

DERECHO INTERNACIONAL  
Y DERECHO DE LOS ESTADOS.  
INCORPORACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Eugenio Alberto Gaete González*  
Profesor de Derecho Internacional Público,  
Universidad de Valparaíso

PREFACIO

Toda la problemática planteada en los últimos tiempos en torno a la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos en el derecho formal interno de los Estados, y que tan recurrida ha sido particularmente a partir del segundo lustro de los años ochenta, en última instancia no es sino un reflejo de la realidad existente en torno a la incorporación —siempre reticente— de las normas propias del derecho interestatal a la realidad normativa interna de las naciones.

Con algunas características propias, los denominados derechos humanos tienden, en efecto, a incorporarse con mayor fluidez al derecho estatal, que otras fuentes propias del Derecho Internacional, como podrán serlo las normas convencionales generales o las de derecho consuetudinario, incluso las de *jus cogens* o imperativas no tan sólo en el plano interestatal, sino particularmente a los ordenamientos jurídicos constitucionales, los cuales no tienen otra alternativa que transformarlas en propias y hacerlas regir dentro del plano territorial de cada Estado.

Desde un punto de vista general y evolutivo, puede señalarse como característica específica de la temática en estudio la reticencia y celo con que los Estados ven la influencia que cada día con mayor fuerza ejerce la realidad internacional, por una parte, y el Derecho Internacional, por otra, en el plano intranacional, esto es, tanto sobre la realidad interna —por ejemplo, a través de la cada vez mayor interdependencia entre las naciones y no sólo desde un punto de vista económico, sino igualmente a través de realidades políticas, sociales y culturales mundiales, de las cuales, tal vez, su primera expresión ha estado constituida por el fenómeno de las religiones, y que luego, a través del devenir, ha pasado a otros planos— como sobre el propio derecho interno, el cual, siendo en muchas oportunidades contradictorio con la norma internacional, entra en conflicto con éste, conflicto que más tarde o más temprano habrá de ser resuelto en favor de la norma interestatal, en virtud precisamente de su carácter general, esto es, de su mayor aplicación en el ámbito espacial.

Las poco pacíficas relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos constituye la base de este estudio, para luego particularizarlo en su aplicación específica a los derechos humanos. El examen de este fenómeno será efectuado desde el punto de vista del Derecho Internacional y no desde el ángulo interno de uno u otro Estado, y ello en razón de que las normas de general aplicación en este ámbito han sido desarrolladas por ese derecho y no por éstos. Con todo, para

efectos prácticos de aplicación normativa, nos referiremos en especial en materia de derechos humanos a ciertos aspectos que dicen relación con la legislación vigente chilena.

#### I. GENERALIDADES

Desde un punto de vista evolutivo, el Derecho Internacional ha experimentado un extraordinario desarrollo a partir del término de la Segunda Guerra Mundial en adelante o, para ser más precisos, desde el momento de la creación de Naciones Unidas, por el pacto o carta de San Francisco, firmada el 26 de junio de 1945 por 51 Estados. Este desarrollo se aprecia especialmente en la proliferación de órganos internacionales y sus numerosos organismos descentralizados, en el vasto plano de tratados y convenios multilaterales destinados a regir a grandes agrupaciones de Estados, y finalmente en la evolución que ha tenido lugar, particularmente a partir de 1948 en adelante, en materia de acuerdos y tratados denominados de "derechos humanos y de libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"<sup>1</sup>.

Tal desarrollo ha implicado una interdependencia de los Estados que es cada vez más acentuada y que hoy se torna imprescindible, dada la realidad internacional. Ello le otorga cada vez más un sentido coactivo al derecho interestatal, el cual a través de diversas medidas trae consigo su cumplimiento forzado<sup>2</sup>.

De esa forma —coactiva— esta rama del derecho se impone hoy cada vez más por sobre los ordenamientos jurídicos internos, prevaleciendo en muchas ocasiones por sobre ellos e, incluso, debiendo éstos derogar aquellas disposiciones contrarias a él. Es lo que ocurre con las denominadas normas imperativas de Derecho Internacional generalmente conocidas como de *jus cogens*, esto es, aquellas "aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter"<sup>3</sup>.

El desarrollo de la obligatoriedad del Derecho Internacional es un tema del siglo XX y que trae como contrapartida el debilitamiento del sentido *soberano* de los Estados, pasando desde un concepto absolutista (siglos XVII y XVIII) a uno de soberanía relativa (fines del siglo XVIII a principios del siglo XX), para llegar finalmente a establecer un modelo diferente: el principio de la independencia de los Estados, según el cual éstos no ejercen soberanía, sino *competencias*, entendiéndose por tales las que "posee el Estado respecto a las personas que habitan en su territorio, las cosas que en él se encuentran y los hechos que en el mismo ocurren"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Carta de Naciones Unidas, artículo 1º numeral 3.

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, capítulos VI y VII de la Carta de Naciones Unidas (artículos 33 a 51), Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro de 2 de septiembre de 1947, Tratado Interamericano de Solución Pacífica de Controversias (Pacto de Bogotá de 1948), Tratado de La Haya de 1899 y 1907, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 36), Tratado del Atlántico Norte (OTAN, 4 de abril de 1949).

<sup>3</sup> Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, artículo 53.

<sup>4</sup> ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público* (3ª Edición), 1966. Editorial Ariel. Barcelona, p. 224.

De esta manera, mientras el Estado se debilita, se fortalece el internacionalismo, particularmente las relaciones internacionales y el Derecho Internacional.

En las postrimerías del siglo XX, que nos ha tocado en suerte vivir —y cómo no, si asistimos a los más grandes cambios de la humanidad en toda su evolución!—, el carácter coactivo del internacionalismo es cada vez más fuerte y es posible probarlo en una serie de actos: en el plano de las fuentes del Derecho, cada vez poseen más fuerza compulsiva no solamente los tratados entre las partes, sino de igual modo los multilaterales —incluso en este caso respecto de naciones que ni siquiera son partes: OTAN, Carta de NU, etc.—, los Principios Generales del Derecho observados comúnmente, como los de *jus cogens*, los arreglos en materia de solución de controversias, el sometimiento a los tribunales internacionales y, por último, con el surgimiento del concepto de supranacionalidad, según el cual los actos realizados en ejercicio de ella, pasan a ser obligatorios para todos los Estados signatarios del pacto original independientemente de su voluntad<sup>5</sup>. Esto último se prueba igualmente por la existencia de la legislación internacional o normativa propia de los órganos internacionales y que obliga a las naciones.

Por último, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, y más específicamente a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, las libertades fundamentales y garantías individuales han comenzado a crear un nuevo concepto de derecho en el plano internacional, cual es precisamente el *Derecho Internacional Humanitario*, el que, partiendo de sus fuentes primarias externas, se encuentra en plena etapa de ingreso hacia el derecho interno de los países de tal forma, que en la actualidad ya se puede hablar de garantías concretas que el primero es capaz de brindar a los seres humanos habitantes de los Estados y cuya violación acarrea —cada vez más— serias sanciones internacionales<sup>6</sup>.

## II. EL ASPECTO EVOLUTIVO DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE LOS ESTADOS

El problema de las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho de los Estados en estricto rigor comienza mucho antes del auge de las dos grandes corrientes que durante la primera mitad del siglo XX dividieron a la doctrina de los autores europeos, por lo que, en efecto, resulta pertinente sostener que la búsqueda de soluciones no es sólo un problema del siglo actual. Así, la *doctrina*

<sup>5</sup> El ejemplo más patente de supranacionalidad está constituido por el Tratado de Roma que dio origen a la Comunidad Económica Europea (1957) y posteriormente por el Tratado de Maastricht (1989) que la transformó en Unión Europea, según los cuales los acuerdos de la Comunidad (Unión) son obligatorios, independientemente de la voluntad de los Estados miembros, lo que da origen a la llamada legislación primaria y secundaria.

<sup>6</sup> En las modernas tendencias del Derecho Internacional se considera al individuo como un sujeto —aun materia de ciertas restricciones— de esta rama del Derecho, en conjunto con los Estados y los órganos internacionales. Sin pretender extenderme ni polemizar al respecto, cabe tener presente el Derecho Internacional Humanitario, compulsivo y sancionador, la supranacionalidad, con un concepto democrático del ejercicio del poder (V. Gt., facilitando la comparecencia directa de los particulares en juicio internacional, cuestión que las normas clásicas no permiten. *Vid.* comparecencia ante Tribunal Europeo de Justicia y ante Corte Internacional de Justicia (así, artículo 33 de la TCECA y artículo 34 del Estat. Corte Int. de Justicia). *Vid.* Verdross, ob. cit., p. 199.

de la incorporación automática, que tuvo su origen en Inglaterra, en el caso *Barbuit's*, que data de 1735 y en el cual el Lord Canciller Talbot afirmó que "el derecho de gentes en toda su extensión es y forma parte del derecho de Inglaterra"<sup>7</sup>, se incorporó al *Common law* y desde aquella época forma parte del *law of the land*<sup>8</sup>. Posteriormente esta doctrina ha ejercido gran influencia en muchos Estados, especialmente aquellos herederos del imperio británico.

No obstante, con el auge de las Constituciones escritas —a partir de la norteamericana de 1787— y en virtud de las normas establecidas por tratados que son receptadas por los Estados, el conflicto se traslada desde el plano consuetudinario al convencional, e internamente por tratarse de países de derecho escrito, el aspecto de la recepción del derecho extraterritorial debe ser resuelto a la luz de las normas constitucionales o legales existentes.

Así nos encontramos frente a soluciones que pasarán a ser dadas por el Derecho Internacional y otras propias del derecho interno.

Cronológicamente, la más antigua es la *dualista* o *pluralista* que, enunciada a fines del siglo XIX por *Triepel* —*Völkerrecht und Landesrecht* (1899)— y luego complementada por *Anzilotti* —*Il diritto internazionale nei giudicci interni* (1905)— plantean la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos, absolutamente separados el uno del otro, que poseen no solamente fundamentos de validez, sino también destinatarios y tribunales diferentes. Así las normas internacionales tienen sus propias fuentes, diferentes a las del derecho de los Estados, sin perjuicio de que, además, los sujetos a los cuales ellas se dirigen son diferentes: en el uno, a los Estados; en el otro, a los individuos, únicos receptores y destinatarios del derecho interno. Sus tribunales son diferentes, pues en el primer caso éstos se constituyen luego de creado el conflicto y funcionan mientras éste exista; en el segundo caso, los entes juzgadores existen con antelación y funcionan ordinariamente.

De ello extraen los creadores que existen en la práctica dos sistemas jurídicos distintos, que funcionan en dos planos diferentes: externo e interno de los Estados. Por ello, ambos no pueden jamás entrar en conflicto, pues existen como dos líneas paralelas que jamás llegarán a tocarse.

Formulada la doctrina en pleno auge del concepto de soberanía, lleva a *Triepel* a señalar que frente al derecho interno, si existe otra fuente diferente a éste, "puesto que no existe un Estado mundial por encima de los Estados soberanos, no puede ser una fuente jurídica estatal y, por ello, tal fuente diferirá del derecho interno en la naturaleza de las relaciones reguladas, ya que si ambos derivan de "fuentes distintas han de tener un contenido diferente"... "Derecho Internacional y derecho interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diferentes. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca"<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> BENADAVA, Santiago. "Las relaciones entre Derecho Internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos". En: *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 10.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, *West Rand Mining Co. v. the King* (1905): "Todo aquello que ha recibido el consentimiento común de las naciones civilizadas debe haber recibido el asentimiento de nuestro país, y aquello a que hemos asentido con otras naciones en general puede ser llamado propiamente Derecho Internacional, y, como tal, será reconocido y aplicado por nuestros tribunales cuando a dichos tribunales se les presente la ocasión legítima de decidir cuestiones en que sean relevantes las doctrinas de Derecho Internacional". En: BENADAVA, ob. cit., p. 11, nota 3.

<sup>9</sup> Al respecto, GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. "Monismo y dualismo. Constataciones y críticas" (1977). *Revista Universidad de Concepción*, p. 239. LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y*

La enunciación de esta teoría produjo su adopción en diferentes Constituciones del mundo, las que se vieron influidas por este pensamiento, de forma que ellas, cuidando la soberanía del Estado respectivo, establecieron para la vigencia de la norma internacional dentro del derecho del Estado su recepción, reproduciéndola dentro del orden jurídico interno. Nace así la denominada *re- cepción o recepción con reenvío*. Se trata de cambiar el destinatario de la norma, el cual en el segundo caso ya no será el Estado, sino los ciudadanos del mismo, por haberse transformado la disposición imperativa en una de orden interno. En otras palabras, el acuerdo internacional deberá transformarse en ley interna.

Pero, además, sostuvieron los dualistas, no puede sostenerse la existencia de contradicciones entre tratado y ley interna, pues en el plano de las naciones la adopción de una disposición no tiene por qué compadecerse con la norma internacional, y así podrá aceptar o derogar esta última, manteniendo, en todo, ambas su vigencia en los diferentes planos en que coexisten.

Naturalmente esto último será sin perjuicio de la responsabilidad internacional que al Estado pueda corresponder por la inobservancia en el plano interno de la norma internacional.

Sin pretender abrir una polémica al respecto, sólo cabe señalar que en la actualidad, atendido el desarrollo del Derecho Internacional, esta posición dualista parece insostenible, aun cuando en muchas ocasiones ella informa ampliamente determinadas Constituciones de los Estados, entre otras, la chilena de 1925 y la posterior de 1980.

En ocasiones esta posición ha sido admitida con preeminencia del Derecho Internacional, en otras con prioridad del derecho del Estado<sup>10</sup>, de tal forma que un sistema jurídico puede excluir al otro en su aplicación dentro del Estado.

A esta teoría le es opuesta posteriormente —a partir de 1914— la doctrina unitaria expuesta especialmente por el jurista vienés Hans Kelsen, y que recibe el nombre de *Monismo* jurídico. Hubo originalmente dos vertientes de la misma, y aun cuando la primera, con primacía del derecho interno, es sólo un seudomonismo, por cuanto en caso de conflicto prima siempre el derecho de los Estados, con lo cual la aplicación se transforma en dualista<sup>11</sup>, ha sido la segunda la que en la actualidad ha terminado aplicándose en las modernas Constituciones especialmente europeas. Aun cuando la posición original de Kelsen de *monismo radical* hoy se encuentra reemplazada por la idea verdrossiana de un *monismo moderado* o *estructurado*, con lo cual se logra un mejor equilibrio dentro de la unidad del sistema<sup>12-13</sup>.

---

*Práctica del Derecho Internacional Público*. Tomo I (1977), Editorial Jurídica de Chile, pp. 395 y ss. VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Sexta edición (1976), Editorial Aguilar, Madrid, p. 95.

<sup>10</sup> Así, V. Gt. Corte Suprema, 1932. Gaceta de los Tribunales, segundo semestre, p. 186, cit. por Santiago BENADAVA, ob. cit., p. 12, nota 5.

<sup>11</sup> LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 398.

<sup>12</sup> VERDROSS, Alfred. Ob. cit., pp. 96-97.

<sup>13</sup> Para KELSEN, en principio, toda norma estatal contraria al Derecho Internacional es nula. En *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) el maestro vienés ha señalado que "si se considera al Estado como obligado por D.I. a llevar a cabo un acto de contenido determinado y no lleva a cabo éste, sino otro de contenido opuesto o se abstiene de llevarlo a cabo, este acto o esta abstención son jurídicamente nulos, inexistentes sin más..." (cit. por Verdross, ob. cit, p. 96, nota 6). Para VERDROSS, en cambio, siempre existe la posibilidad de

De acuerdo a la concepción monista, las normas del D.I. son *automáticamente aplicables* al ordenamiento legal interno de cada Estado, sin que —como ocurre en el dualismo— ellas deban transformarse en normas internas, sin perjuicio que en determinadas Constituciones se requiera de un procedimiento de implementación, por el cual se ejecuta algún acto interno para la aplicación de la norma internacional (por ejemplo, la publicación del tratado).

En ese sentido, para regular la aplicación del DIP en la puesta en práctica interna de los Estados, han surgido *diversos sistemas* para su ejecución. Generalmente dichos sistemas están sujetos al arbitrio de los Estados y establecidos en sus Cartas Magnas, las cuales, además, determinan la *jerarquía* dada a las normas internacionales por ellas.

### III. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LAS CONSTITUCIONES ESTATALES. SISTEMAS. JERARQUÍA

El Derecho Internacional acepta que sean los Estados quienes fijen reglas destinadas a permitir su introducción en ellos, y así se han establecido diversos sistemas tendientes a aplicarlo por parte de los órganos pertinentes de los Estados, particularmente a partir de la Primera Guerra Mundial en adelante. Sin embargo, como señala Miaja de la Muela<sup>14</sup> “el fenómeno ofrece raíces más remotas que las que a primera vista muestra la creencia en la paz por medio del Derecho, propia de los años que inmediatamente siguieron a la Primera Guerra Mundial, etapa a la que corresponden las primeras Constituciones, que proclamaron rotundamente la sujeción de los respectivos Estados al Derecho Internacional”.

En efecto, como se ha dicho, ya en Inglaterra se consideraba desde la famosa sentencia del caso *Barbuit's* de 1735<sup>15</sup>, que el derecho romano era común a los países continentales, inspirándose, en cambio, el *Common law* en principios diferentes. Al contenido de aquél —*ratio scriptae*— se agregó el derecho de gentes, inspirado también en la razón, lo que llevó a entenderlo incorporado al *Common law*.

De tal normativa, pasa el D.I. a la Constitución norteamericana de 1787<sup>16</sup> y de allí a las europeas, de las cuales la primera en adoptarlo es la de *Weimar* de 1919<sup>17</sup>.

---

conflicto entre el D.I. y el Derecho de los Estados, pero ellos son solucionables en virtud de la unidad del sistema jurídico, sobre la base de la primacía del Derecho Internacional (en ob. cit., p. 97). En efecto, *ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional invocando su derecho interno*. De ahí que los órganos internacionales competentes puedan imponer al Estado que promulgó una ley opuesta al D.I. que proceda a su derogación o, por lo menos, a su no aplicación. (Cita al respecto el caso Groenlandia del T.P.J.I. en el que se declaró inválido un acto de Estado contrario al D.I.).

<sup>14</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público* (1970), Madrid, p. 234.

<sup>15</sup> Véase nota 7.

<sup>16</sup> Artículo VI, cláusula 2ª, Constitución Política de los Estados Unidos: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en su cumplimiento, y todos los tratados estipulados o que se estipulen bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país. y los jueces de cada uno de los Estados están sujetos a ellos, siendo nulas las leyes de cada uno de los Estados o su Constitución que sean contrarios a ellos”.

<sup>17</sup> Artículo 4º Constitución de Weimar de 1919: “Las reglas universalmente reconocidas del Derecho Internacional valen como parte integrante del Derecho alemán”.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial han sido diversos los sistemas adoptados por las Constituciones:

1. *Sistema de ejecución interna general de las normas internacionales.* En tal caso la Constitución del Estado establecerá un sistema según el cual los Tribunales podrán directamente aplicar el D.I. común, sin necesidad de esperar la adopción por parte del Estado de una ley destinada a hacerlo regir. De esta forma, Constituciones como la austríaca de 1945, la italiana de 1948, la alemana de 1949, la peruana de 1979, consignan todas una cláusula general de sujeción al Derecho Internacional, según las que se entiende que el D.I. forma parte del derecho nacional<sup>18</sup>.

Este sistema no se aplica en Chile por disposición expresa, no obstante lo cual "los tribunales no han dudado en aplicar el Derecho Internacional consuetudinario cuando se les ha presentado la ocasión para ello"<sup>19</sup>.

2. *Sistema del Reenvío.* Tiene lugar cuando uno de los ordenamientos jurídicos establece la aplicación del otro ordenamiento, y así se darán dos tipos de reenvío: a) Reenvío del derecho interno al D.I.; b) Reenvío del D.I. al derecho interno.

a) En el primer caso, será el propio derecho del Estado el que establezca que, en un caso dado, se aplicará la normativa internacional, como será, verbi-gracia, el caso de la *extradición*, según la cual, ésta "es acordada en los tratados internacionales para reglamentar legalmente la entrega de las personas que, huyendo de las autoridades de un país en el que han cometido algún delito, buscan refugio en otro país que le presta asilo"<sup>20</sup>.

Es el sistema general consagrado en Chile, tanto por la anterior Constitución de 1925 como por la actual de 1980.

b) En este segundo caso, será el D.I. quien haga referencias al derecho interno de los Estados. Un ejemplo de tal situación tendrá lugar en el derecho que asiste a los Estados para determinar los órganos y el procedimiento para concluir tratados, lo relativo a nacionalidades de sus súbditos, etc.

<sup>18</sup> Constitución austríaca 1945, artículo 9: "Las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional tendrán validez, como parte integrante del ordenamiento federal".

Constitución italiana de 1947, artículo 10: "El orden jurídico italiano se conforma a las reglas de Derecho Internacional generalmente reconocidas".

Constitución alemana de 1949, artículo 25: "Las reglas generales del Derecho Internacional forman parte integrante del Derecho Federal".

Constitución peruana de 1979, artículo 101: "Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero".

<sup>19</sup> BENADAVA, Santiago. Ob. cit., pp. 11 y ss. Cita diversas jurisprudencias en este sentido de nuestra Corte Suprema. Así, V. Gt.: "Que por lo que toca a nuestra legislación, basta recordar que los artículos 647 N° 2 y 651 del Código de Procedimiento Penal remiten a los jueces al Derecho Internacional y, siendo así, no se divisa razón alguna para desconocer los derechos del individuo que pretende hacer valer, en su favor, semejantes principios ante tribunales que tienen el deber de aplicar el Derecho Internacional". (Corte Suprema, 1955. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, segunda parte, sección primera, p. 478).

GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. *La Extradición ante la Doctrina y la Jurisprudencia (1935-1965)*. 1972, Editorial Andrés Bello, Santiago. En este mismo sentido, cito diversas sentencias en materia de extradición activa y pasiva, pp. 68 y ss.

<sup>20</sup> GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. Ob. cit., p. 16.

3. *Sistema de incorporación automática.* Por medio de la incorporación de una norma de Derecho Internacional general, común, pasa a formar parte integrante del Derecho del Estado, *ipso facto*, y sin que sea necesario que se encuentre dotada de un mecanismo especial. Ello evita que el Derecho Internacional requiera de prueba dentro del Derecho interno y rige *in actum*.

En Chile se aplica este principio en el caso del artículo 5° inciso 2° de la Constitución de 1980<sup>21</sup>, respecto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Cabe tener presente y consignar desde ya que tal inciso los garantiza plenamente y no solamente aquellos que hayan sido incorporados por tratados vigentes, sino que igualmente aquellos que pertenecen al Derecho Internacional común general, en virtud de tratarse de normas, o de *jus cogens*, o bien de derecho consuetudinario que ingresan al patrimonio interno nacional no tan sólo en virtud de la anterior disposición, sino en virtud de la propia jurisprudencia que permanentemente los ha reconocido y les ha otorgado aplicación, sea a título de *principios* de D.I., sea en virtud de *costumbre* internacional<sup>22</sup>. Sobre este punto volveremos en la última parte de este estudio.

Pero no solamente ha sido la invariable jurisprudencia de nuestro máximo tribunal la que ha reconocido la doctrina de la incorporación automática, sino incluso la práctica gubernamental chilena<sup>23</sup>.

La teoría de la incorporación, en *materia convencional*, se entiende limitada debido a que los tratados requieren de acto expreso de recepción. Por ende, no es aplicable a las convenciones y acuerdos internacionales.

En Chile esta afirmación es plenamente aplicable, incluso en el caso del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, ya que éste se refiere a "*los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

4. *Sistema de la transformación.* Tiene lugar en aquellos casos en que la norma internacional particular debe ser aplicada internamente dentro del Estado, para lo cual éste debe legalizar o reglamentar tal acto. Existe aquí una verdadera transformación del D.I. en derecho interno. Intrínsecamente —como explica Verdross—, más que transformación existe la "ejecución de una norma superior por una norma inferior". En efecto, esta ejecución es necesaria "por el hecho de que la mayor parte de las normas jurídico-internacionales no instituyen un órgano propio para su aplicación, sino que confían su ejecución a los respectivos Estados. Y como en principio el DIP sólo obliga a Estados, es preciso que el

<sup>21</sup> Constitución Política del Estado de 1980, artículo 5°: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de 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 encuentran vigentes".

<sup>22</sup> Jurisprudencia de la Corte Suprema. En diversas sentencias, normalmente, ha reconocido la aplicabilidad de los principios de Derecho Internacional: Revista *Fallos del Mes*, 1969, p. 224; Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXII, 1975, segunda parte, sección primera, p. 55.; Fallos del Mes 362, enero de 1989, p. 939. Sólo por citar las más modernas. (Cit. por BENADAVA, Santiago. Ob. cit., notas 15, 16 y 18). Además, extensas consideraciones se hacen en diversas sentencias en: GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto: *La Extradición ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, ob. cit., capítulo cinco, pp. 63 y ss.

<sup>23</sup> "El Derecho común de las naciones es una ley de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo han derogado..." Ministro de RR.EE. de Chile. 1833, al Encargado de Negocios francés. Cit. por BENADAVA, Santiago, ob. cit., nota 22.



derecho estatal determine previamente qué órganos se encargarán de su ejecución. A ello hay que añadir que el contenido de muchas normas jurídico-internacionales es sumamente impreciso. De ahí que un Estado pueda reservar a su poder central el cometido de proceder a su determinación más precisa por medio de una disposición interna, para no dejarlo al arbitrio de cada tribunal o autoridad administrativa en particular"<sup>24</sup>. El profesor Verdross denomina a este sistema como de *ejecución interna individual* del DIP, el cual ha tenido gran aplicación en la época del absolutismo y vuelve a tenerla en las modernas dictaduras.

Por otra parte, además de establecer sistemas, el Derecho Internacional ha entregado a la jurisdicción de los Estados la posibilidad de crear *jerarquías*, según las cuales éste tendrá un diferente valor frente al derecho interno en la medida que así lo prevea la Constitución Política respectiva. Así existen diversas jerarquías, según sea el rango constitucional adoptado y según se trate de D.I. común general o de derecho convencional particular. En principio, los tribunales de los Estados no pueden aplicar una norma internacional común contradictoria con el derecho estatal, ya que en primer lugar habrán de aplicar el derecho propio, sin perjuicio de la obligación que tienen de velar por la aplicación correcta de los principios de D.I., en virtud de la responsabilidad internacional aplicable. En general, rige en esta materia el principio de que la ley posterior deroga la anterior. No obstante lo dicho, es posible prever las siguientes jerarquías dentro de los sistemas de aplicabilidad del D.I.:

- a) *Aquellas que otorgan al Derecho Internacional común la característica de Law of the Land*: En los países de *Common law* es posible aplicar la norma extraterritorial de forma igualitaria a la norma interna. En caso de contradicción, se aplica el principio *lex posterior derogat priori*.
- b) *Aquellas en que constitucionalmente se les reconoce prioridad a las normas de D.I. común, por sobre las disposiciones estatales*: Es el caso del artículo 25 de la Constitución alemana de 1949, del artículo 67 de la Constitución de Hessen, según las que el D.I. tiene un rango superior a las normas estatales y en caso de contradicción priman las primeras<sup>25</sup>.
- c) *Constituciones en las que el D.I. común tiene el mismo reconocimiento que las normas internas*: Es el caso de aquellas en las cuales el D.I., considerándose parte integrante del derecho estatal, tiene un mismo rango, y por así decirlo, queda equiparado a las normas internas de tal forma, que para determinar su prioridad es preciso aplicar el principio *lex posterior derogat priori*. Constituciones de Austria, Italia.
- d) *Estados que otorgan superioridad al tratado por sobre la ley*: En estos casos, en desacuerdo de uno y otros, rige el tratado, aun cuando para que éste tenga aplicabilidad interna debe existir previamente una norma estatal de ejecución. Es el caso de Inglaterra, India.

<sup>24</sup> VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 99.

<sup>26</sup> Constitución alemana de 1949, artículo 25: "Las reglas universales del D.I.P. son parte integrante del Derecho federal. Preceden a las leyes y crean directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal". Constitución de Hessen, artículo 67: "Las normas del D.I.P. son parte integrante obligatoria del Derecho del país, sin que sea precisa su transformación expresa en Derecho interno. Una ley no es válida si está en contradicción con tales normas o con un tratado internacional".

- e) *Constituciones que otorgan superioridad al tratado por sobre la ley*: Constitución francesa de 1958, holandesa de 1966, peruana de 1979<sup>26</sup>.
- f) *Constituciones que establecen igualdad jerárquica entre tratado y ley*: Según las que rige el principio *lex posterior derogat priori*, pudiendo por ende una ley derogar un tratado anterior y viceversa, siempre y cuando se trate de un *self executing treaty*, o tratados cuyo contenido hace innecesaria la dictación de una ley ejecutoria. Es el caso de Alemania, Austria, Estados Unidos de Norteamérica.
- g) *Constituciones que reconocen un rango de primacía a disposiciones internacionales sobre derechos humanos en relación con el ordenamiento interno*: En estos casos, aun observando la Constitución Política en relación con los tratados una relación jerárquica de dependencia o de igualdad, se le reconoce, sin embargo, prioridad a las normas internacionales sobre derechos humanos, por sobre el que puedan tener otras disposiciones relativas a tratados de otra naturaleza. Es el caso de la Constitución de Guatemala de 1985 y la chilena de 1980<sup>27</sup>.

IV. LA RECEPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA.  
PRAXIS. EL DERECHO INTERNACIONAL COMUN.  
EL DERECHO CONVENCIONAL. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En el Derecho chileno, la cuestión de la aplicación del Derecho Internacional ha sido desde hace bastante tiempo un aspecto en el cual la jurisprudencia ha ido uniformando pareceres y pacificando divergencias en torno a ciertos temas. Desde luego, será preciso diferenciar los casos de aplicación del Derecho Internacional común de aquéllos de preeminencia de los tratados por sobre la ley y finalmente referirnos a los casos de normas referentes a derechos humanos.

1. *Aplicación del Derecho Internacional común*

No existe en Chile una disposición expresa relativa a la aplicación del Derecho Internacional común general en el plano interno, por lo que deben tenerse en consideración dos fuentes: a) las disposiciones especiales contenidas en la legislación y que dicen relación con el tema, y b) el espíritu general de la legislación.

- a) En el primer caso, en que existen *disposiciones especiales*, los tribunales han aplicado normalmente el D.I. en los casos en que hay una remisión de preceptos legales. Particularmente interesantes son los casos de extradición

<sup>26</sup> Constitución francesa de 1958, artículo 55: "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a las de las leyes, bajo reserva para cada tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte". Constitución holandesa de 1966, artículo 66: "Las leyes en vigor en el territorio del Reino no serán aplicables si fueren incompatibles con las disposiciones de tratados que tengan fuerza obligatoria para toda persona y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes". Constitución peruana de 1979, artículo 101: "En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero".

<sup>27</sup> Constitución de Guatemala de 1985, artículo 46: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia por sobre el derecho interno". Constitución chilena de 1980, artículo 5, inciso 2°.

—artículo 637, 647 inciso 2º y 651 del Código de Procedimiento Penal— y la norma general del artículo 1º del Código de Procedimiento Penal<sup>28</sup>. En estos casos, en verdad, los tribunales se limitan a aplicar la propia ley interna, la que a su vez se remite al D.I.

- b) *Si no existen disposiciones particulares que se remitan a las normas internacionales de carácter general, se deberá estar a su aplicación siempre que ellas no entren en conflicto con normas legales internas.* Esa ha sido la posición de la Corte Suprema, en los casos en que ha debido pronunciarse. Así, el profesor Benadava presenta diversos casos en que —con matices— se mantiene esta jurisprudencia: a) Coexistiendo las normas de D.I. con las del Estado de Chile; b) Aplicándose los principios de Derecho Internacional general cuando ellos no están incorporados al Derecho chileno; c) Aplicándose el derecho consuetudinario internacional, aun cuando no haya remisión del Derecho chileno a ellas. En estos dos últimos casos se advierte una *incorporación automática* del D.I. común al Derecho chileno<sup>29</sup>.

Salvo casos aislados, tales han sido las posiciones del Tribunal Supremo, cuando ha debido pronunciarse<sup>30</sup>. Es posible, incluso, encontrar numerosas sentencias que precisan en detalle el *contenido de la costumbre*, de los *principios del Derecho Internacional*, e, ítem más, la aplicación de la *reciprocidad*, aun cuando a este último respecto existen vacilaciones<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo 1º: “Los tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y sobre los extranjeros para el efecto de juzgar los delitos que se cometan en su territorio, salvo los casos exceptuados por las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional”. Artículo 637: “Recibido el proceso por la Corte Suprema, lo pasará en vista al fiscal para que dictamine si es o no procedente la petición de extradición en conformidad a los tratados celebrados con la nación en que el reo se encuentre refugiado, o en defecto de tratado, con arreglo a los principios del Derecho Internacional”. Artículo 647, inciso 2º: “La investigación se contraerá especialmente a los puntos siguientes: ...2) A establecer si el delito que se le imputa es de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad a los principios del Derecho Internacional...” Artículo 651: “Terminada la investigación, se comunicarán los antecedentes al Ministerio público, quien en vista de ello, y con arreglos a los tratados o principios del Derecho Internacional, pedirá que se otorgue o se deniegue la extradición solicitada”.

<sup>29</sup> BENADAVA, Santiago. Ob. cit., pp. 11-18, notas 5-22.

<sup>30</sup> En sentido contrario, la sentencia de 22 de octubre de 1984 (*Fallos del Mes*, 311, octubre de 1984, p. 589) "...a la Judicatura sólo le está autorizado aplicar las disposiciones de los tratados internacionales vigentes en Chile, esto es, de aquellos que, teniendo la atinencia a la materia, están provistos en el país de fuerza obligatoria”.

<sup>31</sup> En relación con el *contenido de la costumbre*: Interesante sentencia de extradición pasiva contra Walter Rauff, de 1963. Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo LX, segunda parte, sección cuarta, pp. 112 y ss., cit. por GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto, *La extradición ante...* ob. cit., pp. 78-79: “Que en suma, y de todo lo expuesto en los fundamentos anteriores, debe llegarse a la conclusión de que los “principios del Derecho Internacional a los cuales debe acudirse como normas jurídicas aplicables, en ausencia de tratados, como lo dispone el artículo 647 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, nacen de la costumbre cuyo concepto ha sido precisado, costumbre que se manifiesta de un modo especial, como también precisa Liszt: a) en el contenido de los tratados celebrados entre los distintos Estados; b) en las decisiones de los tribunales internacionales; c) en la misma legislación y jurisprudencia nacionales; d) en los usos y precedentes que en Derecho Internacional tiene mayor importancia que en otras esferas jurídicas, según el estado de evolución en que éste se encuentre”.

En lo relativo a la aplicación de los principios del Derecho Internacional: en materia de extradición se ubican en esta línea, unánimemente, diversas y múltiples sentencias. *Ad exemplum*: En la sentencia contra los peronistas Héctor J. Cámpora y otros la Corte Suprema expuso: “...en

## 2. Aplicación del Derecho Internacional convencional

Las cláusulas contenidas en los tratados o convenciones pueden tener el carácter de *self executing* o *non self executing*, según que ellas requieran o no para su ejecución de normas auxiliares, reglamentarias o administrativas complementarias.

En determinados Estados —como lo es el caso de Estados Unidos de Norteamérica— los *self executing treaties*, una vez ratificados por el Senado, tienen el mismo valor de una ley federal y, por ende, serán aplicados como tal, al interior de la nación, en virtud de lo dispuesto en el artículo III de la Constitución. Son *self executing* aquellos tratados que operan por sí mismos, sin requerir de disposiciones legales adicionales<sup>32</sup>.

Los *non self executing*, en cambio, requieren de una implementación interna, que posibilite su aplicación, sea a través de la dictación de una ley complementaria, sea por la vía reglamentaria.

Desde un punto de vista teórico, las Constituciones adherentes a la doctrina dualista requieren, para otorgar validez al tratado desde un punto de vista interno, de un sistema de transformación de la norma, y así ésta, de disposición convencional internacional, pasará a ser simplemente una norma legal<sup>33</sup>.

consecuencia, principios de Derecho Internacional son las normas fundamentales de esta rama del Derecho, que deben haber recibido la aceptación general de la doctrina y de gran número de Estados". "Estos principios se manifiestan en las conferencias o congresos que las distintas naciones celebran con este fin y que traducen así las normas comúnmente aceptadas" ... "La opinión de algunos profesores, el reconocimiento prestado por una sentencia, la existencia de un Código o ley extranjera que admita una disposición, o el hecho de que exista una convención no ratificada sobre la materia, o proyectos actualmente en gestación, no tienen la importancia ni autoridad suficientes para que lo acordado en una conferencia internacional adquiera el carácter de 'principio'. Es menester que exista al respecto una práctica internacional, o que la norma se encuentre generalmente aceptada". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIV, segunda parte, sección cuarta, pp. 197 y ss., cit. por GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto, ob. cit. *La Extradición ante...*, pp. 71 y s.

Finalmente en lo referente a la aplicación de la reciprocidad, la Corte ha tenido una jurisprudencia vacilante, aceptándola en las sentencias más antiguas, tendiendo a rechazar su aplicación posteriormente. En ambos sentidos, vid. GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto, ob. cit. *La Extradición ante...*, pp. 83 y ss.: "Es cierto que, a falta de tratados, sobre aplicación, entre otros, el llamado "principio de la reciprocidad", que consiste no en un mero ofrecimiento, sino en el hecho de haberse dado a las resoluciones practicadas en un país extranjero la misma fuerza obligatoria que en el propio". "Esta doctrina fluye del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la materia penal, ..." "...Que, por lo tanto, para que entre nosotros pueda aplicarse el "principio de la reciprocidad, en términos de negar la extradición, es necesario sólo establecer que las resoluciones de los tribunales chilenos, análogas a la de que se trata, han sido desconocidas en la República de Suiza, y sólo en este caso procedería desestimar la extradición". (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIX, 1962, II parte, sección IV, contra Tell Albert Messerli). Anteriormente a 1954, la Corte aceptaba esta tesis; posteriormente a partir de dicha fecha cambia de criterio para, a partir de la resolución anterior, volver al antiguo camino: "Que por último y como reflexión final, es del caso recordar que el principio de la reciprocidad está edificado sobre plataformas de escasas consistencias jurídicas, porque hace que un Estado sea justo o injusto, sólo en virtud de la conducta de otro Estado. Y esto, en verdad, no es ético ni jurídico. Es un principio bárbaro oriundo de una época primitiva..." (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI, 1954, II parte, sección IV, contra Alirio Sarmiento).

<sup>32</sup> GROSSMAN, Claudio. *Algunas consideraciones sobre el valor del Derecho Internacional de derechos humanos en el derecho interno*. En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, ob. cit. en nota 7, pp. 79-80.

<sup>33</sup> Vid. infra pp. 13 y ss. Sistema de transformación.

Para las modernas Cartas Estatales que adhieren a la doctrina monista, en cambio, los tratados debidamente ratificados, pueden ser aplicados al interior del Estado, sin requerir para su aplicación más que el cumplimiento de determinados requisitos que se precisan para su ejecución.

De allí que las disposiciones *self executing* puedan ser aplicadas sin más, y en tanto las no ejecutorias deban serlo por la vía legal o reglamentaria.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el incumplimiento del tratado no podrá justificarse en disposiciones internas contradictorias con el mismo<sup>34</sup>. Ello implica que, aun cuando se trate de convenciones *non self executing*, el Estado deberá dar cumplimiento a la obligación de aplicación del mismo. De esta manera, el Estado quedará obligado a implementar internamente las disposiciones convencionales, dictando las leyes o reglamentos a que haya lugar. Tal implementación, en virtud del artículo 26 de la mencionada Convención de Viena<sup>35</sup>, deberá hacerse con la debida diligencia y premura posible de tal manera de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional, por culpa grave, o aun por negligencia. En este sentido resulta interesante la sentencia –citada por Benadava– que “reconoció que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, se encuentra incorporada como ley interna en virtud del Decreto Supremo promulgatorio de 5 de junio de 1953”. “Sin embargo, 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...”<sup>36</sup>. Evidentemente, en casos como el citado existe una falta de voluntad de parte de Chile, para dictar las normas complementarias al tratado, que se prolonga en el tiempo *agravando la responsabilidad internacional del Estado*. No es posible que hayan transcurrido más de cuarenta años sin que la normativa interna haya sido dictada.

En el caso de Chile no existen disposiciones internas que establezcan detalladamente la forma en que habrán de aplicarse los tratados internacionales y, por ende, será la jurisprudencia la que deberá velar por la correcta observancia de los mismos.

Así, ésta ha establecido que, para la observancia interna del tratado, es preciso que se efectúe previamente su recepción por el ordenamiento interno. Tal recepción tendrá lugar mediante la *aprobación legislativa* (que, de acuerdo al artículo 50, número 1 de la Constitución Política de 1980, deberá someterse a los trámites de una ley), la *promulgación* por decreto presidencial y la *publicación* en el Diario Oficial, tanto del texto del tratado como del decreto promulgatorio<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

<sup>35</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>36</sup> BENADAVA, Santiago. Ob. cit., p. 43.

<sup>37</sup> BENADAVA, Santiago. Ob. cit., pp. 35 y s.

### *Conflictos entre tratado y ley interna*

#### A) Praxis internacional

Desde el punto de vista de la práctica internacional, no cabe duda alguna que el Derecho de los Estados se encuentra subordinado al Derecho Internacional y, así, numerosas resoluciones internacionales han confirmado este principio. Más aún, toda la teoría de la responsabilidad internacional del Estado enuncia, con claridad prístina, la supeditación del ente estatal a la primacía del derecho de gentes<sup>38</sup>.

#### B) Derecho público interno

En el punto III del presente estudio nos hemos referido a los diversos sistemas elaborados por las Constituciones, relativos a la recepción del D.I. por el Derecho de los Estados, y a él nos remitimos en este aspecto.

En Chile, la jurisprudencia ha establecido claramente dos tendencias en materia de solución de conflictos entre Convención y ley:

- a) *Ley vigente y posteriormente se concluye un tratado contrario a ella*: En este caso se aplica principio *lex posterior derogat priori*, y el principio de la especialidad: ley especial deroga la general.
- b) *Tratado vigente y posteriormente se dicta ley en contrario*: Desde luego, deberá el legislador comenzar por observar que no viole una norma de *jus cogens* existente, de acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Producido el conflicto, tratándose de *agreements*<sup>39</sup> vale la ley interna, aunque sea posterior. Si, por el contrario, el conflicto se produce en relación a un tratado propiamente tal, vigente en Chile, la jurisprudencia tribunalicia ha sido vacilante, y así en un caso admitió que, a pesar de todo, rige la ley interna, mientras en otro sostuvo la preeminencia del tratado<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Son numerosos, en efecto, los pronunciamientos internacionales a este respecto; de ellos quisiéramos, por razones de espacio, citar sólo los siguientes:

1. "Es indiscutible e indiscutido que el Derecho Internacional es superior al derecho interno". Comisión Franco-Mexicana de Reclamaciones, 1928. *Asunto Pinzon* (cit. por ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 17).

2. "Es un principio generalmente reconocido del Derecho Internacional que, en las relaciones entre potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no deben prevalecer sobre las de un tratado". T.P.J.I. Dictamen de 1930, *Asunto comunidades greco-búlgaras*.

3. "Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones". T.P.J.I. Serie B. N° 10, p. 20 (cit. por LLANOS, Hugo. Ob. cit., p. 447).

4. "Desde el punto de vista del Derecho Internacional y el tribunal que es su órgano, las leyes internas son meros hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado, de la misma manera que sus resoluciones judiciales o sus actividades administrativas. C.I.J. 1955, Recueil, pp. 35 y s. (cit. por LLANOS, Hugo. Ob. cit., p. 448).

<sup>39</sup> *Agreements* o acuerdos en forma simplificada que, para su vigencia, no requieren de ratificación.

<sup>40</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, 1932, II parte, sección I, p. 100. Fallo citado por LLANOS, Hugo. Ob. cit., p. 439, nota 496.

- c) No obstante lo dicho, es preciso considerar, además, la *situación de las normas constitucionales que entran en oposición con un tratado*: prevalecen en tal caso las normas constitucionales<sup>41</sup>.

### 3. *Aplicación del Derecho Internacional Humanitario*

#### A) Generalidades

El Derecho Internacional Humanitario, o de derechos humanos, se ha desarrollado particularmente a partir del período posterior a la Primera Guerra Mundial con normas especiales relativas a la protección de minorías, a la apatridia, trata de esclavos, trata de blancas y tráfico de estupefacientes. Pero no es sino hasta terminada la segunda gran guerra, y a partir de la Declaración de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1948, que el cuidado y protección de los llamados *Derecho Humanos* —protección a las garantías y libertades fundamentales del hombre— ha pasado a ocupar un sitial preferente en el Derecho Internacional y, consecuentemente, se ha proyectado hacia el interior de los Estados con las debidas modificaciones legales de aquellas normas contrarias a ellos.

Sin que sea nuestra pretensión extendernos en este tema, que escapa al objeto de nuestro estudio, por cuanto él está referido a la aplicación que de ellos se ha hecho en Chile, señalemos, aunque sea de paso, algunas de las principales normas destinadas a beneficiar a los individuos y que están vigentes en el derecho de gentes:

1. *Prohibición de la piratería*: Derecho consuetudinario internacional; artículos 101, 103 y 105 de la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar, de 1983 (piratería marítima y aérea).
2. *Esclavitud*: Congresos de Viena y de París de 1815; Conferencia de Berlín de 1885; Conferencia de Bruselas de 1889; Convención de Ginebra de 1926 y protocolo de 1953; Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, Trata de Esclavos e Instituciones y Prácticas Análogas de 1956; Convención Internacional sobre la Represión y Sanción del Delito de *Apartheid* de 1973.
3. *Protección de Minorías*: Tratado de Versalles de 1919, artículos 86 y 93; Tratados de Minorías entre las potencias aliadas de la primera guerra y Polonia, Checoslovaquia, Grecia, Rumania y Yugoslavia; Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, dependiente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.
4. *Genocidio*: Convenio sobre Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948.
5. *Aplicación de torturas, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes*: Declaración de la Asamblea General de NN.UU. sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1975.

<sup>41</sup> Tribunal Constitución. Sentencia de 21 diciembre 1987 (cit. por BENAVIDA, Santiago. Ob. cit., p. 47) Corte Suprema. 19 de julio de 1988. *Fallos del Mex*, N° 356. julio 1988, pp. 392-393. Cit. por BENAVIDA, Santiago, ob. cit., p. 50.

6. Derechos Humanos: Carta de Naciones Unidas (Preámbulo, artículo 1 N° 3, artículo 13, artículos 55, 56, 62, 68, 76; Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 que, entre otros aspectos, crea la *Corte Europea de Derechos Humanos*; Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; Comisión Interamericana de Derecho Humanos de 1959, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*<sup>42</sup>.

B) Práctica de los tribunales chilenos en relación con la aplicación del Derecho Internacional Humanitario

De acuerdo con el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución Política del Estado de 1980, reformado en esta materia por reforma constitucional de 1989 –debidamente plebiscitada–, existe un deber de garantía del Estado de Chile en orden a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, deber de garantía que es extensivo a los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile.

Evidentemente, con la reforma de 1989 el constituyente quiso dar un especial énfasis –en materia de aplicación del Derecho Internacional dentro del Estado– a los tratados y, entre ellos, particularmente a aquellos relativos a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Tal énfasis se tradujo en una alteración importante en la *jerarquía* que tales tratados tienen en su valoración frente al derecho interno del Estado, toda vez que se ha alterado expresamente el régimen normal de los tratados, los cuales en términos generales no reconocen –en nuestra Constitución– *ninguna limitación del ejercicio de la soberanía* del Estado. En otras palabras, un tratado se encuentra en su ejecución sujeto a las normas generales, que en esta materia son solamente formales, es decir, relativas a los órganos –Presidente de la República, artículo 32 N° 17, ratificación por el Congreso, artículo 50 N° 1– y a la manera como ellos se concluyen, pero no referidas a su aplicación interna. A ese respecto, la Carta Magna sólo se ha expresado en relación con los *tratados relativos a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*, estableciendo, como se ha dicho, un mayor valor jerárquico para ellos.

¿En qué consistirá este mayor valor jerárquico? Evidentemente, en otorgar a tales convenciones una mayor aplicación en relación con el Derecho del Estado. No podría tener otro sentido, ya que, de lo contrario, carecería de objeto la disposición del inciso segundo del artículo 5°. Tal mayor aplicación se revela de una manera natural en estos tratados, concediéndoles una prioridad por sobre la normativa interna, debiendo éstos prevalecer. Veamos las razones para ello:

- a) Tales tratados pasan a tener rango constitucional, conforme al citado artículo 5° N° 2;
- b) Su vulneración, sea por falta de aplicabilidad o por hacer primar la norma interna en caso de contradicción entre ambas, produce como consecuencia una *denegación de justicia en sentido amplio*, generando responsabilidad internacional<sup>43</sup>;

<sup>42</sup> La lista no es, desde luego, exhaustiva y sólo tiene un carácter enumerativo: quien desee profundizar en el tema podrá consultar LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público* (1983), tomo III. La persona humana.

<sup>43</sup> ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 373.



- c) Desde el punto de vista del *sistema de aplicación* del tratado, a partir de la reforma de 1989 rige en esta materia en Chile el sistema de incorporación automática.
- En el punto III de este trabajo, relativo a la recepción del D.I. por las Constituciones estatales, consignábamos, al referirnos al sistema de incorporación automática, que este sistema se ha aplicado desde la vigencia de la Constitución de 1925 en Chile, en materia de Derecho Internacional común, según lo ha reconocido la propia jurisprudencia en lo relativo a principios generales del Derecho y derecho consuetudinario, y, en lo convencional, sólo reconoce la limitación propia de los *non self executing treaties* en orden a tener que hacer aplicable la normatividad internacional, mediante la dictación de la ley o reglamento del caso. En lo que se refiere a los *self executing treaties*, no se ve limitación alguna destinada a impedir que rijan *in actum* en nuestro país.
- d) Debido al rango constitucional de tales tratados, éstos priman sobre la ley interna. Así ha sido reconocido por la jurisprudencia, aunque aun con vacilaciones<sup>44</sup>.
- e) La jurisprudencia ha reconocido, en los fallos en que se ha pronunciado, la supremacía de la disposición constitucional por sobre la convencional<sup>45</sup>. Con todo, preciso es tener presente que dicho fallo es anterior a la modificación constitucional de 1989.
- f) Los tratados multilaterales sobre derechos humanos pueden ser aplicados, aun en defecto de ratificación por el Estado, a título de principios generales del Derecho<sup>46</sup> o, incluso, a título de costumbre internacional<sup>47</sup>.
- g) Las normas de *jus cogens* humanitario deben ser aplicadas ipso facto por el Estado y ellas son evidentemente de rango superior a las constitucionales, por lo que priman por sobre cualquiera norma estatal. Son tales, desde luego, las sugeridas por la propia Comisión de la Conferencia de Viena, generadora de la Convención sobre Derecho de los Tratados, y que no son otras que las relativas a derechos humanos y a convivencia humana<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos humanos en el Derecho constitucional y su relación con el Derecho Convencional Internacional a la luz del artículo 5º de la Constitución chilena*. Trabajo en original. Universidad de Valparaíso, 1991, p. 19.

<sup>45</sup> Corte Suprema. *Fallos del Mes*, N° 356, julio 1988, pp. 392 y s. "Que tratándose de garantías constitucionales, cuyo ejercicio está expresamente amparado con un recurso establecido en la propia Constitución, forzoso es concluir que corresponde entender que las normas de esta última prevalecen en función de lo que disponga una convención de carácter internacional que jurídicamente tiene valor de ley, y que, por lo tanto, conforme a nuestra jerarquía legal no puede disponer más allá de la Constitución, que se reconoce universalmente como "la suprema ley".

<sup>46</sup> Corte Suprema. "...son las normas fundamentales de esta rama del Derecho que deben haber recibido la aceptación general de la doctrina y de gran número de Estados". *Vid.* nota 31, p. 16.

<sup>47</sup> Tal como se aplica, *ad exemplum*, la Convención sobre Derecho del Mar, de MONTEGO BAY de 1983, la que aún no rige, por no haber sido ratificada por el exigido número de Estados.

<sup>48</sup> LLANOS MANSILLA, Hugo. *Ob. cit.*, p. 24, citando a DE LA GUARDIA y DELPECH, p. 426. a) *Normas fundamentales de derechos humanos*: actos contrarios a la prohibición de la esclavitud, actos contrarios a ciertas normas del derecho de guerra, violación de los derechos humanos en general, actos contrarios a la libre determinación, discriminación racial. b) *Normas fundamentales de convivencia humana*: Actos contrarios a la prohibición de la piratería; agresión y uso lícito de la fuerza; destrucción de la soberanía o independencia política de un Estado; actos contrarios a la igualdad soberana y a la no intervención; actos contrarios a la libertad de los mares.