

LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO CHILENO: EL EFECTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989 VISTO POR LA JURISPRUDENCIA

María Teresa Infante Caffi

Profesora de Derecho Internacional, Instituto de Estudios Internacionales
y Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y Academia Diplomática.

RESUMEN

El examen de aspectos seleccionados de la situación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, especialmente a partir de la reforma de la Constitución Política que incorporó la referencia a los "tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" que garantizan derechos esenciales (art. 5. inc. 2°), muestra la dificultad en armonizar el concepto de fuentes del derecho interno e internacional, teniendo en consideración las tesis predominantes en la teoría y práctica constitucional chilena.

Este análisis debe considerar simultáneamente las enseñanzas de las disciplinas del derecho constitucional y del derecho internacional con el fin de integrar el contenido de normas de diferente origen, de precisar sus ámbitos de vigencia material, temporal y personal, y de compatibilizarlas en su vigencia práctica. La Constitución Política chilena ha circunscrito el debate a los tratados internacionales, lo cual implica determinar su contenido y efectos en cuanto fuentes de garantías de derechos esenciales de la persona.

El estudio de fallos judiciales de los últimos años, en los cuales el derecho interno es puesto a prueba desde el punto de vista del derecho internacional convencional, revela la necesidad de profundizar más en el contenido y normas propias del derecho internacional, con el propósito de dar una vigencia real al texto constitucional que se refiere a él y servir sus objetivos.

1. INTRODUCCION

Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno chileno han recibido en los últimos años una creciente atención de parte de la doctrina¹ y la jurisprudencia, debate que ha adquirido especial relieve a través de los

¹ DETZNER, J.A. *Tribunales chilenos y derecho internacional de derechos humanos*. Santiago, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, 1988, 182 pp.; BENADAVA, S. "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos", en A. LEÓN coord., *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 9-59; FERNÁNDEZ, L.M.; FERNÁNDEZ, M. "La protección de los derechos humanos en Chile. La reforma al art. 5°", Memoria Licenciatura en Derecho, Universidad de Valparaíso, 1993, no publicada; ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. *The implementation of the international law of human rights by the judiciary: new trends in the light of the Chilean experience*, en INFANTE, M.T.; CAVE, R. comps., *Solución Judicial de Controversias*, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1995, pp. 15-32.

medios de prensa². Esta preocupación ha sido alentada en gran medida por la importancia que adquieren en las relaciones internacionales y en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional universal y regional el tema de los derechos humanos, la tipificación de crímenes y delitos contra el derecho internacional, así como la creación de instituciones internacionales de promoción y protección de los derechos humanos y de tribunales internacionales.

El establecimiento en 1993, mediante las resoluciones 808 y 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de un Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia³ cuya competencia *ratione materiae* está vinculada a los crímenes de guerra, genocidio y de lesa humanidad, es una prueba de la importancia de estas materias para la comunidad internacional, lo cual ha llevado a plantearlas conjuntamente con enfoques relativos a la paz y la seguridad internacionales.

A su vez el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional general imponen nuevas obligaciones a los Estados y sus agentes, que impactan de manera directa a los ordenamientos jurídicos internos, limitando su ámbito reservado de jurisdicción en un fenómeno de alcance mundial.

En el ámbito interno chileno, el efecto de este debate se está presentando de manera intensa, tanto en el plano político por las características del proceso de transición democrática, como en cuanto a sus alcances jurídicos. En este último, la cuestión de la jerarquía de los tratados ante la Constitución y las leyes de diversa categoría ha adquirido importancia creciente, tanto a nivel de los procesos judiciales como también dentro del propio ámbito legislativo en materia de derechos humanos.

Por ejemplo, una ardua discusión se ha producido en los años recientes en cuanto a si es compatible con el derecho internacional consuetudinario y convencional una ley que establezca normas especiales de procedimiento para investigar situaciones de desapariciones forzadas⁴ y denuncias de presunta desgracia cuyo inicio de ejecución se hubiera producido en el período cubierto por el Decreto Ley 2.191 de 1978 que estableció una ley de amnistía⁵, con el propósito de que finalmente se dicte el sobreseimiento definitivo una vez conocido el paradero de las personas⁶. La ley de 1978 favorece a personas que hubieran incurrido en hechos delictuosos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontraran sometidas a proceso o condenadas. La ley también se aplica a personas condenadas durante ese período por los tribunales militares. Sus efectos han generado una discusión de carácter procesal, aunque de alcances más vastos, acerca de si puede aplicarse sólo de haberse

² CARVALLO, M. "Derechos humanos: la Corte tuvo la palabra", *El Mercurio*, 2-10-94, D4, pp. 5-6; "Amnistía y convenios internacionales: el crítico turno de la Corte Suprema", CARVALLO, M. *El Mercurio*, 17-10-94, pp. D1, 14-15; MOLINA, P. "Corte Suprema: ¿Hacia la aplicación de la amnistía?", *El Mercurio*, 6-8-95, pp. D1, 28-29.

³ *International Legal Materials*, XXXII, 1994, 4, pp. 1203-5.

⁴ *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago, febrero de 1991, pp. 22-27.

⁵ *Diario Oficial* N° 30.042, 19-4-78.

⁶ En este sentido se pronuncia una carta de Human Rights Watch/Americas, 9-11-1995, dirigida a los miembros del Congreso Nacional, respecto del proyecto de ley enviado por el Gobierno en el mes de agosto de 1995. No publicada.

agotado la investigación, de acuerdo con las reglas que rigen el sobreseimiento definitivo (C° de Procedimiento Penal, art. 413) o si debe aplicarse inmediatamente una vez determinada su procedencia de acuerdo con los arts. 107 y 408 del mismo Código.

La materia presenta aspectos de gran interés para los estudios del derecho internacional, en especial cuando ella se plantea por la vía de recursos ante los tribunales de justicia que invocan el derecho internacional convencional o consuetudinario y se promueve paralelamente el examen de la validez, aplicación y/o vigencia de la ley de amnistía ante órganos internacionales.

El tema adquiere particular importancia a partir de la reforma adoptada en 1989, en virtud de la cual la Constitución de 1980 incorporó una disposición expresa sobre determinados tratados relativos a derechos humanos. El art. 5° quedó redactado de la siguiente manera, con la adición de una frase (en cursivas) en el segundo inciso:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *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.*”

Esta disposición fue adoptada en 1989, en el marco de una negociación política entre el Gobierno militar saliente y los partidos políticos Renovación Nacional y Concertación de Partidos por la Democracia⁷, antes de la elección presidencial y parlamentaria que iniciaría la vigencia plena de la Constitución de 1980. Fruto de esta negociación se acordó una reforma a ciertos aspectos fundamentales de la Constitución, la cual fue aprobada en un plebiscito. La palabra “esenciales” había sido agregada en 1978 por el Consejo de Estado al proyecto de Constitución para precisar el alcance del concepto de derechos que emanan de la naturaleza humana⁸.

La reforma al art. 5°, si bien no recogió la propuesta más amplia de la Comisión Técnica designada por los partidos políticos en 1989⁹ en el sentido de no limitar la referencia a los tratados internacionales sino que hacerla a las

⁷ DÍAZ ALBÓNICO, R. “La reforma al artículo 5° de la Constitución Política”, en IRIGOIN, J. edit. *Nuevas dimensiones en la protección internacional del individuo*, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1991, pp. 199-202; CUMPLIDO, F. “Historia de una negociación para la protección y garantía de los derechos humanos”, en *ibid.*, pp. 191-197.

⁸ Proposición de Julio PHILIPPI. Acta de la quincuagésimasexta (56°) sesión, 28-11-1978. Actas originales del Consejo de Estado, p. 340. En archivos del profesor Paulino Varas, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁹ “Informe de la Comisión formada por abogados, especialistas en Derecho Constitucional y Cientistas Políticos designados por Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, 5 de abril de 1989” en ANDRADE G., C. *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 278 y 283. Comentario en SILVA B., A. “Reforma sobre los derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 16. 1989, 3, pp. 579-589.

normas internacionales que comprometen al país en materia de derechos esenciales, debe ser examinada a la luz del propósito de su efecto útil en el fortalecimiento de la protección de esos derechos contenidos en tratados internacionales vigentes para el país¹⁰. En la determinación del alcance jurídico de esta reforma, tiene importancia lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Opinión Consultiva emitida en 1982¹¹, según la cual:

“los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

2. PROBLEMAS Y SOLUCIONES EN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Observado en su conjunto el tema de las relaciones entre el derecho internacional convencional y el derecho interno, éste ha planteado, en el caso de Chile a lo menos, los siguientes problemas principales:

a) *Vigencia de los tratados*

La vigencia de los tratados en el derecho interno se presenta relacionada a la interrogante acerca del valor que tienen los trámites de promulgación y publicación¹², reiteradamente exigidos por los tribunales como requisitos para que ellos se consideren incorporados en Chile. Este punto plantea naturalmente la cuestión de la vigencia internacional del tratado correspondiente para Chile, y el cumplimiento de las obligaciones que de él emanan, particularmente en situaciones en que el tratado ha entrado en vigencia para el país de acuerdo con sus

¹⁰ MEDINA, C. “El Derecho Internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno”, en Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Santiago, 1994, pp. 41-42. También “La modificación del art. 5° de la Constitución chilena de 1980 en relación con los tratados”, *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. II, Universidad de Valparaíso, EDEVAL, Valparaíso, 1990, pp. 585-603; PINOCHET E., C. “Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, 13, 1990, pp. 9-18.

¹¹ CORTE I.D.H., “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)”, *Opinión Consultiva*, OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. *Serie A* N° 2, p. 44.

¹² En general, IRIGOIN, J. *La incidencia del órgano legislativo chileno en la conclusión de acuerdos internacionales*, Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1976, no publicada; IRIGOIN, J.; MUÑOZ, A. “El derecho internacional en la Constitución chilena de 1980”, *Revista de Derecho*, Univ. Católica de Valparaíso, 1982, pp. 415-442.

propia cláusulas y no se adoptan las medidas conducentes a su promulgación y publicación¹³.

El enfoque predominante basado en la analogía entre el tratado y la ley, dando este alcance a la disposición constitucional (art. 50, 1) según la cual: "La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley", ha tenido como consecuencia la opción por la teoría de la incorporación o recepción del tratado en el derecho interno mediante los actos de promulgación y publicación¹⁴, aunque ni el texto de la Constitución de 1925 ni el actualmente vigente de 1980 hagan una referencia expresa a este requisito. Como base jurídica específica se invoca el Decreto N° 132 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 21-06-1926, que se refería a la promulgación de los tratados y el Código Civil chileno en cuanto a la vigencia de la ley.

Los trámites de promulgación y publicación fueron expresamente requeridos por las normas del Decreto Ley 247 de 1974. Posteriormente, estando vigente la Constitución de 1980 que no contiene exigencias expresas en la materia, la Corte Suprema consideró en 1984 que se encontraba en vigor dicho Decreto Ley¹⁵. No hay antecedentes de que esta opinión prevalezca en la actualidad, si bien la exigencia subsiste.

En esta materia, el caso que ha producido mayor revuelo ha sido el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y vigente internacionalmente desde el 23 de marzo de 1976. Se publicó en Chile con fecha 29 de abril de 1989, trece años después de su promulgación el 30 de noviembre de 1976. Los tribunales chilenos negaron sistemáticamente que se encontrara incorporado en el plano interno y fuere aplicable en las instancias judiciales por no haber sido promulgado y publicado, o una vez promulgado, por falta del segundo trámite¹⁶.

Sobre la vigencia en Chile de los tratados internacionales, la enmienda al art. 5° de la Constitución Política con el empleo de los términos "tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes", ha planteado la pregunta acerca de si se trata de la vigencia internacional o interna¹⁷. Según las normas del derecho de los tratados, su vigencia se establece de confor-

¹³ Ver respecto de la práctica chilena y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, DETZNER, J.A., *op. cit.*, pp. 68-70.

¹⁴ Informe Jurídico N° 2, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 1968. *Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores* 1968, pp. 346-348.

¹⁵ Caso Leopoldo Ortega Rodríguez y otro, Corte Suprema, Recurso de Amparo, Rol N° 24.128, 22 de octubre de 1984. *ESTUDIOS 1984*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 410-418. La tesis de la vigencia de ese Decreto Ley aparece contradicha en un informe jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores en 1986. Ver Corte de Apelaciones Recurso de Protección Rol N° 242-86, sentencia confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 21.471, Apelación Recurso de Protección, Ramona de Jesús Alfaro Rojas, 11 de noviembre de 1986, *Fallos del Mes*, N° 336, pp. 796-7.

¹⁶ Rol N° 20.187, Corte Suprema, Recurso de Amparo N°s 701 y 702, Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier, 25 de agosto de 1976, fallo fotocopiado del expediente; Rol N° 24.128, Corte Suprema, Apelación de amparo, Caso Ortega Rodríguez, L. y otro, 22 de octubre de 1984. *ESTUDIOS 1984*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 410-418; Rol N° 242-86, Corte de Apelaciones, Recurso de Protección, sentencia confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 21.471, Apelación de Protección, Ramona de Jesús Alfaro Rojas, 11 de noviembre de 1986, *Fallos del Mes*, N° 336, pp. 796-7.

¹⁷ DÍAZ ALBÓNICO, R., *op. cit.*, p. 206.

midad con los principios generales de la costumbre, las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸ y el acuerdo de las Partes Contratantes que normalmente se refleja en las disposiciones del propio tratado.

La vigencia interna no puede considerarse como un requisito para la vigencia del tratado como fuente de normas internacionalmente obligatorias, a menos que las Partes lo hayan dispuesto de este modo. De esta suerte, la disposición constitucional debe entenderse referida esencialmente a la vigencia internacional del tratado del cual Chile ha adquirido la calidad de Parte. No obstante, debido a la reiterada jurisprudencia administrativa y judicial en el sentido de que la vigencia interna implica la incorporación o recepción mediante los actos de promulgación y publicación, es altamente improbable que la disposición constitucional vaya a ser interpretada como aceptando una incorporación automática de un tratado internacional del cual Chile es Parte, pero que no ha sido promulgado o publicado.

Asimismo, creemos que no podría afirmarse que un tratado puede encontrarse vigente en el plano interno por decisión unilateral, si no ha entrado en vigencia internacional previa o simultáneamente, debido a que como fuente del derecho se rige por normas propias, independientes de las reglas del derecho interno. Otra cosa es que un Estado (Chile) adopte normas internas —leyes o reglamentos— cuyo contenido coincida con las disposiciones de un tratado que no ha entrado en vigencia internacional, pero su validez no deriva del tratado sino que del ordenamiento jurídico interno.

b) *La aplicación directa de los tratados*

La naturaleza de los tratados en cuanto a si pueden ser aplicados directamente en el plano interno, o requieren de su complementación mediante normas que los desarrollen o permitan su aplicación inmediata, también ha generado dificultades. En doctrina este tema se conoce bajo el nombre de las normas autoejecutivas (*self-executing*) o no autoejecutivas (*non-self-executing*).

La plena comprensión de las obligaciones que asume un Estado mediante su participación en un tratado internacional no ha estado exenta de dificultades en nuestra jurisprudencia, confundiéndose a veces la falta de vigencia de las disposiciones de un tratado con su naturaleza no autoejecutiva, vale decir, con la necesidad de cumplir con la dictación de normas complementarias o reglamentarias que permitan su plena ejecución. En 1984, en el caso Leopoldo Ortega Rodríguez y otros¹⁹, sostuvo la Corte Suprema:

“12) Que, finalmente, la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el art. 2, párrafo 2 del propio Pacto en cuestión, el cual dispone: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar

¹⁸ Diario Oficial, 22 de junio de 1981.

¹⁹ Rol N° 24.128, Corte Suprema. Apelación de amparo, Caso Ortega Rodríguez, L. y otro, 22 de octubre de 1984, *ESTUDIOS 1984*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 410-418.

las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

“Este precepto torna, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordes en que sus estipulaciones carecían de las virtualidades de reputarse incorporadas automáticamente a su derecho interno. Por el contrario, previnieron que para ello se requería que cada cual adoptara los procedimientos y formalidades prescritos por su propia legislación nacional al efecto”.

El argumento sustentado en esta decisión produce el resultado de homologar el efecto directo o ejecutivo con el efecto obligatorio de una disposición convencional, o más bien de un tratado en su conjunto, lo cual trae como consecuencia que el tratado carece –erróneamente– de efecto práctico.

c) *Interpretación de los tratados internacionales*

La competencia para interpretar los tratados internacionales o para determinar el contenido y alcance de las normas de derecho internacional vigente en el país y aplicables por los tribunales de justicia. Esta competencia es propia de todo tribunal y así se ha ejercido tradicionalmente, a pesar de una opinión que puede considerarse contraria a esta idea, expresada por la Corte Suprema en 1987²⁰.

²⁰ En un fallo sobre recurso de protección en contra del Ministro de Relaciones Exteriores por interpretación de un tratado sobre reconocimiento de exámenes y títulos profesionales con Ecuador, la Corte Suprema sostuvo en 1987: “5) Que frente al examen de un Acuerdo Internacional como el de especie, no puede olvidarse que, en conformidad a lo establecido en el art. 32 N° 17 de la Constitución Política del Estado, son atribuciones ‘especiales’ del Presidente de la República, entre otras, la de ‘conducir’ las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y que, según el art. 33 de la misma Carta Fundamental, ‘los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Estado’. Por otra parte, debe también tenerse presente que, de acuerdo a lo establecido en el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –la que ha sido ratificada por Chile– ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirle a los términos del Tratado teniendo en cuenta su objeto y fin’;

6) Que, en consecuencia, ha correspondido al señor Ministro de Relaciones Exteriores, en el estudio de la solicitud del médico postulante para ejercer su profesión en Chile, el interpretar las disposiciones del Acuerdo Internacional invocado por aquél, lo que ha debido hacer, el señor Ministro, en conformidad a la citada Convención de Viena y sobre la base de la exposición de motivos del Convenio de que se viene tratando y del articulado pertinente de su texto. Y, por consiguiente también, el Ministro recurrido, al interpretar ese instrumento de Derecho Internacional, y al concluir que su texto no habilita para ejercer en Chile la profesión que el recurrente obtuvo de un tercer Estado diverso a quienes, en consideración a las relaciones mutuas y voluntad de sus respectivos pueblos lo acordaron, ha actuado legalmente, como colaborador del Poder Ejecutivo, en una materia que constitucionalmente es privativa de éste, al quedar ella comprendida dentro de la facultad de ‘conducir’ un aspecto preciso de la administración del Estado, cual es la dirección de las relaciones internacionales ya antes mencionadas”. Rol N° 21.919, GONZÁLEZ MOREAU, O., “Apelación de Protección”, *ESTUDIOS 1987*. Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 221-224.

d) *Tratados solemnes y acuerdos en forma simplificada*

La vigencia en Chile de la distinción entre tratados solemnes y acuerdos en forma simplificada tiene implicancias tanto en materia de procedimiento de aprobación de los tratados internacionales, como respecto de su jerarquía en el ordenamiento jurídico interno. Si bien en esta materia se admite la distinción, reconociendo ámbitos de expresión convencional de la potestad presidencial, los límites a ésta continúan siendo materia de discusión, cuestión que no ha quedado plenamente resuelta en el art. 50, I, de la Constitución de 1980, y que tampoco respondió plenamente el Decreto Ley 247 de 1974.

La doctrina chilena ha seguido la distinción planteada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el sentido de que existen tres situaciones en que válidamente puede acordarse un acuerdo simplificado en nuestro derecho²¹, tesis que no siempre ha sido compartida por la Contraloría General de la República²².

d) *Jerarquía de normas y tratados internacionales*

La jerarquía de las normas del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, y la búsqueda de la compatibilidad entre normas de distinto origen, es una de las materias más discutidas. Sobre ella se han planteado interesantes asuntos tanto de aplicación de la costumbre o de principios de derecho internacional, como de los tratados internacionales.

Los alcances de este fenómeno en relación con la costumbre, fuente del derecho internacional que no aparece mencionada en la Constitución Política, han sido analizados extensamente a partir de las soluciones dadas por los tribunales, no siempre coincidentes²³. Con frecuencia se cita el caso Lauritzen y otros con Fisco, fallado por la Corte Suprema en 1955²⁴ como muestra de la primacía de la costumbre ante normas del derecho interno: "Que aun en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas (es decir, que contemplaran el caso de requisición de barcos extranjeros), los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos, como se verá oportunamente...". También se sostuvo esta tesis en un asunto de extradición activa en 1959²⁵. A pesar de estas afirmaciones, esta línea de argumentación no ha sido siempre sostenida, en parte por considerarse que no existe certeza respecto del contenido o vigencia de tales principios y su validez general, lo cual ha sido debatido en especial en materia de derechos humanos, más que por negar la vigencia en el plano interno de tales principios y normas consuetudinarias consideradas en abstracto.

²¹ Informe Jurídico Ministerio de Relaciones Exteriores, 2-02-1973, citado en LLANOS, H., *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pp. 108-118.

²² Bonnefoy, C., *Manual de Derecho Internacional Público*, Colección de Manuales Jurídicos, N° 9, Escuela de Derecho Universidad de Chile, 1969, pp. 56-58.

²³ BENADAVA, *op. cit.*, pp. 26-33. También, BENADAVA, S. "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LIX, 1962, N°s. 1 y 2, pp. 2-28.

²⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LII, 1955, segunda parte, sección primera, p. 485.

²⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LVI, 1959, segunda parte, sección cuarta, p. 66.

Algunos alcances de este tema, en lo que se refiere a la jerarquía de los tratados ante la Constitución Política, se han manifestado de manera creciente a raíz de la disposición contenida en el art. 5°, inciso 2° respecto de los tratados vigentes en materia de derechos esenciales de la persona humana y su incidencia en algunas decisiones judiciales sobre interpretación y aplicación de dichos tratados. De particular interés resultan algunos casos que se han suscitado por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley de amnistía y otros en los cuales se ha alegado la inaplicabilidad de la ley de amnistía por incompatibilidad con normas internacionales cuya preeminencia sobre el derecho interno sería inderogable²⁶.

3. LOS TRATADOS VIGENTES Y EL ORDEN INTERNO. ASPECTOS DE UN DEBATE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

El tema de la compatibilidad entre normas convencionales vigentes en materia de derechos humanos y la legislación interna han tenido variadas manifestaciones. Entre otros, se ha planteado una serie de casos sobre la compatibilidad de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada en 1990 y la prisión por deudas cuando su incumplimiento está penalizado por la legislación chilena²⁷. En este mismo sentido de presunto conflicto entre normas internacionales e internas, está en curso un proceso en el caso del funcionario internacional Carmelo Soria, asesinado en 1976, en el cual concurren normas de derecho interno (ley de amnistía) y las normas de un tratado internacional (Convención sobre la protección y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos) de la cual Chile era Parte al momento de adoptar esa ley en 1978²⁸.

Antes de la vigencia del art. 5° reformado de la Constitución de 1980, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en 1987 respecto de esta materia, con especial referencia al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en ese entonces aún no publicado en el Diario Oficial. El recurrente, el ex canciller Clodomiro Almeyda, contra quien se pretendía aplicar sanciones políticas y legales en virtud del hoy derogado texto del art. 8°, invocó además la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. En cierto sentido, se trataba de una cuestión de vigencia y aplicación directa de la costumbre internacional o de principios generales del derecho más que de un tratado, siguiendo el enfoque tradicional de la incorporación de los tratados en el derecho chileno, aunque el Pacto hubiera sido ratificado y se hubiera dictado el decreto promulgatorio.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema recaída en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Caso Iván Sergio Insunza Bascuñán, 24 de agosto de 1990, *ESTUDIOS 1990*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 134-154. Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago en los casos Lumi Videla, Rol N° 13.597-94, 26 de septiembre de 1994, fallo fotocopiado del expediente, y Bárbara Uribe Tambley y Edwin Francisco van Jurick Altamirano, Rol N° 38.683-94, 30 de septiembre de 1994. *Boletín*, Comisión Andina de Juristas, 43, 1994, pp. 43-55.

²⁷ Diario Oficial 5 de enero de 1991. Ver análisis en ORREGO VICUÑA, F. y ORREGO BAUZÁ, F. "The implementation of the international law of human rights by the Judiciary: new trends in the light of the Chilean experience", *op. cit.*, pp. 25 - 26; IRIGOIN, J., "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno chileno", en *ibid.*, pp. 38-45.

²⁸ Diario Oficial 29-3-77. Comentario en OVALLE QUIROZ, J., "Interpretación de la ley de amnistía", *El Mercurio*, 27-8-95.

El Tribunal Constitucional afirmó la tesis de la supremacía constitucional, y rechazó los argumentos del recurrente sosteniendo:

“Que, sin embargo, resulta inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la ilegitimidad del art. 8° de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional, resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, ‘sobre la base del derecho nacional correspondiente’ (Principios de Derecho Internacional Público, página 359), esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los arts. 6°, 32 N° 17, 50 N° 1 y 82 N° 2, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales”.

El Tribunal además sostuvo:

“Que la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus arts. 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario”²⁹.

La tesis de la supremacía de la Constitución debido al riesgo de que el procedimiento de adopción de normas internacionales implique una derogación de las reglas que rigen la reforma de la Constitución, particularmente cuando se pretende que esas normas tengan igual rango que las disposiciones constitucionales, ha sido reiterada después de la vigencia de la reforma de 1989³⁰. En esta misma crítica se señala que por la vía de la conclusión de un tratado internacional, cuyas disposiciones fueran incompatibles con normas constitucionales que regulan las materias que sólo pueden ser objeto de una ley, o en cuya aprobación no se respetaran los quórums especiales, se podría configurar un cuadro de violación de las reglas que rigen la competencia de los órganos del Estado y, en consecuencia, podría plantearse un vicio de inconstitucionalidad³¹.

Desde una perspectiva más teórica, y considerando que el inciso 2° del art. 5° dice relación con la limitación al ejercicio de la soberanía, se ha sostenido que no se ha elevado el rango jerárquico de los tratados internacionales, a los cuales no se les ha reconocido como límites de ese poder, sino que a los dere-

²⁹ Rol N° 46, *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992*. Recopilación e índice de Rafael LARRAÍN CRUZ, secretario del Tribunal, Santiago. Edit. Jurídica de Chile. 1993, p. 73.

³⁰ FIAMMA, G. & MOHOR, S., “La jerarquía normativa de los tratados internacionales”, *El Mercurio*, 5-11-1994, D24.

³¹ *Ibid.*, D24 -25. También en un sentido semejante Cuevas, G., “Tratados y Supremacía Constitucional”, *El Mercurio*, 3-11-94, A2.

chos humanos que esos instrumentos contemplan³². En la aplicación práctica de esta posición se observará que habrá que llegar al propio tratado para determinar si garantiza los derechos en cuestión, los cuales difícilmente podrán estar vigentes independientemente de las fuentes que los consagran.

La preeminencia constitucional y la situación del derecho internacional en el orden interno fue considerada en diversas etapas de la discusión del proyecto de Constitución de 1980, observándose diferentes pronunciamientos, tanto desde la perspectiva de los principios fundamentales a los cuales adhiere Chile, como específicamente en materia de tratados internacionales y su relación con la Constitución y las leyes. La superioridad de los tratados frente a la ley, pero su subordinación a la Constitución, fue expuesta por A. Silva Bascuñán en 1974, sosteniendo que:

“...los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales, porque le parece evidente que es preciso mantener la constitucionalidad de los tratados tal como la de la ley”³³.

Posteriormente, en 1978, en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, volvió a tratarse el tema de la jerarquía del tratado en el orden jurídico interno. La tesis de la igualdad entre tratados y leyes fue sustentada en general en dicha Comisión, tomando como base la práctica tradicional del derecho chileno durante la vigencia de la Constitución de 1925³⁴. En este debate se plantearon dos problemas fundamentales que surgen de la tesis antes expuesta.

El primero es relativo a cierta confusión entre la afirmación de que un tratado tiene fuerza de ley para fundamentar su obligatoriedad como fuente jurídica en el plano interno, y la igualdad jerárquica entre ambas fuentes. El segundo problema dice relación con el supuesto de que la fuerza de ley implica la igualdad jerárquica con la ley, lo cual trae como consecuencia la eventual colisión con una ley posterior que contradiga al tratado. A este respecto, se hizo presente que debía incluirse una disposición explícita de que la ley ordinaria posterior no puede derogar o contrariar el contenido de los tratados, a menos que haya una inobservancia de los mismos por las otras Partes. Se sostuvo además que el Tribunal Constitucional debería pronunciarse respecto de la in-

³² FERNÁNDEZ, M.A. “La reforma al art. 5° de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, 16, 1989, 3, p. 819.

³³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 47ª, 20-7-74, p. 14. Del trabajo de esta Comisión surgió la propuesta para incorporar en el art. 1° de la Constitución una frase sobre “Chile adhiere a los principios y normas universalmente aceptados del Derecho Internacional y favorece los organismos mundiales y regionales para la paz y el desarrollo”, en *ibid.*, pp. 33 y s.

³⁴ Las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión 371ª, de 16-5-78, p. 2584, indican que: “En cuanto al valor del tratado, la señora Luz Bulnes destaca que durante la vigencia del sistema establecido en la Constitución de 1925 los tratados se aprobaban con un acuerdo que invariablemente la jurisprudencia estimó que tenía fuerza de ley, y tanto es así que, a su respecto, podía interponerse el recurso de inaplicabilidad”.

compatibilidad de disposiciones legales que pueden vulnerar un tratado³⁵. En la Comisión no prosperó esta iniciativa y más bien se optó por expresar un consenso de que una ley no puede modificar un tratado, pero que otra cosa es su expresión en la Constitución³⁶.

Otro antecedente de interés deriva de lo sostenido a nivel legislativo al estudiarse el proyecto de reforma constitucional en 1989 y en particular el alcance del concepto de "normas legales" que establece el art. 63 de la Constitución Política sobre los quórum para su aprobación. Se señaló que esa expresión "es comprensiva, además de los decretos con fuerza de ley y de los tratados internacionales cuando éstos contengan normas de rango simplemente legal, de quórum calificado o de orgánico constitucional"³⁷. La afirmación no se hizo en todo caso en relación con el nuevo art. 5º, inc. 2º, pero se desprende que los tratados pueden versar sobre materias propias de ley en sus diferentes rangos, siempre que se aprueben por los quórum requeridos.

Antes de la reforma de 1989, en la doctrina de los internacionalistas chilenos, se encuentran también opiniones coincidentes con la tesis de la supremacía constitucional³⁸. Asimismo, en asuntos relativos a la compatibilidad entre el ejercicio del recurso de protección fundado en la Constitución de 1980 y las normas de derecho diplomático y consular cuyo fundamento es consuetudinario y convencional y que establecen una serie de inmunidades, inviolabilidades y privilegios, la Corte Suprema sostuvo la tesis de la preeminencia constitucional en 1988. En la especie, se trataba de dos recursos de protección, uno dirigido en contra del Primer Consejero de la República Federal de Alemania en Chile, y otro en contra del Cónsul de la misma República en Concepción, que podían estar en colisión con las normas previstas en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre Relaciones Consulares de 1963, respectivamente.

Conforme al razonamiento de la Corte Suprema, podía ejercerse un recurso jurisdiccional de carácter constitucional como el de protección, "a fin de obtener el amparo por la privación, perturbación o amenaza de los deberes y garantías constitucionales que quedan comprendidas en el ámbito de dicho recurso" lo cual "no puede quedar sin aplicación respecto de funcionarios diplomáticos, atendido que lo dispuesto en la Carta Fundamental prevalece respecto de prerrogativas establecidas en tratados internacionales que conforman el ordenamiento jurídico regular"³⁹. En voto en contra del fallo pronunciado respecto del recurso de protección contra el Cónsul de la República Federal de Alemania en Concep-

³⁵ Proposición de Jaime Guzmán, quien se mostró partidario de incluir una disposición semejante al art. 55 de la Constitución francesa. en *ibid.*, pp. 2585-6.

³⁶ En *ibid.*, p. 2587

³⁷ Informe de la Primera Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno, 12-6-89, p. 68. En archivos Prof. Paulino Varas, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

³⁸ "Si el tratado está en oposición con una norma constitucional, prevalece indudablemente la Constitución Política. Pero habría que fijar las siguientes posibilidades: a) Si la norma constitucional es posterior al tratado, prevalecerá aquella sin más, dejando sin efecto obligatorio en el plano interno a éste o a la parte de éste afectada; b) Si la regla constitucional es anterior, primará respecto del tratado sólo a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad; y c) La inconstitucionalidad de forma del tratado significaría su no conclusión, su falta de existencia;". VELOSO, A., "Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 1977, p. 273.

³⁹ Caso Hans Ulrich Spohn, Rol N° 12.595, 19 de julio de 1988, *ESTUDIOS 1988*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 188-194.

ción, se sostuvo que debía aplicarse en todo caso el principio de la inmunidad de jurisdicción⁴⁰, tesis que en el hecho prevaleció. Posteriormente, la Corte Suprema dictó una sentencia aclaratoria y rectificatoria señalando que su sentencia anterior:

“en forma alguna afecta la inmunidad de jurisdicción a que se refieren las Convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, como quiera que sólo ha decidido admitir a tramitación un recurso de protección por supuesto agravio a derechos constitucionales, amparados por el art. 20 de la Constitución Política de la República de Chile, recurso que por sí mismo no tiene carácter sancionatorio, sea este penal, civil o administrativo, sin que pueda en razón de la inmunidad aludida disponer medidas compulsivas en contra del Agente Diplomático”. (Sentencia 2 de agosto de 1988)⁴¹

Puede observarse que, en este caso, la inmunidad de jurisdicción a que alude la Corte no corresponde al sentido ordinario generalmente aceptado en derecho internacional, el que no se reduce a la cuestión de ejecutar medidas sancionatorias o compulsivas, sino es más bien una excepción plena a la jurisdicción de los tribunales internos.

4. LA REFORMA DEL ART. 5º, INCISO 2º DE LA CONSTITUCION Y SU APLICACION EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE AMNISTIA

Después de la entrada en vigencia de la reforma al art. 5º, inciso 2º, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse respecto de la jerarquía de los tratados ante la Constitución y las leyes en una serie de casos en que se ha pretendido impugnar la validez o la aplicabilidad de la ley de amnistía, en especial cuando se la ha aplicado respecto de la desaparición forzada de personas o su secuestro.

De un análisis comparativo de los fundamentos expuestos por sentencias escogidas de los tribunales superiores, pueden extraerse las siguientes respuestas dadas a los problemas planteados:

a) *Tesis de la inaplicabilidad de los preceptos legales por inconstitucionalidad*

En materia de procedencia del recurso de inaplicabilidad de la ley de amnistía por inconstitucionalidad, fundado en el art. 80 de la Constitución (respecto de todo precepto legal contrario a ella), la Corte Suprema en el caso Sergio Insunza Bascuñán y otros (Sentencia 24 de octubre de 1990) rechazó tal incompatibilidad. Sin embargo, siguiendo una línea de razonamiento que se aparta de la tesis generalmente sostenida durante la vigencia de la Constitución de 1980, admitió que tal recurso podía interponerse respecto de preceptos legales vigentes con anterioridad a la Carta Fundamental y no sólo cuando se alegara la

⁴⁰ Ministro H. CERECEDA, *Caso Horst Krieglner*, Rol N° 21.419, fallo fotocopia del original.

⁴¹ *ESTUDIOS 1988*, op. cit., pp. 194-195.

inconstitucionalidad de normas de vigencia posterior. También se pronunció la Corte a favor de la idea de que tratándose de la determinación de la compatibilidad entre normas sucesivas, el recurso de inaplicabilidad no era obstáculo para que continuara sosteniéndose la posición tradicional de que correspondía a todo tribunal cualquiera fuera la instancia en que se planteara, pronunciarse sobre la derogación tácita o la supervivencia de una ley contraria a un tratado. La tesis generalmente admitida por el mismo tribunal hasta 1990 era que no correspondía el recurso de inaplicabilidad en caso de que se alegara respecto de normas vigentes con anterioridad a los preceptos constitucionales.

En el asunto específico, la Corte Suprema rechazó la inconstitucionalidad de la ley de amnistía de 1978, entre otras razones por no encontrar fundamento de ella en los tratados internacionales invocados por el recurrente, así como por estimar que dicha ley no era contraria a disposiciones relativas a derechos garantizados a todas las personas. Advirtió la Corte en este caso que “ninguno de los acuerdos internacionales vigentes limita la facultad de amnistiar”. Respecto de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948)⁴², invocada por el recurrente, señaló que: “las disposiciones de dicha Convención no tienen actual aplicación por cuanto no se han establecido en la legislación nacional sanciones específicas para castigar esa figura penal;...”.

En cuanto a los Convenios de Ginebra (1949)⁴³, la Corte Suprema consideró que durante el período comprendido por la ley de amnistía y el régimen jurídico de estado de sitio, no se daban los supuestos exigidos por estos Convenios para su aplicación y que no eran equivalentes los hechos delictuosos investigados a las infracciones a que se refieren dichos instrumentos:

“Ahora, de conformidad a lo que disponen los arts. 2° y 3° que son comunes a los cuatro Convenios promulgados, resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes contratantes, y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un efectivo conflicto o de guerra interna, entre partes contendientes armadas y respecto de las cuales obligaran sus disposiciones (art. 3°)”.

La Corte Suprema también rechazó el fundamento de inconstitucionalidad basado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), por razones de irretroactividad de la ley penal (art. 18 del Código Penal) a situaciones o hechos ocurridos antes de la fecha de su publicación oficial en Chile (29 de abril de 1989). Sobre este punto, cabe formular una reflexión ya que el precepto invocado del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 15), no es una disposición

⁴² *Diario Oficial*, 11 de diciembre de 1953.

⁴³ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II); Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III); Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV). En *Diarios Oficiales*, N°s. 21.929; 21.930; 21.931 y 21.932 de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, respectivamente.

Diario Oficial, 22 de junio de 1981.

convencional que afecta específicamente el principio de la irretroactividad de la ley penal, sino más bien tiene por objeto establecer que: "Nada se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Esto plantea la interrogante acerca de cuáles son esos delitos contrarios al derecho internacional ya vigentes en virtud de la costumbre internacional durante el período cubierto por la ley de amnistía y cuáles serían los alcances penales de su incriminación en el derecho interno.

La vigencia del principio de la irretroactividad de las normas penales encuentra un fundamento en el propio derecho de los tratados, a juicio de la Corte Suprema, específicamente el art. 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la cual Chile se hizo Parte en 1981.

Finalmente la Corte Suprema señaló que la amnistía no vulneraba otros arts. de la Constitución de 1980 y que sus efectos no se extendían a las acciones civiles derivadas de los delitos que comprendía.

En relación con los elementos del caso analizado, es de interés señalar que la referencia a los tratados internacionales en el nuevo art. 5º, 2º puede plantear la pregunta de si acaso procede el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con esos instrumentos y siempre que no hubieren sido sometidos antes al examen del tribunal constitucional. La cuestión fue suscitada al estudiarse en la Junta de Gobierno el alcance de la reforma antes de su adopción, sosteniéndose que sí procedía⁴⁴, lo cual vuelve a plantear la cuestión de la supremacía jerárquica. Igualmente, puede surgir el tema de la procedencia del recurso al Tribunal Constitucional durante la tramitación interna de un tratado y antes de su ratificación.

b) *La interpretación del art. 5º de la Constitución conducente a declarar la incompatibilidad de la ley de amnistía con los tratados sobre derechos humanos vigentes en Chile*

En general, la defensa de tal impugnación ha argumentado que a partir del reconocimiento expreso del rango constitucional a los tratados internacionales, la ley de amnistía es incompatible con:

- Las Convenciones de Ginebra sobre derecho internacional humanitario, de 1949, y los Protocolos Adicionales de 1977⁴⁵, en la medida en que establecen infracciones calificadas de crímenes de guerra aplicables al caso chileno;
- La Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, de 1948⁴⁶;

⁴⁴ En el Informe de la Primera Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno, 12-6-89, se señala que: "cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales", p. 75.

⁴⁵ Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (I) y Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (II), Diario Oficial N° 34.102, 28 de octubre de 1991.

⁴⁶ Supra nota 41.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966⁴⁷;
- La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de las Naciones Unidas (1984)⁴⁸;
- Convención interamericana para prevenir o sancionar la tortura (1987)⁴⁹;
- La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969⁵⁰.

Dos sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago en 1994⁵¹ descartaron la aplicación de la ley de amnistía en asuntos de secuestro y asociación ilícita, y en consecuencia que concurrieran las causales para la determinación del sobreseimiento definitivo que regula el art. 413 del C° de Procedimiento Penal⁵².

En ambas sentencias, se expresa:

“Que, esta Corte se encuentra vinculada por la Constitución Política de la República y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo sustraerse de tal obligación constitucional establecida en las Bases de la Institucionalidad, art. 5°, inciso 2° de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes, como asimismo, exponer la seguridad y el honor del Estado de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de Derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la Carta Fundamental y de la Nación Chilena” (Párrafo Decimoctavo, Sentencia Rol N° 13.597-94 y Párrafo Decimoquinto, Sentencia Rol N° 38.683-94).

Esta afirmación de principios se desarrolla sobre la base de argumentos dirigidos a demostrar, entre otras proposiciones, que:

- i) La amnistía como causal de extinción de la responsabilidad penal y que afecta al propio hecho punible, se encuentra prohibida expresa o implícitamente por convenios internacionales de los cuales Chile es Parte;
- ii) El país está vinculado por obligaciones fundamentales establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 1, párrafo 1° señala que:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

⁴⁷ *Diario Oficial* 29 de abril de 1989.

⁴⁸ *Diario Oficial* 26 de noviembre de 1988.

⁴⁹ *Diario Oficial* 26 de noviembre de 1988.

⁵⁰ *Diario Oficial* 5 de enero de 1991.

⁵¹ *Supra* nota 25.

⁵² En el caso *Lumi Videla Rol N° 13.597-94*, la Corte de Apelaciones revocó la resolución del tribunal a quo que aplicaba la ley de amnistía. En el caso *Uribe Trambly y Van Jurick Altamirano Rol N° 38.683-94*, la Corte de Apelaciones confirmó la resolución del tribunal a quo y por lo tanto la inculpación del procesado en cuyo favor se interpuso el recurso de apelación. En ambos casos la persona inculpada era Osvaldo Romo Mena.

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”.

Junto con afirmar la autoejecutividad de un conjunto de normas de la Convención, las sentencias de 1994 hacen aplicable esta disposición a la obligación del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos y de castigar a los responsables, lo cual sería impedido de sostenerse la validez de una ley de amnistía, incompatible con tal obligación convencional y de rango inferior a la Convención que le sirve de fundamento.

La vigencia de obligaciones fundamentales también deriva de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984), que define como obligación del Estado que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a la legislación penal. En este sentido, deben adoptar normas para establecer su jurisdicción penal e investigar las denuncias correspondientes.

- iii) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) sólo admite la amnistía para favorecer a quienes fueren condenados a pena de muerte (art. 6º, 4)⁵³, por lo que debe entenderse prohibida en otros casos;
- iv) Los Convenios de Ginebra (1949) sobre derecho internacional humanitario, en virtud de su art. 3º común aplicable a conflictos armados sin carácter internacional, establecen la obligación del Estado de aplicar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o las personas que hayan quedado fuera de combate por diversas razones, un trato humanitario, quedando prohibidos en todo tiempo y lugar los atentados a la integridad corporal, las mutilaciones, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, las torturas y suplicios y los atentados a la vida.

Las sentencias de 1994 profundizan en el sentido de la responsabilidad que deriva para los Estados Partes en virtud de estos Convenios de 1949 e invocan el art. 147 del IV sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, por el cual:

“las infracciones graves a las que se refiere el art. anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción de bienes y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario”.

⁵³ “Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos”.

A juicio del tribunal, este principio se refuerza en el Protocolo II, relativo a los conflictos armados sin carácter internacional. (Párrafos Noveno, caso Rol N° 38.683-94 y Duodécimo, caso Rol N° 13.597-94).

El mismo IV Convenio de Ginebra antes citado establece en su artículo 148 que:

“Ninguna Alta Parte contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”.

De esta disposición se deduciría –a juicio de la Corte de Apelaciones– que la adopción de una ley de amnistía aplicable a hechos punibles que califican como las infracciones graves referidas en dicho art., así como su aplicación por los tribunales internos de un Estado, violarían la disposición citada e implicarían una causal no admitida de exoneración de responsabilidad.

Las sentencias de 1994 abren posibilidades inéditas a la aplicación directa del derecho internacional por los tribunales nacionales, y la riqueza de sus argumentos merecen ser examinadas atentamente por los analistas tanto desde la perspectiva del derecho constitucional como internacional. En ambos casos se plantea un análisis sistemático del derecho internacional como fuente directamente aplicable en virtud de la propia Constitución Política. No obstante, merecen algunas observaciones que dicen relación con el sentido de las disposiciones normativas invocadas, así como con reglas generales del derecho de los tratados:

- Se omite un examen acerca de la vigencia *ratione temporis* de las convenciones invocadas, lo cual resulta tener un efecto sustancial para determinar su aplicación a hechos y situaciones, tanto en las relaciones entre Estados, como entre Estados y personas. El efecto retroactivo de un tratado internacional no constituye la regla generalmente admitida, y este es un punto difícil de soslayar en algunos de los tratados citados por los fallos. Este obstáculo puede obviarse, en todo caso, si se admite que el contenido de las disposiciones convencionales había adquirido valor consuetudinario durante el período examinado. Este argumento tiene el inconveniente de que –a juicio de las doctrinas jurídicas predominantes en el país– no cabe estrictamente dentro del texto del art. 5°. 2° de la Constitución.
- En materia de derecho internacional humanitario, las sentencias plantean una cierta asimilación entre infracciones e infracciones graves, responsabilidad de los Estados y responsabilidades personales (penales) imputables a individuos. Los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977 establecen un régimen de incriminación por infracciones e infracciones graves, no siendo aplicables estas últimas a las situaciones de conflictos armados no internacionales en virtud de una interpretación estricta del Protocolo II⁵⁴. De esta suerte, el Protocolo II de 1977 no constituye un fuente de derecho internacional de incriminación individual por concepto de infrac-

⁵⁴ David, E., *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 553-4.

ciones graves, sí lo es el Protocolo I aplicable a conflictos de carácter internacional. Por otra parte, la regla que se ha citado sobre la exclusión de que un Estado se exonere a sí mismo de responsabilidad por infracciones graves, no figura en el Protocolo II y su alcance está más bien relacionado con la responsabilidad internacional del Estado, la cual puede ser afectada por normas de su derecho interno, pero los procedimientos para hacerla efectiva son diferentes.

- En el mismo ámbito del derecho internacional humanitario se ha planteado por las sentencias que su consecuencia lógica es la prohibición de la amnistía. El tema está siendo ampliamente debatido a nivel doctrinario, en experiencias codificadoras en curso, en diversas instancias internacionales⁵⁵ y en instancias internacionales especializadas⁵⁶. Por ejemplo, la resolución 47/133 de la Asamblea General sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992 establece la prohibición de la amnistía a autores o presuntos autores de esos actos. Por otra parte, opiniones fundadas sostienen que si un crimen de guerra o de lesa humanidad es imprescriptible, con igual o mayor razón no deberá ser amnistiable⁵⁷. En el derecho internacional se adoptó en 1968 la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de la cual el país no es Parte; su texto fue enviado a aprobación del Congreso chileno en julio de 1994. Esta Convención no ha recibido un número considerable de ratificaciones, entre otras consideraciones por su efecto retroactivo.

La amnistía frente el derecho internacional ha sido objeto de críticas y objeciones en instancias no jurisdiccionales de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y no resulta extraño, en consecuencia, que se plantee su validez ante los tribunales internos, desde la perspectiva de su compatibilidad con la Constitución vigente. Debe señalarse, asimismo, que en la actualidad existe una tendencia a propiciar la extensión del concepto de infracciones graves al derecho internacional humanitario a los conflictos armados sin alcance internacional a través de la legislación interna de los Estados. Igualmente, por el desarrollo de convenciones relativas a la protección de la persona humana y de normas penales internacionales con el mismo propósito, infracciones originalmente definidas como tales por su ocurrencia en situaciones de conflictos armados, son también objeto de criminalización en tiempos de paz, y sin que se exija la vigencia de connotaciones internacionales. También puede producirse el fenómeno de concurrencia de tipos en virtud de la diversidad de fuentes que operan respecto de una misma situación. Estos antecedentes permiten clarificar en cierta medida el

⁵⁵ "Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad" que plantea el problema de la imprescriptibilidad o de la prescripción de largo plazo. *Informe* de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46° período de sesiones. 2 de mayo a 22 de julio de 1994. Asamblea General. Documentos Oficiales Cuadragésimo noveno período de sesiones. Suplemento N° 10 (A/49/10).

⁵⁶ Conferencia Internacional para la protección de las víctimas de la guerra, Ginebra, 30 de agosto-1 de septiembre de 1993, Declaración Final de la Conferencia, separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre-octubre 1993.

⁵⁷ DAVID, E., *op. cit.*, p. 655.

debate nacional y comprender los aspectos legales actuales y de *lege ferenda* involucrados en éste.

Respecto de los argumentos expuestos en los casos estudiados, la Corte Suprema, acogiendo recursos de queja interpuestos contra las sentencias de apelaciones en los casos Rol N° 38.683-94 (Uribe Trambly-Van Jurick Altamirano) y Rol N° 13.597-94 (Lumi Videla) se pronunció en sentido contrario a los principales argumentos de dicha decisión⁵⁸. En ambos, la Corte Suprema consideró inaplicable a la situación referida en las sentencias de apelaciones —guerra o conflicto armado interno— las normas convencionales del derecho internacional humanitario, incluyendo el Protocolo II de 1979, fundamentalmente por no darse los supuestos bélicos allí contemplados.

Entre otras razones, al acoger los recursos de queja la Corte Suprema señala que del derecho internacional humanitario no se deriva la prohibición de la amnistía. A mayor abundamiento hace referencia a la disposición contenida en su art. 6, párrafo 5, del Protocolo II según el cual:

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

La referencia a esta disposición merece la observación de que el sentido del art. no es favorecer la amnistía por hechos susceptibles de calificar como violaciones al derecho internacional humanitario, sino que por los hechos vinculados al conflicto propiamente tal, como el recurso a las armas, la rebelión, entre otros que tienen en general carácter de delitos políticos o conexos con delitos políticos.

Esta sentencia de la Corte Suprema también critica las conclusiones del tribunal de apelaciones en el sentido de la prohibición de amnistiar que se derivaría de los convenios de los cuales Chile es Parte, así como la aplicación retroactiva del efecto de algunos de los tratados invocados para sucesos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la reforma al art. 5° de la Constitución Política.

En términos generales, esta sentencia no se pronuncia explícitamente respecto de los alcances del art. 5°, inc. 2° en materia de jerarquía de los tratados que identifica.

5. CONCLUSIONES GENERALES

El examen de algunos aspectos seleccionados de la situación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, especialmente a partir de la reforma de la Constitución Política en 1989 que incorporó la referencia a los “tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” que garantizan derechos esenciales, muestra la variedad de materias y casos que pueden plantearse ante el desarrollo constante del derecho internacional por la vía convencional.

⁵⁸ Corte Suprema, Rol N° 5.566 de 26 de octubre de 1995 y Rol N° 5.476-94 de 30 de enero de 1996. Fallos fotocopiados del original.

Este análisis debe considerar simultáneamente las enseñanzas de las disciplinas del derecho constitucional y del derecho internacional con el fin de integrar en enfoques armónicos, el contenido de normas de diferente origen, de precisar sus ámbitos de vigencia material, temporal y personal, así como de compatibilizarlas en su vigencia práctica.

De este estudio preliminar, en especial del análisis de los fallos en los cuales el nuevo art. 5°, inc. 2° ha jugado un rol esencial, se desprende que los alcances de la relación entre tratados internacionales y la Constitución Política requiere, como cuestión previa, la determinación del contenido de las normas y principios establecidos en los tratados a que se aplica la disposición constitucional, tarea que no puede realizarse sin consideración a los antecedentes de cada caso concreto.

Por otra parte, este mismo estudio permite apreciar que las afirmaciones de algunos fallos de los tribunales en el sentido de que los principios del derecho internacional (o la costumbre) prevalecen sobre las normas internas, deben ser evaluados atentamente y no considerarse como expresiones de una apertura definitiva a la tesis de la incorporación automática y directa de todo el derecho internacional en el ámbito interno, resolviendo plenamente su relación con normas de rango constitucional.

El análisis de los fallos más recientes, en que el derecho interno aparece criticado o impugnado desde la perspectiva del derecho convencional, así como de los antecedentes de que se dispone respecto de la historia de las disposiciones constitucionales en materia de derecho internacional y de la propia reforma de 1989, indica que esas afirmaciones no han afectado los enfoques predominantes sobre la supremacía constitucional en general. Sin embargo, éstos podrán enfrentarse a situaciones concretas en las cuales el fundamento y propósito de la disposición constitucional incorporada en el art. 5°, inc. 2°, deberá entenderse como una excepción a la tesis dominante y reconocerse un sentido jurídico útil a la referencia a los tratados vigentes.

Durante esta primera etapa de aplicación de las normas, las sentencias analizadas no se pronuncian de manera específica sobre el sentido y alcance general de esa disposición, sino que más bien resuelven los casos planteados sobre la base de sus méritos según los evalúa el tribunal correspondiente, sin extenderse acerca de los fundamentos teóricos de dicho artículo.

Tratándose de una disposición, la del art. 5°, inc. 2° que vincula el ordenamiento jurídico nacional con el internacional, cabría esperar el desarrollo de un enfoque más armónico entre ambos, de manera que no se considere el derecho internacional exclusivamente como una fuente de limitación de la soberanía del Estado, sino también como una derivación de ella, puesto que también ese derecho ha sido creado con la participación o aquiescencia de nuestro país.