el contexto chileno, ella forzaría a que las normas no autoejecutables perderían temporalmente su eficacia, aun cuando continúen siendo parte del ordenamiento nacional. En cualquier caso, los actos de implementación no deberían limitarse al ejercicio de los poderes del Congreso, pues ellos también podrían incluir la potestad reglamentaria del presidente.

⁶⁶ Shelton (2011), p. 11.

⁶⁷ Fuentes y Pérez (2018), pp. 135-152.

⁶⁸ Núñez (2011), p. 16.

⁶⁹ Bradley (2015), p. 41.

7. Conclusiones

La recepción que el TC ha dado a la distinción norteamericana entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables ha probado ser un elemento distorsionador del control preventivo de los tratados internacionales. Este trabajo ha expuesto que la jurisprudencia del TC en la materia es confusa y errática, y sobre esta base, ha discutido que estas categorías debieran abandonarse como elemento definitorio del ámbito del control constitucional.

Pese a que el TC tiene la obligación de controlar las normas de un tratado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 numerales 1º y 3º de la Constitución, la noción de cláusulas no autoejecutables ha otorgado un espacio discrecional para no ejercer dicho control, lo que no encuentra justificación en el ordenamiento constitucional vigente. La distinción es también innecesaria, pues si el TC estima que alguna norma convencional puede eventualmente ser implementada mediante actos posteriores que podrían presentar riesgos de inconstitucionalidad, entonces puede así indicarlo con el objeto de guiar la actuación de los órganos que adoptarán tales medidas. Esto no significa que el TC podrá siempre controlar tales actos, pues dependerá de su naturaleza legal, delegada o reglamentaria, y de si existe un requerimiento específico bajo los supuestos del artículo 93 de la Constitución. En cualquier caso, esta última circunstancia tampoco justifica que el TC postergue o renuncie a ejercer dicho control cuando es requerido.

Poco ha contribuido a validar la distinción sobre la autoejecutabilidad de los tratados el hecho que el TC suma dos décadas sin poder aclarar su contenido y límites. Tal vez el único aspecto positivo es que los fallos de 2011 y 2013 parecen aceptar que los efectos de la distinción, al menos como el propio TC los había definido originalmente, han dejado de ser relevantes. Si bien estas sentencias no contribuyeron a aclarar los fundamentos de la autoejecutabilidad, al menos parecen haber dado espacio para asegurar el ejercicio del control de constitucionalidad de fondo.

El problema es que la doctrina todavía se mantiene y el TC no parece estar dispuesto a abandonarla, o al menos no abiertamente. El TC haría bien en reflexionar, como lo ha hecho en otras materias, acerca de si el recurso a la autoejecutabilidad contribuye a ejercer su rol constitucional de manera coherente⁷⁰. Por lo demás, y como también demostró este trabajo, no solo es necesario que el TC abandone esta distinción, sino que también es posible: en los hechos ya lo hizo en las sentencias

⁷⁰ En su fallo sobre el proyecto de ley de aborto en tres causales, el TC reconoció en 2017 que, en cuanto al rol del legislador y el derecho a la vida, mantenía “dos doctrinas que no dialogan entre sí”. Tribunal Constitucional, Rol N.º 3729 (3751)-17-CPT, de 28 de agosto de 2017, considerando 24º.

recaídas en UPOV-91 y en las modificaciones a la Ley de Pesca. Lo que estos últimos dos fallos también demuestran es que la distinción entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables es finalmente una cuestión de grados, lo que hace más difícil que sirva como parámetro objetivo para definir los contornos del control preventivo.

Finalmente, este trabajo también ha sugerido que un argumento relevante para evaluar la pertinencia de esta distinción en el ámbito del control constitucional tiene que ver con las competencias sustantivas de los órganos que participan en la incorporación de los tratados. El TC no está llamado a prevenir las incertezas derivadas de la existencia de normas autoejecutables y no autoejecutables. Se trata principalmente de una decisión política. Por ello, son el presidente de la República y el Congreso los que debieran declarar si una norma internacional requiere de actos posteriores de implementación o si ella puede ser aplicada directamente una vez incorporada en el ordenamiento interno. Es en estos poderes colegisladores donde radican las facultades constitucionales para superar la doctrina que ha aplicado el TC al ejercer el control preventivo. Definir si el estado de Chile debiera dictar normas internas para la mejor implementación de los compromisos internacionales que ha asumido o se encuentra pronto a asumir es una materia intrínseca al poder político, no a un órgano jurisdiccional. Es de esperarse que la próxima discusión constitucional pueda deliberar sobre los mecanismos para reducir estas incertidumbres.

Bibliografía citada

Bradley, Curtis (2015): *International Law in the U.S. Legal System* (New York, Oxford University Press, segunda edición).

Fuentes, Ximena y Pérez, Diego (2018): “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Vol.25, N.º2), pp. 119-156.

Galdámez, Liliana (2013): “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca roles N.ºs 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 11, N.º1), pp. 621-632.

Henríquez, Miriam (2007): “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales* (Vol.5 N.º1), pp. 119-126.

Montt, Santiago (2005): “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, N.º 1), pp. 19-78.

Montt, Santiago y Matta, Manuel (2011): “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, en *Estudios Públicos* (N.º 121), pp. 133-212.

Nogueira, Humberto (2013): “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 11, N.º 1), pp. 97-154.

Núñez, Manuel (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 8, N.º 2), pp. 431-464.

_____ (2011): “Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia”, en *Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios* (Año 2, N.º 4), pp. 51-81.

_____ (2012): “El diálogo transjudicial en la justicia constitucional chilena: el recurso a la jurisprudencia comparada, internacional y constitucional”, en H. Nogueira, *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos* (Santiago, Librotecnia-Cecoch), pp. 81-102.

Ribera, Teodoro y Gorniq, Gilbert (2016): *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica* (Pamplona, Thomson Reuters).

Ribera, Teodoro (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 5, N.º 1), pp. 89-118.

Paust, Jordan (1988): “Self-Executing Treaties”, en *The American Journal of International Law* (Vol. 82, N.º 4), pp. 760-783.

Shelton, Dinah (2011): "Introduction", en D. Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion* (Oxford, Oxford University Press), pp. 1-22.

Sloss, David (2016): *The Death of Treaty Supremacy. An invisible Constitutional Change* (New York, Oxford University Press).

Sloss, David y Van Alstine, Michael (2017): "International law in domestic courts", en W. Sandholtz y C. Whytock *Research Handbook on the Politics of International Law* (Northampton, Massachusetts, Edward Elgar) pp. 79-115.

Troncoso, Claudio (2012): "Tribunal Constitucional y tratados internacionales. Análisis de su jurisprudencia relevante", en H. Llanos Mardones y E. Picand Albónico, *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla* (Santiago, Abeledo Perrot Chile), tomo II, pp. 733-760.

Vasquez, Carlos Manuel (1995): "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", en *The American Journal of International Law* (Vol. 89, N.º 4), pp. 695-723.

Yáñez, Manuel (2016): "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables", en *Revista Derecho del Estado* (Vol. 37), pp. 229-254.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del Convenio N.º 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989*, Rol N.º 309-2000, sentencia de 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de Inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998*, Rol N.º 346-2002, sentencia de fecha 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de acuerdo que aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,*

adoptada el 9 de junio de 1994 en Belén, Brasil, durante el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Rol 383-2003, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003.

Tribunal Constitucional chileno: *Proyecto de Acuerdo Aprobatorio del Proyecto Relativo a la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, Rol N.º 1483, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de constitucionalidad en contra de las actuaciones de la mesa de la Cámara de Diputados, durante la tramitación del mensaje de la Presidenta de la República, que contiene el Proyecto de acuerdo relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, Rol N.º 1504-09, sentencia de 3 de noviembre de 2009.

Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento presentado respecto de la inconstitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91)*, Rol N.º 1988-11, sentencia de fecha 24 de junio de 2011.

Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de inconstitucionalidad recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura*, Roles N.º 2387 y N.º 2388 (acumulados), sentencia de fecha 23 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*, Rol N.º 3729 (3751)-17-CPT, sentencia de fecha 28 de agosto de 2017.

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica: *Foster vs. Neilson* 27 U.S. 253, 314 (1829).

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica: *Ware vs. Hylton* 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796).

Documentos

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, Primer Informe de fecha 9 de abril de 2019. [Disponible en: <https://bit.ly/3KD05nu>]. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2020].

Presidente de la República de Chile (2000): “Formula observaciones a requerimiento constitucional”.
[Disponible en: <https://bit.ly/3MOhNpw>]. [Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021].

Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States (1987), Para. 111: International Law and Agreements as Law of the United States. [Disponible en: <https://bit.ly/3vZpt1z>]. [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2020].