

SANTIAGO BENADAVA CATTAN
SAMUEL DURAN BÄCHLER
CLAUDIO GROSSMAN GUILLOFF
AVELINO LEON STEFFENS
FRANCISCO ORREGO VICUÑA

NUEVOS ENFOQUES DEL DERECHO INTERNACIONAL

COORDINACION:
AVELINO LEON STEFFENS

I. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO ANTE LOS TRIBUNALES CHILENOS

Santiago Benadava*

1. INTRODUCCION

Hace treinta años escribí un artículo titulado "Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", que se publicó en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* (Tomo LIX, enero a abril de 1962).

Este trabajo, que exploraba terreno nuevo, tuvo favorable acogida y ha sido citado por autores y tribunales chilenos. Transcurridos tantos años desde su publicación, me ha parecido conveniente actualizarlo a la luz de la jurisprudencia posterior.

A esta finalidad corresponde la presente versión, la cual se ciñe al mismo método que la original de 1962. Ella, al igual que la anterior, examina los problemas planteados a la luz de las sentencias de los tribunales superiores de justicia, y sólo de manera excepcional hace referencia a la doctrina, a la práctica diplomática o a precedentes de otros países.

No se estudian en este trabajo las relaciones teóricas que existen entre derecho internacional y derecho interno. El estudio teórico de dichas relaciones es importante para abordar la práctica judicial, pues proporciona al investigador elementos conceptuales previos.¹ Sin embargo nuestro propósito no es ahora participar en un debate doctrinal, sino sólo examinar las soluciones concretas que nuestros tribunales han dado a diversos problemas suscitados, en el ejercicio de su actividad, por las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

No podemos afirmar que nuestros tribunales hayan elaborado una jurisprudencia constante sobre todos estos problemas. En efecto, los pronunciamientos judiciales son escasos y, a veces, ambiguos o contradicto-

*Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Chile.

¹Paul Reuter, "Le droit international et la place du juge Français dans l'ordre constitutionnel national", en *L'application du droit international par le juge Français* (Paris: Librairie Armand Colin, 1972), páginas 17-18.

rios. Por otra parte, las situaciones planteadas han sido resueltas sin grandes recursos doctrinales ni demasiada claridad conceptual.

No obstante, diversas sentencias proporcionan material para estudiar la actitud que han adoptado nuestros magistrados al enfrentar problemas suscitados por las relaciones entre derecho internacional y derecho interno.

Dos son los principales aspectos que serán objeto de nuestro examen:

1º La recepción o introducción de las normas internacionales, sean consuetudinarias o convencionales, en el derecho interno; y

2º Los conflictos que pueden producirse entre las normas internacionales así introducidas y las normas legales internas.

En una primera parte abordaremos los problemas suscitados por el derecho internacional común o consuetudinario. En una segunda parte examinaremos los problemas planteados por el derecho convencional.

2. PRIMERA PARTE EL DERECHO INTERNACIONAL COMÚN O CONSUEUDINARIO

2.1. SECCIÓN PRIMERA: LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL COMÚN EN EL DERECHO INTERNO

2.1.1. La doctrina de la incorporación automática

Las Constituciones de algunos países contienen una disposición en virtud de la cual las normas generalmente aceptadas del derecho internacional forman parte del derecho interno. Las disposiciones de esta clase incorporan, pues, en forma global y automática, las normas de derecho internacional común o consuetudinario en el orden jurídico nacional.² En otros países es su práctica judicial la que ha adoptado el mismo principio.

La doctrina de la incorporación automática tuvo su origen en Inglaterra. El primer precedente que se conoce en este sentido es el pronunciamiento del Lord Canciller Talbot en el caso *Barbuii's* (1735), en el cual afirmó que "el derecho de gentes en toda su extensión es y forma parte del derecho de Inglaterra". Este principio está incorporado en el *common law*, y es por eso que los juristas ingleses afirman que en su país *international law is a part of the law of the land*.³

²Por ejemplo: Constituciones de la Ex República Federal de Alemania, Italia, Grecia, Países Bajos.

³Una formulación clásica de la doctrina de la incorporación fue hecha por el Lord Chief Justice Alverstone, en 1905, en el caso *West Rand Mining Co. v. the King*: "Todo aquello que ha recibido el consentimiento común de las naciones civilizadas debe haber recibido el

La doctrina de la incorporación global ha ejercido gran influencia en muchos otros países, principalmente en los herederos del *common law* inglés.⁴ Algunos Estados —ya lo hemos visto— le han dado forma de disposición constitucional; en otros ha inspirado la práctica judicial interna.

Después de esta breve exposición preliminar veamos cuál es la situación del derecho internacional común en Chile.

2.1.2. Casos en que un precepto legal interno se remite expresamente al derecho internacional

Los tribunales chilenos deben aplicar y aplican las normas del derecho internacional común en todos aquellos casos en que un precepto legal interno se remita expresamente a ellas. Un ejemplo de remisión expresa lo encontramos en el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal: "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 leyes especiales, tratados o convenciones internacionales en que Chile es parte o por las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional".

En los casos de remisión expresa los tribunales aplican el derecho internacional por mandato de su propia ley.

2.1.3. Casos en que existen reglas internacionales consuetudinarias aplicables pero no hay remisión expresa a ellas

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una disposición general expresa según la cual las normas de derecho internacional generalmente aceptadas forman parte del derecho nacional. Sin embargo, los tribunales no han dudado en aplicar el derecho internacional consuetudinario cuando se les ha presentado la ocasión para ello. Más aún, a veces han enunciado expresamente el principio de la incorporación automática.

Entre las normas aplicadas podemos mencionar las relativas a la

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 internos cuando a dichos tribunales se les presente la ocasión legítima de decidir cuestiones en que sean relevantes las doctrinas del derecho internacional". Una formulación más reciente de esta doctrina se encuentra en la opinión del *Privy Council* (per Lord Atkin) en *Chung Chi Chung v. The King*: "Las cortes reconocen la existencia de un conjunto de reglas que las naciones aceptan entre sí. En cualquier asunto de carácter judicial ellas tratan de determinar cuál es la regla aplicable y, habiéndola encontrado, la considerarán como incorporada en el derecho interno" (J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 4th ed. (Oxford, 1949), páginas 87 y 88.)

⁴Ruth Lapidoth, *Les rapports entre le droit international public et le droit interne en Israël* (Paris, 1959), página 32.

inmunidad de la jurisdicción civil y a la inviolabilidad de los agentes diplomáticos extranjeros, a la personalidad jurídica de los Estados extranjeros, a los deberes de un Estado respecto de personas refugiadas en su territorio por motivos políticos, a la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, a los tratados internacionales y a la indemnización proveniente del ejercicio del derecho de angaria.

Vemos algunos casos que así lo demuestran:

—Una decisión muy citada es la recaída, en 1932, en una reclamación interpuesta por el Agregado Comercial de Francia. La Corte Suprema hizo suyo en esta ocasión el dictamen de su Fiscal, que expresaba:

"Aunque, a diferencia de lo estatuido para la materia penal (artículos 1º, 180, etc., del Código de Procedimiento Penal), nuestra legislación no contiene disposiciones que exceptúen especialmente a los agentes diplomáticos de la jurisdicción civil, esta exención [de la jurisdicción civil], a juicio del suscrito, no puede ser desconocida. En efecto, ella [la exención civil] es impuesta, como uno de los efectos del principio denominado de extraterritorialidad, o del de las inmunidades diplomáticas, por el Derecho Internacional, cuyas normas, coexistentes con las del derecho interno, son aplicables en el orden de relaciones por él [el derecho internacional] regidas, cualquiera que sea la forma de su constitución, a menos que en la legislación escrita de un Estado existan [preceptos] que excluyan expresamente alguna de ellas, los cuales preceptos serán entonces para ese Estado la correspondiente regla de derecho internacional".⁵

Según este enunciado, cuya sintaxis deja que desear, las normas del derecho internacional coexisten con las del derecho interno y son directamente aplicables por los tribunales nacionales, a menos que en la legislación interna existan preceptos que excluyan la aplicación de alguna de ellas. En este último caso, los tribunales deben aplicar dichos preceptos internos, no las normas internacionales.

La Corte declaró en la especie que el Agregado Comercial de Francia en Chile no estaba sujeto a la jurisdicción civil chilena.

—Por resolución de 10 de diciembre de 1912 la Corte Suprema ordenó la inscripción en el Registro respectivo de la escritura de compra de una casa adquirida por el Gobierno de Bolivia en Arica destinada a las oficinas de su Agencia Aduanera en ese puerto. Dicha inscripción había sido denegada por el Conservador de Bienes Raíces alegando que se trataba de un inmueble de un gobierno extranjero.

La resolución de la Corte Suprema se basa, entre otras, en las siguientes consideraciones:

⁵ *Gaceta de los Tribunales*, 1932, segundo semestre, página 186; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, 1933, segunda parte, sección primera, página 73.

"a) Que conforme a las reglas del Derecho Internacional, los Estados en sus relaciones tienen una personalidad jurídica internacional capaz de adquirir derecho y contraer obligaciones;

b) Que los bienes situados en un país están regidos por sus leyes, y tanto las persona naturales como las jurídicas pueden adquirirlos, quedando de hecho sujetos a las disposiciones legales que reglan los derechos y obligaciones relativos a esos bienes;

c) Que estos principios no sufren modificación aun en el caso de que los bienes sean adquiridos por un Gobierno extranjero; porque según el Derecho Internacional, pueden adquirirse propiedades por un Gobierno en territorio de una potencia extranjera sin ejercer sobre ellos más que el dominio ordinario semejante al de los particulares, pero no el eminente que siempre corresponde al Soberano del territorio".⁶

La Corte Suprema fundamenta, pues, su decisión en un supuesto principio de derecho internacional general que permitiera al gobierno de un país adquirir propiedades en el territorio de otro Estado, principio que no se encuentra expresamente incorporado en el derecho chileno.

—En un caso sobre recurso de amparo presentado por Juan Lechín y otros, la Corte de Apelaciones de Santiago falló, en 1949, que "Los principios del Derecho Internacional son de general aplicación, tienen una manifiesta preeminencia en el Derecho Público Contemporáneo y suplen el silencio de las leyes ante situaciones no previstas por ellas...".⁷ La Corte aplicó respecto de algunos refugiados bolivianos ciertos principios de derecho internacional relativos a los deberes de un Estado respecto de las personas refugiadas en su territorio por motivos políticos. Estos principios, según la Corte, se encontraban contenidos en el artículo 13 del Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos, suscrito en Montevideo el 4 de agosto de 1939 por representantes de Chile y Bolivia. Aunque este tratado no había sido ratificado por Chile, el tribunal estimó que "ello no le resta eficacia como fuente generadora de principios de Derecho Internacional aplicables en la especie...".⁸

—En *Lauritzen y otros con Fisco*, más conocido como el "caso de los barcos daneses", los demandantes cobraban una indemnización por los daños y perjuicios resultantes de la requisición de cinco naves de su propiedad dispuesta por el Gobierno de Chile.

La Corte Suprema, que conoció del caso en segunda instancia por considerar que se trataba de una causa que debía juzgarse con arreglo al derecho internacional, aplicó en la especie ciertas normas internacionales

⁶ Carlos Castro Ruiz, *Jurisprudencia de la Cancillería Chilena*, tomo I (Santiago, 1918), página 13.

⁷ *Gaceta de los Tribunales*, 1949, segundo semestre, página 445.

⁸ *Gaceta de los Tribunales*, 1949, segundo semestre, página 186.

consuetudinarias relativas al derecho de angaria, aunque ninguna disposición legal chilena se remitía expresamente a ellas.⁹

El demandado había tratado de eludir la aplicación del derecho internacional al caso invocando para ello un postulado dogmático de carácter doctrinal: que sólo los Estados son sujetos de derecho internacional.

"Es el Derecho Internacional —expresó el demandado— el que regula los actos referentes al derecho de angaria y si se le supone violado, es un Estado quien debe hacerlo presente. La transgresión del derecho de angaria y con ella la violación del Derecho Internacional sólo puede ser imputada a un Estado por otro Estado. Sólo ellos son verdaderos sujetos en el Derecho Internacional. Poco importa que la molestia o daño la sufra un particular; lo representará, en su acción y cobro, el Estado al cual pertenece".¹⁰

Tras afirmar estas premisas, el demandado concluyó:

"La firma demandante carece, por esta causa, de personería suficiente para sustentar el litigio y también carece de competencia el Presidente de la Corte Suprema para conocer de él. Las contiendas entre Estados han de ser resueltas por los tribunales internacionales".¹¹

Se puede advertir que el demandado no niega expresamente el principio de la incorporación; sin embargo, trata de descartar su aplicación afirmando que sólo los Estados son sujetos del derecho internacional y que, en consecuencia, sólo ellos pueden invocar sus normas. Esta argumentación juega con nociones doctrinales que no tienen el alcance que les atribuye el demandado. En efecto, incluso los autores para quienes los Estados son los únicos sujetos de derecho internacional no niegan que sus reglas puedan tener aplicación dentro de un Estado. Algunos de estos autores agregan que la incorporación *transforma* las reglas internacionales en normas internas de idéntico contenido; sin embargo, esta calificación no altera el hecho real básico: la aplicación del derecho internacional por los tribunales nacionales a cuestiones entre particulares.

En su sentencia de 1 de diciembre de 1955 la Corte Suprema desestimó el punto de vista del demandado y declaró que los individuos podían invocar ante los tribunales internos las reglas del derecho de gentes y que, a su vez, dichos tribunales podían aplicarlas.

"...es inadmisibles sostener —dijo la Corte— que a los individuos les esté vedado hacer valer, ante los órganos jurisdiccionales de los

⁹ Véanse artículos 53 N° 3° y 98 N° 5° del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, 1955, segunda parte, sección primera, página 478.

¹¹ *Ibid.*

distintos Estados, las normas del derecho internacional, en defensa de sus derechos, lo que resultaría paradójico si se piensa que los jueces de los diversos Estados pueden, en el silencio de la ley, aplicar las normas de derecho internacional..."¹²

Y más adelante agregó:

"Que no puede desconocerse, entonces, que las prácticas internacionales han concluido por aceptar la intervención personal del individuo que tiene que hacer valer un derecho ante un tribunal de justicia.

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".¹³

En apoyo de su punto de vista, la Corte expone razones para destruir la premisa doctrinal invocada por el demandado (que sólo los Estados serían sujetos internacionales) y para demostrar que de la aceptación hipotética de esta premisa tampoco se deduce necesariamente que los individuos no puedan invocar, en el plano interno, ni que los tribunales nacionales no puedan aplicar las reglas del derecho internacional.

Estimamos que el Fisco no pisaba terreno sólido al argumentar que los tribunales nacionales no pueden aplicar el derecho internacional por que sólo los Estados serían sujetos del derecho internacional. Un recurso técnico impecable para eludir la aplicación de la doctrina de la incorporación hubiera sido alegar que los tribunales nacionales sólo pueden aplicar las normas del derecho internacional cuando una disposición expresa del derecho interno se remite expresamente a ellas. Por lo menos, esta alegación no merece objeciones de técnica jurídica; ella es un ataque directo y frontal a la práctica y a la doctrina de la incorporación. En cambio, el ataque de flanco hecho por la defensa fiscal, basado en aseveraciones doctrinales dogmáticas, pudo ser rechazado fácilmente en el terreno de la técnica jurídica.¹⁴

¹² *Ibid.*, página 479.

¹³ *Ibid.*, página 482.

¹⁴ Conf. actitud de juez israelí Goitein, oponiéndose expresamente al principio de la incorporación en Israel, en su opinión individual recalcada en App. Cr. 174/54.

"...Sin duda la Knesset [Parlamento] puede, sea introducir en el derecho del Estado, por el medio ordinario de un texto de ley, cualquier regla de derecho internacional que juzgue oportuno, sea declarar por un texto único de carácter general, que los principios de derecho internacional formatán en adelante parte integrante del derecho del Estado. Pero hasta el día de hoy, la Knesset no ha seguido este camino. Bajo el régimen del Mandato, el Gobierno de Palestina se había abstenido también de adoptar una medida de esta clase (que a decir verdad

—La Corte Suprema, por resolución de 3 de septiembre de 1969, dejó sin efecto la sentencia pronunciada por el Sexto Juzgado del Trabajo de Santiago en un juicio seguido por don Manuel Marchant Herrera contra "el Gobierno de China Nacionalista, representado en Chile por el Embajador de esa República", sentencia que condenaba al demandado a ciertas prestaciones pecuniarias.

La Corte aplicó en la especie el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, promulgada como ley de la República por Decreto Supremo N° 666, de 9 de marzo de 1968, el cual consagra la inmunidad de la jurisdicción penal, civil y administrativa del agente diplomático extranjero en el Estado receptor.

A la fecha de la decisión de la Corte Suprema la República de China no había aún ratificado la Convención de Viena, pero la Corte estimó que ello no le impedía aplicar en Chile su artículo 31,

"...porque se trata de un principio de Derecho Internacional común y consuetudinario que este precepto ha cristalizado y del que sólo es una expresión".

También la Corte se refirió al

"...principio de Derecho Internacional, universalmente reconocido [según él], que las Naciones Soberanas ni sus Gobiernos, están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de otros países".¹⁶

Estos principios de derecho internacional común fueron aplicados por la Corte Suprema como parte del derecho chileno aun a falta de disposición legal interna que se remitiera expresamente a ellos.

—También la Corte Suprema, por resolución de 2 de junio de 1975, dejó sin efecto una sentencia dictada por el Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago en la causa *Abraham Semerman R., con República de Cuba*, por estimar que ese tribunal carecía de jurisdicción para tramitar y fallar dicho pleito. Fundando su decisión, la Corte expresó:

"Que entre los derechos fundamentales de los Estados destaca el de su igualdad y de esta igualdad deriva, a su vez, la necesidad de considerar a cada Estado exento de la jurisdicción de cualquier otro. Es en razón de la anotada característica, elevada a la categoría de principio de Derecho Internacional, que al regularse la actividad jurisdiccional de los distintos Estados, se ha establecido como límite

ha sido adoptada cada vez más por los Estados contemporáneos). De esta manera, según mi opinión, nosotros no tenemos el derecho de referirnos a los principios del derecho internacional y a sus reglas para resolver nuestro problema, y debemos fundarnos únicamente en las disposiciones del derecho nacional..." Esta cita ha sido tomada del trabajo de Ruth Lapidoth, "Les rapports entre le droit international et le droit interne en Israël", en *Scripta Hierosolymitana*, vol. V, editado por Benjamin Akzin (Jerusalem, 1958), página 145.

¹⁵ Fallos del Mes, 1969, página 224.

impuesto a ella, en relación con los sujetos, el que determina que un Estado soberano no debe ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro".¹⁶

Agregó la Corte Suprema que esta exención de los Estados extranjeros de la jurisdicción nacional se encuentra establecida, en el ámbito del derecho vigente en Chile, por el artículo 333 del Código de Bustamante, y que los mismos principios restrictivos informan los artículos 22 y 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, en que Chile es parte.

—Esta línea jurisprudencial, que admite la incorporación global y automática del derecho internacional consuetudinario en el derecho chileno, pareció sufrir un eclipse pasajero en un considerando de sentencia dictada por la Corte Suprema el 22 de octubre de 1984, que es del tenor siguiente:

"Que salvo excepciones, en que los tribunales son remitidos por la ley a aplicar las normas del Derecho Internacional, cual ocurre, por ejemplo, con lo dispuesto en la parte final del N° 2° del artículo 647 del Código de Procedimiento Penal, en todos los demás casos... a la Judicatura sólo le está autorizado aplicar las disposiciones de los tratados internacionales vigentes en Chile, esto es, de aquellos que, teniendo atinencia a la materia, están provistos en el país de fuerza obligatoria".¹⁷

Si entendemos bien esta formulación de la Corte Suprema, la Judicatura chilena sólo puede aplicar normas de derecho internacional consuetudinario cuando un precepto de la legislación chilena se remite expresamente a ellas.

Este criterio no nos parece definitivo. Es un *obiter dictum*, debido quizás a la inadvertencia, que innova, sin explicación alguna, en lo que ha sido la práctica invariable de nuestros tribunales y la opinión unánime de los juristas chilenos.

—Al pronunciarse sobre el cumplimiento de un exhorto presentado por la Corte de Distrito de Columbia, Estados Unidos, para efectuar diligencias en Chile, la Corte Suprema, en su decisión de 10 de enero de 1989, expresó:

"Que a la Corte Suprema en esta materia [exhortos o cartas rogatorias] le corresponde velar por la observancia de las leyes, tratados y normas reconocidas por el Derecho Internacional para evitar la tramitación desde Chile o en Chile de exhortos que puedan

¹⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXII, 1975, segunda parte, sección primera, página 55.

¹⁷ *Fallos del Mes* N° 311, octubre de 1984, página 589.

contrariar el Derecho Interno, los Tratados, las Convenciones o los Principios generales aceptados por el uso constante de las naciones en el orden internacional".¹⁸

Esta decisión vuelve a la doctrina tradicional.

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

Los autores chilenos comparten el mismo principio. Ya don Andrés Bello escribía en sus *Principios de Derecho de Jentes*, publicado en 1832:

"Las naciones modernas de Europa han reconocido el derecho de jentes como parte de la jurisprudencia patria... El Canciller Talbot declaró que el derecho de jentes en toda su extensión era una parte de las leyes británicas. Los tribunales de los Estados de la federación americana han expresado una doctrina semejante".¹⁹

Y en su tercera edición, de 1864, publicada bajo el título de *Principios de Derecho Internacional*, don Andrés Bello fue aún más categórico al expresar:

"Que en una nación y en una época dadas el Derecho de Jentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda".²⁰

Por su parte, el profesor don Ricardo Montaner Bello enseñó que:

"Cuando no hay ley o cuando la ley calla en un punto, los tribunales deben aplicar la ley internacional con el mismo título que la ley nacional".²¹

La práctica gubernamental chilena confirma también la doctrina de la incorporación automática.²²

¹⁸ *Fallos del Mes* Nº 362, enero de 1989, página 939. En un informe de un Fiscal de la Corte Suprema, de 1913, cuyas conclusiones fueron estimadas arregladas a derecho por dicha Corte, se expresa: "Hay que observar, ante todo, que la práctica internacional sólo puede ser tomada en cuenta a falta de tratados o leyes especiales sobre una materia determinada. Existiendo unas u otras, las simples prácticas carecen de importancia". Carlos Castro Ruiz, *Jurisprudencia de la Cancillería Chilena*, tomo I (Santiago, 1918), páginas 114-115.

¹⁹ *Principios de Derecho de Jentes*, por Andrés Bello (Santiago, Imprenta de la Opinión, 1832).

²⁰ (Valparaíso, Imprenta de la Patria, 1864.)

²¹ *Derecho Internacional*, apuntes de estudio tomados por J. Raimundo del Río (Santiago, 1916), página 11.

²² En 1833 el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile expresaba en una comunicación dirigida al Encargado de Negocios de Francia: "El derecho común de las naciones es una ley

2.1.4. Los fundamentos de la doctrina de la incorporación

Ahora bien, ¿cuáles son las razones que, en opinión de nuestros tribunales, justifican la adopción por ellos de la doctrina de la incorporación automática? ¿por qué los tribunales chilenos, según ellos mismos, deben aplicar las reglas generales del derecho internacional aun cuando no existan disposiciones internas que se remitan expresamente a dichas reglas? En el "caso de los barcos daneses" la Corte Suprema enunció las siguientes razones:

- a) la Carta de las Naciones Unidas comienza por colocar en el primer plano los derechos de la persona humana: "Los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad de la persona humana...". Estos principios aparecen reiteradamente en otros artículos de la Carta;
- b) el respeto brindado por el derecho internacional a la persona humana en los últimos tiempos;
- c) diversas disposiciones de tratados internacionales han recogido esta tendencia haciendo a los individuos como tales sujetos directos de derecho y deberes internacionales;
- d) existe una tendencia hacia la protección de los derechos humanos;
- e) la práctica internacional que exige agotar los recursos internos antes de recurrir al amparo diplomático no tendría explicación si los individuos no pudieran invocar el derecho internacional ante los tribunales nacionales;
- f) si el individuo no pudiera invocar el derecho internacional sino mediante el patrocinio de su propio Estado, ocurriría que los que no tienen nacionalidad (apátridas) o los que poseen más de una no encontrarían una soberanía estatal determinada que los patrocinara para ejercer sus derechos;
- g) algunas de nuestras disposiciones internas (artículos 647 Nº 2º 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.

de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo han derogado. El Ejecutivo, pues, en tanto que la legislación no lo restringe, se halla en la necesidad de reconocerlo en toda la extensión que generalmente se le atribuye, y si por su sola voluntad estrechase sus límites, se arrogaría facultades que la Constitución del Estado atribuye exclusivamente a la legislación". Y en el mismo año el Presidente de la República y su Ministro de Relaciones Exteriores expresaban al Congreso Nacional: "El derecho común de gentes es en realidad una parte integrante de la legislación del Estado". Alberto Cruchaga Ossa, *jurisprudencia de la Cancillería Chilena (hasta 1865)* (Santiago, 1935), páginas 73 y 84.

En general, pues, la Corte Suprema fundamentó la doctrina de la incorporación en la necesidad de proteger a los individuos mediante la extensión a ellos de los beneficios del derecho internacional, de acuerdo con la tendencia del derecho internacional moderno y de la legislación positiva chilena.

2.1.5. Los límites de la doctrina de la incorporación

La doctrina de la incorporación ha recibido en su aplicación por nuestras Cortes algunas limitaciones y precisiones que requieren un comentario especial.

a) La incorporación o recepción automática comprende solamente las reglas de derecho internacional consuetudinario, común o general. No se entiende automáticamente incorporado al derecho interno el "derecho internacional convencional", es decir, el establecido por los tratados internacionales. Los tratados internacionales requieren de un acto expreso de recepción para tener vigencia en el orden jurídico interno, según se verá en la segunda parte de este trabajo.

¿Se entienden incorporados automáticamente en el derecho chileno los "principios del derecho internacional"? La expresión "principios del derecho internacional" es usada un tanto indiscriminadamente en la práctica y requiere de algunas precisiones. Ella se emplea a veces como sinónimo de "derecho internacional común". Otras veces se reserva la misma expresión para designar las normas fundamentales del orden jurídico internacional, tales como el respeto a la soberanía territorial, el principio de que la jurisdicción internacional depende de la voluntad de las partes, el principio de que los tratados son obligatorios, etc. Los "principios de derecho internacional", en ambos sentidos, son "derecho internacional común" y, por lo tanto, son parte del derecho chileno.²³

Pero la expresión "principios de derecho internacional" se emplea también en otro sentido: para designar los principios que inspiran los tratados internacionales y las leyes internas que regulan ciertas materias de interés internacional. En efecto, ocurre a veces que una determinada materia de interés internacional, como la extradición y los modos de adquisición de la nacionalidad, se encuentra regida por tratados o por leyes internas que contienen principios semejantes; cada uno de estos tratados o leyes es formalmente diferente de los demás, pero todos están inspirados por principios comunes, ya que están destinados a satisfacer necesidades también comunes. Ahora bien, la ciencia del derecho internacional, por un proceso de comparación y abstracción, ha deducido de los tratados y leyes que rigen tales materias los principios generales que los inspiran. No hay que olvidar, sin embargo, que los principios así

²³ Lo son también los principios generales de derecho a que se refiere el artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

deducidos, que podríamos llamar "doctrinales", no son en sí mismos reglas o normas de derecho internacional positivo, sino meros enunciados doctrinales de valor científico.²⁴ Asimismo se incluyen comúnmente en esta categoría los principios que formulan los autores para inspirar el movimiento convencional o legislativo respecto de algunas materias de interés internacional y que les parecen deseables por responder a un criterio de utilidad, de justicia, o por estar en armonía con la naturaleza de las cosas o de la respectiva materia. Estimamos que nuestro Código de Procedimiento Penal se refiere a los "principios doctrinales" cuando establece que las solicitudes de extradición deben resolverse, a falta de tratados, según "los principios del Derecho Internacional".

En el caso de extradición en contra de Héctor Cámpora y otros, más conocido con el nombre de "caso de los peronistas", la Corte Suprema tuvo que decidir en 1957 qué debía entenderse por "principios de Derecho Internacional" en el contexto de los artículos 647, 642 y 651 del Código de Procedimiento Penal. La Corte expresó: "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".²⁵ Esta definición no es totalmente feliz. En efecto, en el contexto de las disposiciones legales mencionadas, la expresión "principios de Derecho Internacional" no puede significar normas fundamentales, ya que casi no hay normas consuetudinarias sobre extradición, sino diversos tratados de extradición de los cuales la doctrina infiere los principios generales que los inspiran, y opiniones jurídicas sobre diversos aspectos de esta institución. Sin embargo, la inexactitud de la definición no tuvo influencia en la sentencia dictada por la Corte, puesto que el tribunal no trató de determinar "las normas fundamentales" sobre extradición, sino tan sólo los principios generales esenciales que inspiraban diversas convenciones internacionales sobre esta materia.

En un caso de extradición activa (1959) la Corte Suprema define correctamente los principios de derecho internacional en materia de extradición como "el *communis ius traditionis*, o sea, los principios generales que dominan ordinariamente" esta materia.²⁶

Es indiscutible que los tribunales nacionales deben aplicar los principios doctrinales de derecho internacional en los casos en que así lo disponga un precepto interno; pero la jurisprudencia chilena no nos permite concluir que se extienda a ellos el principio de la incorporación automática. A lo más cabría pensar que los principios doctrinales pueden servir de elementos auxiliares para la determinación de normas de derecho internacional común.

²⁴ Dionisio Anzilotti, *Curso de Derecho Internacional*; traducción de la tercera edición italiana (Madrid, 1935), páginas 83-84.

²⁵ *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, octubre-diciembre de 1957, N° 102, página 775.

²⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66.

b) Los tribunales sólo aplican una regla positiva o un principio de derecho internacional cuando tal regla o principio ha sido generalmente aceptado por la doctrina y por gran número de Estados. No exigen la aceptación expresa de Chile; les basta la aceptación general:

"...para que pueda afirmarse que existe una norma internacional consuetudinaria —expresó la Corte Suprema en el "caso de los barcos daneses"— preciso es atender... a la extensión del consentimiento que exista acerca de la justicia de su uso, a su enlace con el pensamiento jurídico colectivo, buscándolo no sólo en el proceder de los poderes públicos, que con sus actos positivos concurren directamente al establecimiento de la práctica, sino también a la aprobación, pasividad, repulsa de los terceros gobiernos y de la opinión pública, singularmente de la parte más ilustrada de ella, es decir de los juriscónsultos".²⁷

Y en el "caso de los peronistas" la Corte Suprema expresó:

"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 existe una Convención no ratificada sobre la materia, o proyectos actualmente en gestación, no tienen la importancia y autoridad suficiente 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".²⁸

En una perspectiva similar se situó la Corte Suprema al pronunciarse en 1963 sobre la extradición de Walther Rauff, solicitada a Chile por la ex República Federal de Alemania. Después de examinar varios tratados multilaterales y bilaterales sobre extradición y diversas leyes sobre esta materia, la Corte concluyó que "conforme a los principios fundamentales predominantes del Derecho Internacional, la prescripción de la acción

²⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, 1955, segunda parte, sección primera, página 488.

²⁸ *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, octubre-diciembre de 1957, Nº 102, páginas 779-780.

El mismo punto de vista aparece expresado por Lord Macmillan en la Cámara de los Lores, en el caso *Compañía Napier v. Vascongada v. S.S. Cristina* (1938): "Actualmente se reconoce que es un requisito previo de la adopción en nuestro derecho interno de una doctrina de derecho internacional público que ella haya sido generalmente aceptada por las naciones civilizadas como regla de conducta internacional, evidenciada en los tratados y convenciones internacionales, en los libros de los traductores más prestigiosos, en la práctica y en las decisiones judiciales. Es manifestamente de la mayor importancia que los tribunales de este país, antes de dar fuerza de ley en este dominio a cualquier doctrina de derecho internacional, se cercioren de que ella tiene el sello del asentimiento general y de la reciprocidad". William W. Bishop, Jr., *International Law. Cases and Materials* (Boston, C. 1953), página 65.

penal se rige por las leyes del Estado requerido o del requeriente". Refiriéndose luego a las opiniones de diversos tratadistas según las cuales a la prescripción de la acción deben aplicarse solamente las leyes del Estado requirente, la Corte agregó:

"Que, en este caso, las opiniones de los publicistas no pueden utilizarse 'como medio para encontrarse la norma de derecho aplicable', porque, en orden a la prescripción, esa norma está explícitamente manifestada en las diversas fuentes del Derecho Internacional positivo, que se han relacionado precedentemente. Por lo demás, algunos de los autores aludidos reconocen que la doctrina que ellos preconizan no ha tenido acogida en el sistema jurídico internacional".²⁹

c) Los juicios en que se apliquen reglas de derecho internacional común deben subsumirse de acuerdo con las reglas contenidas en nuestras leyes para la ritualidad de los juicios. Ello fue claramente establecido por la Corte Suprema en el "caso de los barcos daneses". En este juicio el demandante tachó a varios testigos del Fisco sobre la base de que eran dependientes del Estado chileno, el cual, a través del Fisco, era parte en el pleito. Se fundaba esta tacha en que el derecho internacional público haría suyos los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y en que sería un principio de derecho procesal universalmente aceptado el que niega validez a las declaraciones de quienes, por estar en relación de dependencia jurídica con el que los presenta o por cualquiera otra causa, no pueden tener la calidad de testigos imparciales. La Corte rechazó esta argumentación en el siguiente considerando:

"Que el presente juicio, si bien se refiere a un asunto regido por el Derecho Internacional, cuyos principios son aplicables, como se verá en su oportunidad, no por eso su tramitación debería ajustarse a dichos principios. Por el contrario, en la substanciación de este litigio se han observado las normas del procedimiento civil chileno. Se trata de un juicio ordinario, seguido por todos sus trámites, con las modalidades que se contemplan en los artículos 53 Nº 3º y 98 Nº 5º del Código Orgánico de Tribunales. El Derecho Procesal chileno gobierna, pues, la ritualidad de este pleito y, por lo tanto, lo referente a los medios de prueba como a los medios para impugnarla, quedan sometidos a la disciplina del Código de Procedimiento Civil chileno".³⁰

La posición de la Corte Suprema nos parece inobjetable.

²⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LX, 1962, segunda parte, sección cuarta, página 185. En otros aspectos, esta sentencia nos merece diversas críticas de método y de enfoque.

³⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, segunda parte, sección primera, páginas 472-473.

d) Cuando los tribunales chilenos, llamados a aplicar principios de derecho internacional, se han encontrado en presencia de principios divergentes o de diversa extensión, se han inclinado a aplicar preferentemente aquellos que han contado con la aprobación de los órganos constitucionales chilenos.

—Esta tendencia aparece manifiesta en el “caso de los peronistas”. Nuestra Corte Suprema, después de puntualizar que la solicitud presentada por la República Argentina debe ser resuelta con arreglo a los principios de derecho internacional, intenta determinar cuáles son estos principios en materia de extradición. Para ello, la Corte recurre a los tratados de extradición suscritos por Chile: el Código de Bustamante, la Convención de Montevideo de 1933, la Convención de Caracas de 1954 y algunos tratados bilaterales. El análisis comparativo de estos instrumentos lleva al tribunal a la conclusión de que los principios contenidos en la Convención de Caracas son más amplios que los contenidos en los demás tratados, ya que la Convención de Caracas establece que la extradición no es procedente respecto de personas que, con arreglo a la calificación del Estado requerido, sean perseguidas por delitos políticos, ni cuando la extradición se solicita atendiendo a móviles predominantemente políticos. Los demás instrumentos, en cambio, no establecen una excepción tan amplia. ¿Qué principios aplicar: los contenidos en la Convención de Caracas o los que figuran en los demás tratados mencionados? La Corte resuelve esta cuestión expresando:

“En Chile deben ser aplicados preferentemente aquellos principios de carácter internacional que han sido aprobados por sus órganos constitucionales, puesto que constituyen una ley de la República”³¹

Luego la Corte comprueba que el Código de Bustamante ha sido ratificado por Chile, pero no por Argentina, y que la Convención de Montevideo ha sido ratificada por ambos países (aunque no sea aplicable en la especie porque los hechos ocurrieron antes de su vigencia); los dos instrumentos han sido aprobados por el Congreso Nacional, ratificados por el Presidente de la República y promulgados como ley. En cuanto a la Convención de Caracas,

“...como esta Convención sólo ha sido ratificada por seis naciones y no se encuentra ratificada por Chile ni por Argentina, su doctrina carece de la universalidad suficiente y de la necesaria solidez y estabilidad para constituir un principio de *Derecho Internacional* que venga a alterar lo estatuido en nuestra legislación positiva y en nuestros Convenios y Tratados sobre la materia. Sería menester que

³¹ *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, octubre-diciembre de 1957, N° 102, página 776.

el país, por medio de sus organismos constitucionales, diera aprobación a estas normas o bien que la doctrina manifestada en Caracas se convirtiera en una verdadera práctica generalizada e indiscutida por juriconsultos y magistrados, para que sus prescripciones constituyeran principios de Derecho Internacional que pudieran alterar lo establecido en el Código de Bustamante y Convención de Montevideo”³²

En presencia de principios divergentes o de diversa amplitud, la Corte se inclinó, pues, a preferir aquellos que habían sido aprobados por los órganos constitucionales chilenos sobre otros que no hubieran recibido tal aprobación.

Es interesante comprobar que el voto disidente de los Ministros señores Humberto Bianchi V., Ciro Salazar M. y Domingo Godoy P. no acepta este criterio “nacionalista” de la Corte Suprema. Según estos magistrados, si hubiera contradicción entre los principios derivados de las fuentes,

“...incumbe al Tribunal preferir y aplicar los que estime más en armonía con el mérito de los autos y el estado actual del Derecho, que en esta materia se halla en permanente progreso, sobre todo en las Naciones americanas”³³

Los Ministros indicados adoptan, pues, un punto de vista “progresista” según el cual en caso de conflicto entre principios doctrinales divergentes hay que preferir aquellos que estén más en armonía con el mérito de los autos y el estado actual del derecho. El voto disidente no nos explica el significado de la frase “el mérito de autos y el estado actual del Derecho”, pero cabe suponer que, en aplicación de este criterio, el juez debe investigar cuáles son las tendencias modernas en la materia y cuáles son los principios que, en la especie y dados los antecedentes del proceso, resguarden más el interés de la justicia.

—También se pronunció vigorosamente en contra del criterio nacionalista el Ministro Eduardo Ortiz Sandoval, en el voto disidente con que acompañara la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso sobre extradición de Walther Rauff:

“Es, pues, razonable —expresó— que para resolver un problema entre dos Estados a los que no ligan tratados sobre determinada materia, el legislador se remita a los principios del Derecho Internacional como una manera de dejar a las partes en igualdad de condiciones, lo que no se lograría si una de ellas tuviese opción a aplicar su versión nacional de una regla internacional”³⁴

³² *Ibid.*, página 780.

³³ *Ibid.*, página 810.

³⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LX, 1963, segunda parte, sección cuarta, página 189.

—En un caso de solicitud de extradición a la República Argentina, la Corte Suprema, para determinar los principios de derecho internacional aplicables, recurrió a dos instrumentos de carácter multilateral: el Código de Bustamante (firmado por Chile y Argentina, pero ratificado solamente por Chile) y la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo en 1933 (ratificada por ambos países, pero no aplicable en la especie por haberse cometido los hechos antes de su vigencia). La Corte recurrió a estas convenciones "porque representan mejores sistemas jurídicos que el revelado por otras Convenciones y porque abarcan un mayor radio de vigencia al vincular a la mayoría de los países sudamericanos".³⁵

No nos dice el tribunal por qué estimó que los principios contenidos en el Código de Bustamante y en la Convención de Montevideo son mejores y han tenido mayor aceptación que los contenidos en otros tratados. Sin embargo, de la lectura de la sentencia se desprende la razón que determinó la preferencia del tribunal: que el Código de Bustamante hubiera sido suscrito por Chile y Argentina y ratificado por Chile y que la Convención de Montevideo hubiera sido ratificada por ambos países.

Las sentencias que hemos citado para ilustrar la actitud que comentamos versan fundamentalmente sobre principios que hemos llamado "doctrinales", pero es presumible que nuestros tribunales adoptarán análoga actitud cuando deban escoger entre versiones diferentes de una norma *positiva* de derecho internacional común o general.

Estimamos, sin embargo, que esta tendencia a aplicar la versión nacional de un principio o norma de derecho de gentes no debe exagerarse. De otra manera, los tribunales se verían expuestos a aplicar principios que, aunque aceptados en otras épocas, han sido superados por el movimiento jurídico posterior.

Finalmente, una importante limitación de la recepción automática es la prevalencia que, según parte de la jurisprudencia, debe darse, en el plano interno, a la ley nacional sobre el derecho internacional común en caso de conflicto entre ambos. Estudiaremos esta cuestión en la sección siguiente.

2.2. SECCIÓN SEGUNDA: CONFLICTO ENTRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL Y LEY INTERNA

Se presentan a veces ante un juez nacional casos en que existe una contradicción aparente entre las normas de derecho internacional general aplicables, "incorporadas" en el derecho interno, y la legislación nacional. En estos casos el tribunal debe tratar de evitar el conflicto dando a la ley interna, si ello es posible, una interpretación que la concilie con la norma internacional. Esta actitud se basa en la presunción de que el legislador

no tuvo la intención de infringir las obligaciones internacionales del Estado. Como escribe Sir Francis Vallat,

"...hay una fuerte presunción de que el Parlamento no intenta cometer infracciones del derecho internacional. De acuerdo con ello, hay una presunción correspondiente de que cuando el Parlamento emplea un lenguaje general o un lenguaje que es ambiguo, no intenta cometer una infracción del derecho internacional y la ley será interpretada de tal manera que evite tal infracción. Como se expresa en el libro de Maxwell *Interpretation of Statutes*: Toda ley debe interpretarse y aplicarse, en la medida en que lo permita su texto, de manera que no sea inconsistente con la cortesía de las naciones (*comity of nations*) o con las reglas establecidas del derecho internacional".³⁶

En caso de conflicto *inevitable* entre derecho internacional común y ley interna, las soluciones adoptadas por los diversos sistemas jurídicos nacionales no son uniformes. En varios países, entre ellos Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia, los tribunales han establecido la primacía de la ley nacional en el foro interno. En otros, como la ex República Federal de Alemania, Italia y Grecia, las Constituciones y la jurisprudencia han consagrado la prevalencia del derecho internacional. La solución adoptada depende, en parte importante, de la posición de la judicatura dentro del orden constitucional respectivo.

La doctrina según la cual el juez nacional debe aplicar preferentemente su ley interna sostiene que el juez nacional es ante todo un órgano del Estado, que deriva su función y atribuciones del orden jurídico nacional, y que está sujeto a dicho orden, cuyas normas debe aplicar en el ejercicio de su actividad ordinaria. No le correspondería, en consecuencia, averiguar si las leyes de su propio soberano son o no contrarias a las prescripciones del derecho internacional; ésta sería una cuestión ajena a sus funciones: en el foro interno el tribunal debería aplicar la ley interna —su ley— aun si es contraria al derecho internacional.

Esta doctrina reconoce que, como consecuencia de la aplicación de una ley interna contraria al derecho internacional, puede surgir responsabilidad internacional para el Estado que la dictó y aplicó. Pero estima también que la cuestión de la responsabilidad no concierne al juez nacional: es el Poder Legislativo el que, antes de dictar la ley, debe considerar esta eventual responsabilidad, y el Ejecutivo (principalmente a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores) el que, después de ser aplicada la ley, si ella llega a dictarse, debe buscar los medios para enfrentar la responsabilidad emergente.

Por su parte, la doctrina que afirma la primacía del derecho internacional común sobre el derecho nacional en el foro interno, no hace una distinción tajante entre ambos órdenes jurídicos. Para ella todo el derecho

³⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66.

³⁶ *International Law and the Practitioner* (New York, (c) 1966), página 6.

constituye una unidad normativa, un solo sistema en que las normas están subordinadas jerárquicamente unas a otras. Dentro de esta jerarquía el derecho nacional está subordinado al derecho internacional, del cual sería una emanación o derivación. El juez interno, en virtud de un "dobleamiento funcional" —afirma esta teoría—, no sólo es un órgano interno, sino también, en cierto sentido, un órgano internacional. Por lo tanto, al decidir un caso, debería hacer primar el derecho internacional, orden jerárquicamente superior, sobre el derecho nacional, que está subordinado al primero. De esta manera, se evitarían divergencias internacionales resultantes de la aplicación de leyes nacionales contrarias al derecho de gentes.

Ahora bien, ¿cuál ha sido la actitud de nuestras Cortes en caso de oposición entre reglas generales de derecho internacional aplicables en la especie y leyes nacionales que establecen soluciones contrarias?

—Algunas sentencias han establecido que las leyes internas priman, en el plano interno, sobre el derecho de gentes. Recordemos algunas decisiones ya vistas. La Corte Suprema ha sostenido que las reglas de derecho internacional no se aplican en el orden interno cuando "en la legislación escrita de un Estado existan preceptos que excluyan expresamente algunas de ellas, los cuales preceptos serán entonces para ese Estado la correspondiente regla de Derecho Internacional". La Corte de Apelaciones de Santiago expresó que los principios de derecho internacional "suplen el silencio de las leyes ante situaciones no previstas por ellas".³⁷

—En un caso, decidido en 1917, la Corte Suprema expresó que, al establecer el artículo 5º de su Constitución quiénes son chilenos,

"...Chile ha ejecutado un acto de soberanía porque es una facultad inherente a ella, y, por tanto, a la independencia nacional, determinar los individuos a quienes confiere su nacionalidad, principio, por otra parte, conforme a las reglas más generalmente aceptadas del derecho internacional; pero si alguna contradicción pudiera existir entre estas reglas y las consignadas en la legislación de un país determinado, el conflicto que de ello pudiera resultar debería, incuestionablemente, ser resuelto por las reglas constitucionales con preferencia a las del derecho internacional".³⁸

En este caso la Corte afirma la prevalencia de normas *constitucionales* internas sobre las reglas de derecho internacional más generalmente aceptadas.

—La Corte de Apelaciones de Valdivia en *Castellu y otros con Direc-*

ción General de Impuestos Internos debió resolver si los reclamantes eran ciudadanos franceses o chilenos. La Corte expresó:

"Que se trata, pues, del conflicto que en el Derecho Internacional Privado es llamado de la doble o múltiple nacionalidad y que surge cuando cada una de las legislaciones de Estados diversos establece para sí la calidad de nacional respecto de un mismo individuo;

Que el intérprete debe buscar la solución de tal conflicto primeramente en las leyes positivas del Estado cuya soberanía representa y en defecto de esas leyes en las normas generales reconocidas del aludido Derecho Internacional".³⁹

La Corte se inclinó, pues, a dar primacía a las leyes internas sobre los principios generales de derecho internacional para resolver los casos de doble o múltiple nacionalidad.

—Fue en *Lauritzen y otros con Fisco*, decidido en 1955, que la Corte Suprema, apartándose de la doctrina sentada en las decisiones anteriores, enunció el principio contrario: la primacía, en el orden interno, de las reglas de derecho internacional consuetudinario sobre las leyes internas. Este aspecto del caso merece un estudio amplio.

La compañía demandante, de nacionalidad danesa, cobraba al Fisco chileno una completa indemnización por la requisición de cinco naves de su propiedad que había efectuado el Gobierno de Chile. El Fisco, en su calidad de demandado, sostuvo que la requisición de las naves estaba regida por dos leyes chilenas: la Ley Nº 6.415, de 4 de octubre de 1939 (artículo 24), y la Ley Nº 7.200, de 21 de julio de 1942 (artículo 27), especialmente por esta última. La Corte Suprema estimó en su sentencia que estas dos leyes no eran aplicables en la especie porque contemplaban la requisición de barcos chilenos, y no la de barcos extranjeros. Pero luego la Corte agregó:

"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..."⁴⁰

Más adelante la Corte expresa que, eliminada la posibilidad de aplicar las leyes Nºs 6.415 y 7.200, y por no existir otros preceptos que contemplen el caso en examen, sólo cabría aplicar los principios de equidad, pero,

"...como se demostrará más adelante, el Derecho Internacional ha establecido los principios que gobiernan la indemnización proveniente de la angaria, y es sabido que en estos casos prevalece la

³⁹ *Revisita de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XL, marzo a diciembre de 1943, segunda parte, sección segunda, página 74.

⁴⁰ *Revisita de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, 1955, segunda parte, sección primera, página 485.

³⁷ Véanse las referencias en páginas 12 y 13.

³⁸ *Gaceta de los Tribunales*, 1917, segundo semestre, página 562.

aplicación del Derecho Internacional sobre los preceptos de la legislación interna..."⁴¹

En otro considerando el tribunal señala que

"...no es del caso, tampoco, como sostiene la defensa del Fisco, pensar que pueden cobrar función jurídica los principios de la mora que establece nuestro Derecho Civil, porque, como se ha demostrado en este caso, los principios del Derecho Internacional prevalecen sobre el derecho interno"⁴²

En estas declaraciones la Corte Suprema afirma, pues, la prevalencia, en el plano interno, de la costumbre internacional sobre la legislación positiva chilena. En el considerando N° 114 la Corte Suprema se propone justificar esta afirmación.

En primer lugar, expresa el tribunal que la indemnización proveniente del ejercicio del derecho de angaria sería ilusoria si debiera ser regida por disposiciones emanadas del Estado, que es una de las partes.

Este argumento, aunque tiene algún peso, no nos parece concluyente. En efecto, es cierto que la indemnización proveniente del ejercicio del derecho de angaria podría llegar a ser ilusoria si debiera ser regida exclusiva y finalmente por la legislación del Estado requisante; pero una sentencia interna no decide la cuestión en forma definitiva. Efectivamente, si los tribunales de un país aplican una ley interna contraria a las reglas del derecho internacional sobre indemnización proveniente del ejercicio del derecho de angaria, se originará un hecho internacionalmente ilícito; los extranjeros perjudicados por la sentencia podrían, después de agotar los recursos internos, obtener el amparo diplomático de su propio Estado; dicho Estado podría exigir al país requisante el respeto del derecho internacional en la persona de sus nacionales y el pago a ellos de una indemnización determinada según las reglas de este derecho. En presencia de esta reclamación internacional el Estado que ejerció el derecho de angaria no podría invocar con éxito su propia legislación para eludir la indemnización dispuesta por el derecho internacional; la discusión entre ambos Estados deberá hacerse sobre la base del derecho internacional, única ley común a ambas soberanías, y si la controversia internacional surgida es sometida a un tribunal internacional competente, será el derecho internacional, y no la legislación particular del Estado requisante, el orden jurídico aplicable a la decisión.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico, este argumento de la Corte contiene cierta fuerza de persuasión. En efecto, un Estado puede mostrarse reacio, y aun negarse, por razones de conveniencia o de oportunidad política, a amparar diplomáticamente a algunos de sus nacionales y a patrocinarle una reclamación en contra de otro Estado. Por otra

⁴¹ Ibid., página 508.

⁴² Ibid., página 526.

parte, es un principio bien establecido en derecho internacional que ningún Estado está obligado, sin su consentimiento, a someter sus controversias con otro Estado al arbitraje, al arreglo judicial o a algún otro medio de solución pacífica. De esta manera, el Estado requisante puede encontrarse en situación de negar al Estado que lo cita ante una instancia internacional el beneficio de una decisión imparcial, y hacer así prácticamente ilusoria la indemnización proveniente del ejercicio del derecho de angaria. Se explica, entonces, que si las Cortes nacionales actúan como primeros contralores de la legalidad internacional de las leyes internas, sea menos probable que la indemnización proveniente del ejercicio del derecho de angaria resulte ilusoria.

En segundo lugar, la Corte intenta justificar la primacía del derecho de gentes sobre la legislación nacional invocando algunas sentencias que, según ella, establecerían esta primacía: sentencia pronunciada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del *The Wimbledon*; sentencia arbitral dictada por la Corte Permanente de Arbitraje en un caso de requisición de barcos noruegos (*Noruega contra Estados Unidos*), y decisión pronunciada por un tribunal de presas inglés en el caso del *Zamora*.

Las dos primeras sentencias no tienen relevancia en la especie. En efecto, los tribunales que las dictaron son tribunales internacionales cuya función es decidir las controversias con arreglo al derecho internacional y no de conformidad al derecho interno de las partes en litigio. Un tribunal internacional tiene ciertamente que afirmar, dentro de su ámbito, la prevalencia del derecho de gentes sobre el derecho interno de los Estados; ello no significa que la actitud de un tribunal interno deba ser necesariamente la misma.

La decisión pronunciada por el Comité Judicial del Consejo Privado, tribunal británico, en el caso del *Zamora*, sí tiene relevancia. Según nuestra Corte Suprema, el Comité "declaró, por decisión de 7 de abril de 1916, que una Corte de Presas británica no está ligada por el Derecho Nacional, pues sobre él debe prevalecer el Derecho Internacional"⁴³. Sin embargo, la simple lectura de la decisión británica nos lleva a la conclusión de que el Comité Judicial del Consejo Privado sostuvo, en verdad, el principio contrario. En efecto, en esta decisión el Comité expresó (por Lord Parker) que una *Order-in-Council* de Su Majestad que fuera contraria al derecho internacional no podía ser aplicada por la Corte de Presas, ya que esta Corte tenía el deber de aplicar el derecho internacional, "un derecho que no es dictado por ningún Estado en particular, sino que tiene su origen en la práctica y usos largamente observados por las naciones civilizadas en sus relaciones recíprocas o en un acuerdo internacional expreso". Pero en la misma decisión Lord Parker expresa:

⁴³ Texto de la decisión en Llewellyn Plankuchen, *A Documentary Textbook in International Law* (New York, 1940), páginas 884 y siguientes, especialmente página 887. La cursiva es nuestra.

"No puede, por cierto, ponerse en duda que una Corte de Presas, al igual que cualquiera otra Corte, está obligada por las disposiciones legislativas de su propio Estado soberano. Una Corte de Presas Británica estaría ciertamente obligada por las leyes de la Legislatura Imperial".

Y más adelante agrega:

"Sin embargo, el hecho de que las Cortes de Presas de este país estén obligadas por las leyes de la Legislatura Imperial no constituye fundamento para sostener que ellas [las Cortes] estén obligadas por las órdenes ejecutivas del Rey en Consejo (*Orders-in-Council*)."⁴⁴

La posición del Comité Judicial del Consejo Privado es suficientemente clara: una Corte de Presas británica debe, en principio, aplicar el derecho internacional, a menos que una ley interna resuelva la situación, caso en el cual debe aplicar la ley; sólo si la norma interna contraria al derecho de gentes no es una ley (*Act*) sino una *Order-in-Council*, el tribunal puede prescindir de esta última y aplicar el derecho de gentes.⁴⁵

El principio de que la ley interna prima en el orden jurídico británico sobre las reglas del derecho internacional común, aplicado por Lord Parker en el caso en estudio, está en armonía con la práctica de Gran Bretaña y de la generalidad de los países.⁴⁶ Mal pudo, entonces, el caso del *Zamora* ser tomado en cuenta por nuestra Corte Suprema para dar autoridad a su punto de vista. Por el contrario, este caso da autoridad al punto de vista opuesto.

En el "caso de los barcos daneses" nuestra Corte Suprema aplicó el derecho internacional consuetudinario en la misma forma en que lo habría hecho un tribunal internacional; sus considerandos no hacen siquiera la distinción expresa entre la aplicación del derecho internacional en el plano interno y su aplicación en el plano internacional. Estimando que el caso sometido a su decisión era uno de aquellos que, de acuerdo con el artículo 53 N° 3º del Código Orgánico de Tribunales, debía "juzgarse con arreglo al Derecho Internacional", la Corte se comportó, respecto del derecho sustantivo aplicable, como un verdadero tribunal internacional.

—En un fallo del año 1959, recaído en un caso de extradición activa, la Corte Suprema fue más allá que en el de los barcos daneses. En efecto, en uno de los considerandos del fallo la Corte Suprema expresa:

"Que por lo tanto y de acuerdo con el citado artículo 637 del

Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios de Derecho Internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principios que, por otra parte, priman siempre sobre los preceptos del Derecho interno del Estado. La costumbre internacional ha sido invariable en este sentido (White[man], 'Domestic [sic] in International Law', vol. II, página 1075; Cruchaga, 'Derecho Internacional', t. II, páginas 162 y 163, de Chile [sic], 1948; John Colombiols, 'The International Law of the Sea', páginas 392 y 394; Fauchille, 'Traité de Droit International Public', 8ª ed., vol. II, página 582, París, 1921)".⁴⁷

El considerando transcrito nos sugiere algunos comentarios:

a) desde luego, cualquiera que sea el alcance de las expresiones que hemos puesto en cursiva, es indudable que ellas constituyen un *obiter dictum* absolutamente innecesario de consignar;

b) los principios que prevalecerían sobre los preceptos de la legislación interna serían los de carácter doctrinal: aquellos que dominan ordinariamente la materia de la extradición, o sea, el *jus communis extraditionis*, no reglas de derecho internacional consuetudinario;

c) la "costumbre invariable" y los autores citados sólo comprueban la primacía del derecho internacional consuetudinario (no de los principios doctrinales) sobre la legislación nacional en el plano internacional (no en el plano interno).

Ahora bien, no se advierte cómo los principios generales sobre extradición pueden constituir un límite al Poder Legislativo de un Estado. En efecto, pensemos en algunos de estos principios: la extradición no procede por delitos políticos; el delito que la motiva debe estar sancionado en el país requerido y en el país requirente; etc. ¿No podría un Estado establecer en su legislación interna que concederá la extradición aunque el delito que la motiva sea de carácter político o no esté sancionado en su propia legislación?

La respuesta es claramente afirmativa. Si la prevalencia de las reglas generales del derecho de gentes sobre la legislación nacional en el plano interno es lógicamente posible, la prevalencia de los principios doctrinales sobre la legislación nacional en el plano interno es absolutamente inadmisibile.

Es aventurado predecir cuál será en el futuro la actitud de los tribunales chilenos en presencia de un conflicto entre una regla de derecho internacional común y una disposición legal chilena. La jurisprudencia examinada no nos proporciona criterios decisivos al respecto.⁴⁸

⁴⁴Véase nota anterior.

⁴⁵Más Lord Parker deduce la necesaria consecuencia del principio: "Pero no es menos cierto que si la Legislatura Imperial dictara una ley cuyas disposiciones fueran contrarias al derecho de gentes, la Corte de Presas al aplicar tales disposiciones, no estaría aplicando el derecho internacional. La Corte se encontraría privada de su propia función como Corte de Presas". *Op. cit.*, página 887.

⁴⁶J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6ª edición (Oxford, 1949), páginas 79-80.

⁴⁷*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66. La cursiva es nuestra. Las referencias y la fraseología empleada en este párrafo del fallo están tomadas de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en el "caso de los barcos daneses".

⁴⁸Don Manuel E. Ballesteros parece inclinarse a aceptar la primacía, en el plano interno,

3. SEGUNDA PARTE EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL

Las Constituciones de varios Estados contienen disposiciones expresas que establecen la relación entre los tratados o convenciones internacionales y el derecho interno en el plano interno (Francia, ex República Federal de Alemania, Países Bajos, etcétera).

En otros países, en cambio, no existen directivas constitucionales claras que ayuden al juez a resolver los problemas que suscitan las relaciones entre tratados y derecho interno. En estos países es la jurisprudencia la que, con mayor o menor coherencia, ha elaborado soluciones a estos problemas. Es el caso de Chile.

Examinaremos, a continuación, la actitud de los tribunales chilenos respecto:

- del valor interno de los tratados, y
- de los conflictos entre tratado y ley interna.

3.1. SECCIÓN PRIMERA: EL VALOR INTERNO DE LOS TRATADOS

3.1.1. La recepción de los tratados en el derecho interno

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifiesta formalmente en el ámbito internacional mediante la ratificación o la adhesión, seguidas del canje de los instrumentos de ratificación entre los Estados contratantes o del depósito del respectivo instrumento en poder del depositario designado. Desde la fecha de dicho canje o depósito, el tratado es obligatorio para el Estado que lo ha efectuado, a menos que el tratado disponga otra cosa.⁴⁹ Antes de manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado, un Estado debe dar cumplimiento a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, como las que requieran la aprobación del tratado por el Congreso, el Senado u otra autoridad.

La actual Constitución Política de Chile, de 1980, dispone que es atribución especial del Presidente de la República "llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso" (artículo 32 N° 17). Es atribución exclusiva del

del derecho de gentes sobre la legislación nacional: "I con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él". *La Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, tomo I (Santiago, 1890), página 571.

⁴⁹ En los procedimientos simplificados de celebración de tratados, el consentimiento se expresa mediante la sola firma del tratado o por canje de notas.

Congreso "aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley" (artículo 50, 1).⁵⁰

Según la opinión dominante, el tratado internacional sólo crea derechos y obligaciones entre los Estados contratantes, y no es en sí mismo fuente del derecho interno. Para que un tratado pueda producir efectos en el derecho interno es necesario que sus disposiciones sean introducidas en el orden jurídico nacional por medio de un acto expreso. Esta incorporación o recepción del tratado en el orden interno puede efectuarse dictando una ley que reproduzca el contenido del tratado y lo transforme, por así decirlo, en normas internas obligatorias.

Pero generalmente el mismo resultado puede obtenerse mediante un acto interno, como la promulgación, la publicación o la proclamación del tratado.

El tratado que ha sido debidamente incorporado en el derecho interno no podrá ser invocado por los particulares y deberá ser aplicado por los tribunales nacionales.

La jurisprudencia chilena ha estimado que un tratado, aunque sea obligatorio para Chile en el ámbito internacional, no tiene vigencia automática en el orden interno. Las reglas internacionales creadas por tratado no se entienden automáticamente incorporadas al derecho interno y, por lo tanto, no pueden ser aplicadas por los tribunales nacionales mientras no se efectúe su recepción o incorporación.

Tres son los requisitos que deben cumplirse, según esta jurisprudencia, para la recepción del tratado en el orden interno: la *aprobación legislativa*, la *promulgación* del tratado por decreto del Presidente de la República y la *publicación* en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio. Cumplidos estos trámites, el tratado tendrá en Chile valor y fuerza de ley. En cambio, la falta de cumplimiento de alguno de estos trámites priva al tratado de valor de ley en el orden interno.⁵¹ Estos principios han sido reiteradamente afirmados por nuestra jurisprudencia.

— En *Godoy y otros con Fisco*, la Corte Suprema declaró (1915):

⁵⁰ Dispone, además, el artículo 50, 1 de la Constitución: "Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley."

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61". Estos incisos señalan las materias que no pueden ser objeto de un decreto con fuerza de ley y las modalidades a que tal decreto debe ceñirse.

⁵¹ Véase el artículo de Jeannette Irigoin, "La Evolución del Papel del Congreso en los Acuerdos Internacionales", en *Ciento Cincuenta Años de Política Exterior Chilena*, Walter Sánchez y Teresa Pereira, editores (Santiago, Editorial Universitaria), páginas 125 y siguientes.

"Que si bien es facultad exclusiva del Presidente de la República mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los Tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y convenciones, como imperativamente lo indica el número 19 del artículo 73 de la Constitución Política del Estado, el mismo precepto agrega, en forma también imperativa, que los tratados antes de su ratificación se presentarán a la aprobación del Congreso", imponiendo de ese modo un requisito o trámite esencial para la terminación [sic] definitiva de esa clase de pactos, sin cuya concurrencia no podrán tener ellos ni vida legal ni fuerza obligatoria alguna".

"Que esta estructura jurídica de los tratados internacionales, y principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que sean ellos verdaderas leyes ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley, tal como la define el artículo 1º del Código Civil".⁵²

—En *Sucesión Juan Gardáiz con Fisco*, la Corte Suprema reiteró el mismo principio:

"Que los tratados internacionales, si bien son concluidos y firmados por el Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones especiales, revisten, sin embargo, los caracteres jurídicos de verdaderas leyes, porque para que tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que las leyes..."⁵³

Estos mismos conceptos fueron reiterados por la Corte Suprema, en 1936, en *Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla con Guzmán y otros*,⁵⁴ y en 1984, en *Copropietarios del predio de Galatúa en contra del Estado de Chile*.⁵⁵

3.1.2. Situación de los tratados que no han cumplido con los trámites internos de aprobación parlamentaria, promulgación y publicación

Ya hemos dicho que, según nuestra jurisprudencia, para que un tratado internacional tenga valor de ley en el orden interno es necesario que cumpla con todos los trámites internos que hemos señalado: aprobación

⁵² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, 1915, segunda parte, sección primera, página 104.

⁵³ *Gaceta de los Tribunales*, 1921, primer semestre, página 28.

⁵⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIII, 1936, segunda parte, sección primera, página 470 (considerando 8º).

⁵⁵ *Fallos del Mes* Nº 309, agosto de 1984, página 386.

legislativa, promulgación y publicación en el Diario Oficial. La falta de cumplimiento de alguno de estos trámites, según esta misma jurisprudencia, priva al tratado de valor de ley interna, sin perjuicio de que dicho tratado sea obligatorio en el plano internacional.

Mencionaremos algunas publicaciones que nuestros tribunales han hecho de este criterio.

— En su sentencia de 1913, recaída en *Godoy y otros con Fisco*, la Corte Suprema sentó la siguiente doctrina:

"Para interpretar una cláusula de un tratado internacional debe atenderse al sentido y tenor literal de ella y no puede tomarse en consideración el tenor de notas cambiadas con posterioridad entre el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile y el representante del Gobierno con el cual se celebró dicho tratado, para determinar por ellas cuál fue la intención o espíritu de los negociadores del mismo, ya que esos documentos no forman parte de la ley misma, ni han sido incorporados a ella por los medios que la Constitución señala a fin de darles fuerza obligatoria.

Por lo demás, estando destinados los tratados a producir efectos generales y permanentes, para que tales notas sirvieran de base a una interpretación auténtica, habría sido menester la aprobación del Congreso, ya que sólo corresponde al legislador y no al Ejecutivo explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio y con mayor razón cuando estos documentos, considerados en el sentido que lo pretende el recurrente, importarían, no una mera explicación de la referida cláusula, sino una modificación de su parte más substancial y pertinente, lo que en el fondo significaría la substitución de una estipulación por otra enteramente distinta".⁵⁶

Como se puede ver, en este caso la Corte Suprema desconoció el valor de ley a las dos notas referidas, por no haber cumplido con ciertos trámites internos, a pesar de que en el plano internacional el carácter contractual de dichas notas difícilmente podría ser discutido.

—No aplicó la Corte Suprema el mismo criterio al dejar sin efecto, por resolución de 10 de diciembre de 1969, ciertas medidas precautorias respecto de maquinarias enviadas a Bolivia a través de territorio chileno, que habían sido decretadas por el Segundo Juzgado de Letras de Antofagasta a solicitud de la Gulf Oil Co. El problema esencial que enfrentó la Corte era el siguiente: ¿tenían los tribunales chilenos jurisdicción sobre las mercaderías enviadas de Chile a Bolivia mientras se encontraban en tránsito por territorio chileno?

⁵⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, segunda parte, sección primera, páginas 95 y siguientes. La cursiva es nuestra. Los párrafos transcritos, redactados por los editores de la revista, sintetizan la doctrina referida.

En el Tratado de Paz, Amistad y Comercio de 1904 y en la Convención de Tránsito de 1937, Chile había reconocido a Bolivia el más amplio y libre tránsito a través de su territorio. En 1953, con ocasión de ciertas incidencias judiciales ocurridas en Antofagasta con relación a mercaderías en tránsito hacia Bolivia, los Ministros de Relaciones Exteriores de Chile y Bolivia firmaron la llamada Declaración de Arica. En ella expresaron que toda clase de carga en tránsito por territorio chileno, de o para Bolivia, "se halla sujeta a la jurisdicción y competencia exclusiva de las autoridades aduaneras bolivianas", y que, por lo tanto, las cuestiones suscitadas con relación a esa carga "sólo pueden ser conocidas y resueltas por las autoridades bolivianas", con exclusión de las autoridades chilenas.

La Declaración de Arica no consultaba la ratificación ni otro trámite para su entrada en vigencia; por lo tanto, no fue sometida en Chile a aprobación parlamentaria ni ratificada.

La Corte Suprema no examinó en su sentencia si el Tratado de 1904 y la Convención de Tránsito de 1937 excluían de la jurisdicción chilena la carga en tránsito a Bolivia. Se limitó a aplicar la Declaración interpretativa de 1953, la cual no había cumplido las condiciones que exigía la jurisprudencia anterior para reconocer a un tratado fuerza y valor de ley en el orden interno.⁵⁷

—En el caso de un recurso de amparo en favor de los señores Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier, los recurrentes invocaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratado ratificado por Chile y en vigencia internacional, pero que no había sido hasta entonces promulgado ni publicado. Sostuvieron los recurrentes que la expulsión de los amparados, fundada en el artículo 2º del Decreto Ley Nº 81, de 1973, no podía verificarse por ser contraria a dicho Pacto. Este último había derogado el artículo 2º del Decreto Ley Nº 81 y debía primar sobre la legislación nacional.

La Corte Suprema, en sentencia de 25 de agosto de 1976, resolvió que el Pacto "no ha sido promulgado como ley de la República y, por tanto, no puede servir de antecedente jurídico para sostener la derogación del artículo 2º del Decreto Ley 81 de 1973".⁵⁸

—Pero fue en la sentencia de 22 de octubre de 1984, recaída en el caso *Ortega Rodríguez, Leopoldo y otro* sobre recurso de amparo, que la Corte Suprema examinó detalladamente el requisito de publicación de un tratado en el Diario Oficial como condición de su aplicabilidad interna. A la época el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos había sido promulgado por decreto supremo, pero no publicado en el Diario Oficial.

Los recurrentes habían sostenido ante la Corte de Apelaciones que

⁵⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVI, segunda parte, sección primera, páginas 311 y siguientes.

⁵⁸ Sentencia consultada en el expediente respectivo (Rol Nº 20187-146).

debía tener aplicación en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual consideraban incorporado en nuestro derecho interno. El Pacto había sido ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y se encontraba en vigencia internacional desde el 23 de marzo de 1976. Había sido promulgado como ley de la República por Decreto Supremo Nº 778, de 30 de noviembre de 1976, pero ni este decreto ni el Pacto habían sido publicados en el Diario Oficial. En opinión de los recurrentes, la falta de esta publicación no era óbice para la vigencia interna del Pacto.

La Corte de Apelaciones rechazó los recursos interpuestos, con el voto disidente, en uno de los casos, del Ministro Paillan.

Apelada esta resolución, la Corte Suprema estimó que la materia se encontraba regida por el Decreto Ley Nº 247, de 31 de diciembre de 1973, el cual en su artículo 5º disponía: "Una vez que se haya efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial".⁵⁹ El texto de este precepto, expresó la Corte, dejó en claro que fue dictado en estricta observancia de lo dispuesto en los artículos 6º y 7º del Código Civil. Según estas disposiciones, en tanto la ley no sea publicada en el Diario Oficial, carece de fuerza obligatoria. Por ello, concluyó el tribunal,

"...encontrándose establecido en autos que ni el decreto promulgador del Pacto que ordenó cumplirlo como ley de la República, ni el texto del mismo han sido hasta la fecha publicados en el Diario Oficial, es fundado concluir que dicho Pacto carece de fuerza obligatoria en Chile, al igual que, en idéntica situación, carecería de ella una ley promulgada pero no publicada".⁶⁰

Señalaba también la Corte que su conclusión

"...del todo se conforma con la jurisprudencia sentada por esta Corte en la materia, para establecer lo cual sin recurrir a numerosas citas, parece bastante reproducir la conclusión que formula al respecto un reputado estudioso de dicha jurisprudencia, del siguiente modo: 'No se entiende, sin embargo, automáticamente incorporado al derecho interno chileno el derecho internacional convencional, es decir, el establecido por los tratados internacionales. Los tratados internacionales requieren de un acto expreso de incorporación para tener vigencia en el orden interno' (Santiago Benadava, 'Las relaciones

⁵⁹ Es dudoso, según autorizados comentaristas, que el Decreto Ley Nº 247 hubiera estado vigente a la época de la sentencia: habría sido derogado tácitamente por la Constitución de 1980. Fue expresamente derogado por la Ley Nº 18.903, publicada en el Diario Oficial de 19 de enero de 1990.

⁶⁰ *Fallos del Mes* Nº 311, octubre de 1984, página 590.

entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos'. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, Santiago, tomo LIX, 1962)".⁶¹

—El mismo criterio fue adoptado por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 11 de noviembre de 1986, confirmada por la Corte Suprema. Un recurso de protección había sido presentado por una exiliada, la cual pedía que se ordenara al Ministerio de Relaciones Exteriores publicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte de Apelaciones, reiterando la doctrina sentada en fallos precedentes, expresó:

"...siendo un hecho de la causa que el [P]acto no ha sido publicado, carece de valor legal y consiguientemente no ha podido originar el nacimiento de dichos derechos, que en la especie se traducirían en el derecho para exigir a la autoridad que permita el reingreso del recurrente al territorio de la Nación. Mientras la publicación no se haga, sólo existe para la afectada la mera expectativa de adquirir los derechos [del] que se trata..."⁶²

En la misma sentencia la Corte de Apelaciones expresó que tampoco procedía que ella ordenara al Ministerio de Relaciones Exteriores publicar el Pacto, por no existir entonces disposición constitucional o legal que diera a los tribunales facultad para compeler al Poder Ejecutivo a realizar dicha publicación.⁶³

3.1.3. Efectos de los tratados

La circunstancia de que el tratado tenga en Chile el mismo valor que una ley no significa que él ha de ser aplicado por los tribunales a toda clase de personas o en todo tiempo. Así, por ejemplo, el juez nacional no debe aplicar un tratado sobre condición jurídica de los extranjeros celebrado por el plazo de cinco años más allá del vencimiento de dicho plazo; tampoco podrá aplicarlo a súbditos de países a quienes no se extiendan las disposiciones del tratado. Antes de aplicar un tratado el juez nacional debe considerar cuidadosamente su ámbito personal, espacial y temporal de validez. El tratado es ley de la República, pero solamente dentro de lo estipulado en sus propios términos.

Así lo ha declarado la jurisprudencia.

⁶¹ *Fallos del Mes* Nº 311, octubre de 1984, página 590.

⁶² *Fallos del Mes*, 1986, Nº 336, página 798.

⁶³ El Pacto fue finalmente publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. Según expresó la Corte Suprema en su sentencia de 24 de agosto de 1990, sobre recurso de inaplicabilidad, desde esa fecha el Pacto "debe entenderse incorporado en la legislación interna" (sentencia consultada en el expediente respectivo).

—En el "caso de los barcos daneses", la Corte Suprema expresó:

"...no pueden invocarse, en este juicio, como preceptos obligatorios, las disposiciones de la Convención de Derecho Internacional Privado a que se alude, por cuanto el artículo 2º del Convenio que puso en vigor el Código de Derecho Internacional Privado, dispuso que 'las disposiciones de ese Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a ella', cuyo no es el caso".⁶⁴

—En *Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla con Guzmán y otros*, decidido en 1936, la Corte Suprema dijo:

"...no es del caso precisar el alcance que pueda dársele sobre el particular al Código Internacional Sánchez Bustamante, por cuanto solamente rige entre los países signatarios, entre los cuales no figura España..."⁶⁵

—En *Castillo, Filomena con Zalles, Juan Enrique*, la Corte Suprema declaró en 1955 que un funcionario boliviano no podía invocar ante los tribunales chilenos la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos suscrita en La Habana en 1928 porque dicha Convención no había sido ratificada por Bolivia. Expresó el tribunal:

"...los convenios internacionales, como los contratos entre partes, sólo son ley en la medida en que ambos interesados los suscriban y ratifiquen".⁶⁶

Sin embargo, un tratado no ratificado por Chile puede ser invocado o aplicado en un juicio no por su valor contractual sino:

a) como prueba de un principio seguido por Chile en materias en que hay soluciones contradictorias o en que la práctica no es clara ("contra Héctor Cámpora y otros"); y

b) como evidencia de lo que son las normas de derecho internacional consuetudinario en cierta materia, siempre que se pruebe que las normas de este tratado, aunque no son obligatorias como normas contractuales en el caso, cristalizan o codifican principios generalmente aceptados por los Estados, por los tribunales o por la doctrina.

—Así, por ejemplo, en el "caso de los barcos daneses" (*Lauritzen y otros con Fisco*), la Corte Suprema expresó:

⁶⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 472.

⁶⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIII, segunda parte, sección primera, página 470.

⁶⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXII, segunda parte, sección primera, página 253.

"Que los numerosos tratados [sobre el ejercicio del derecho de angaria], en su conjunto, son reveladores de una norma consuetudinaria internacional, de una práctica existente generalizada y repetida suficientemente para demostrar la exteriorización de una costumbre".⁶⁷

—Al dejar sin efecto la sentencia dictada por un juzgado del trabajo en el juicio caratulado "Marchant H., Manuel con Gobierno de China Nacionalista", la Corte Suprema aplicó, en 1969, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, que, a la época, había sido ratificada por Chile, pero no por la República de China. Expresó la Corte en su considerando 4º:

"Que la circunstancia de que la República de China no haya aún ratificado la Convención de Viena, no impide aplicar en nuestro país su artículo 31 [sobre inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos] porque se trata de un principio de Derecho Internacional común y consuetudinario que ese precepto ha cristalizado y del que sólo es una expresión..."⁶⁸

3.1.4. Tratados "self-executing" y tratados "non-self-executing"

Para que las cláusulas de un tratado internacional puedan ser aplicadas por los tribunales internos es necesario que dichas cláusulas sean *self-executing*, es decir, que tengan precisión normativa suficiente para ser aplicadas directamente en los casos de que dichos tribunales conozcan. En cambio, si las cláusulas carecen de esta precisión normativa, si no son suficientemente completas y detalladas, ellas requieren, para ser aplicadas internamente, que se dicten medidas legislativas o reglamentarias que las desarrollen. Naturalmente, en un mismo tratado puede haber disposiciones *self-executing* y disposiciones *non-self-executing*. Las primeras podrán ser aplicadas por los tribunales; las segundas sólo podrán serlo cuando hayan sido objeto de desarrollo legislativo o reglamentario posterior.

Es evidente que un Estado no podrá alegar la falta o insuficiencia de su legislación interna para dejar de cumplir o aplicar las disposiciones de un tratado, aunque estas disposiciones sean *non-self-executing*. Si las dis-

posiciones del tratado tienen este carácter, corresponderá al Estado dictar, dentro de un tiempo razonable, la legislación complementaria destinada a dar a tales disposiciones aplicación concreta en el plano interno.

—En su sentencia de 22 de octubre de 1984, ya mencionada, la Corte Suprema, después de declarar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no tenía en esa fecha valor de ley en Chile por no haber sido publicado en el Diario oficial, expresó que tampoco podía ser aplicado en el país por no haberse dictado aún la legislación nacional para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. Expresó la Corte en el considerando 12:

"Que, finalmente, la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el artículo 2º, párrafo 2 del propio Pacto en cuestión, el cual dispone: 'Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las *disposiciones legislativas* o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter'.

Este precepto toma, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordes en que sus estipulaciones carecían de la virtualidad de regularse 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".⁶⁹

—En su sentencia de 24 de agosto de 1990, que se pronunció sobre un recurso de inaplicabilidad presentado por don Alfredo Insunza Bascuñán, la Corte Suprema 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 —agregó—, 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..."⁷⁰

⁶⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 506.

⁶⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVI, segunda parte, sección tercera, página 129. En un auto acordado de 11 de abril de 1967, la Corte Suprema expresó que la falta de ratificación a la época, por Chile, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, cuya aprobación por el Congreso Nacional se encontraba entonces pendiente, y que ya estaba en vigencia entre más de cuarenta Estados, "no impide considerar sus normas como principios de Derecho Internacional universalmente admitidos".

⁶⁹ *Fallos del Mes* Nº 311, octubre de 1984, páginas 591-592. Según Delizner, en este fallo "la Corte Suprema utilizó un artículo del Pacto que precisamente fue impuesto para que los gobiernos no puedan evitar sus responsabilidades bajo pretexto de requerimientos internos". *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos* (Santiago, 1988), página 65. Este pronunciamiento de la Corte Suprema merece diversas críticas que razones de espacio no nos permiten consignar.

⁷⁰ Sentencia consultada en el expediente respectivo.

Los pronunciamientos citados hacen patente la necesidad de que Chile estudie, sin mayor tardanza, la dictación de la legislación necesaria para dar ejecución interna a las disposiciones *non-self-executing* de los tratados y convenciones internacionales en que es parte. De otra manera, el Estado está expuesto a incurrir en responsabilidad internacional al dejar sin aplicación una estipulación contractual que lo obliga internacionalmente. Y es sabido que el Estado no puede eludir esta responsabilidad alegando falta o insuficiencia de su legislación interna.

3.1.5. Interpretación interna de los tratados

Las convenciones internacionales, ha dicho la Corte Suprema, "requieren de una interpretación y aplicación cuidadosa de parte del gobierno por estar en juego la fe internacional".⁷¹

Tradicionalmente los tribunales chilenos han interpretado por sí mismos los tratados internacionales que han considerado relevantes en los casos sometidos a su conocimiento y han declarado que en esta labor interpretativa debían guiarse por las normas contenidas en el Código Civil sobre la interpretación de la ley. Así, por ejemplo, en *Godoy y otros con Fisco*, la Corte Suprema sostuvo que no era aplicable en la interpretación de un tratado la norma contenida en el artículo 1560 del Código Civil sobre interpretación de los contratos, sino las reglas sobre interpretación de la ley que establece el artículo 19 del mismo Código, y que, en consecuencia, cuando el sentido del tratado es claro, el intérprete no debe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Esta tradición tuvo un sorpresivo vuelco en 1987, en el caso de un recurso de protección interpuesto por don Omar Benicio González Moreau en contra del Ministro de Relaciones Exteriores. El recurrente había obtenido el título de "Doctor en Medicina y Cirugía" en la Universidad Lumumba, de la Unión Soviética, y el reconocimiento de dicho título por la Universidad de Guayaquil, del Ecuador. Más tarde solicitó el reconocimiento y la inscripción de su título al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, el cual se negó a ello. Estimando que tal negativa vulneraba diversas garantías constitucionales y el Convenio sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre Chile y Ecuador, de 17 de diciembre de 1917, el afectado recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones, la cual no dio lugar a su petición. En contra de esta sentencia el interesado recurrió ante la Corte Suprema. Este tribunal, después de dar algunas indicaciones sobre el alcance del artículo III del Convenio, expresó:

"5º) Que frente al examen de un Acuerdo Internacional como el de la especie, no puede olvidarse que, en conformidad a lo establecido

⁷¹ Fallos del Mes, 1985, Nº 65, página 31.

do en el artículo 32 Nº 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 artículo 33 de la misma Carta Fundamental, 'los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado'. Por otra parte, debe también tenerse presente que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 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 que haya de atribuirles a los términos del Tratado teniendo en cuenta su objeto y fin';

6º) 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 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 mencionada".⁷²

Esta decisión de la Corte Suprema, la cual se consideró vinculada por la interpretación de un tratado hecha por un Ministro de Estado, es novedosa y rompe una tradición judicial. En efecto, han sido los propios tribunales los que han interpretado los tratados al aplicarlos en las causas sometidas a su conocimiento. El Ministro de Relaciones Exteriores estaba en su derecho al dar su propia interpretación del Convenio chileno-ecuatoriano cuando se le solicitó la inscripción del título profesional; pero correspondía a la Corte dar la suya al pronunciarse sobre el recurso interpuesto en contra de la decisión del Ministro y hacerla prevalecer sobre ésta si fuera diferente. En nuestra opinión, no podía la Corte, dando un dudoso alcance a disposiciones constitucionales relativas a las atribuciones del Presidente de la República en el plano internacional, abdicar de una función que le es propia y que ningún texto legal atribuye a los Ministerios u otros órganos del Estado, a saber: interpretar las leyes y los

⁷² Fallos del Mes Nº 338, enero de 1987, páginas 987-988.

tratados internacionales aplicables en los casos sometidos a su conocimiento.⁷³

Sin embargo, a pesar de aceptar como definitiva la interpretación hecha por el Ministro, la Corte Suprema da algunas indicaciones para la interpretación del Convenio sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales. Expresa también la Corte que el Ministro de Relaciones Exteriores, al aplicar el Convenio, ha debido ceñirse a las normas sobre interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual, según señala, ha sido ratificada por Chile.

De esta sentencia parece desprenderse que, al interpretar un tratado, un tribunal chileno debe aplicar las normas de derecho internacional sobre interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3.2. SECCIÓN SEGUNDA: CONFLICTO ENTRE TRATADO Y LEY INTERNA

En algunas ocasiones los tribunales nacionales advierten que a la solución de un caso sometido a su decisión concurren tanto disposiciones internas como estipulaciones de un tratado en que el país es parte, las cuales parecen contradictorias entre sí.

En estos casos, el tribunal interno debe tratar de evitar el conflicto dando a la ley interna, si ello es posible, una interpretación que la concilie con las estipulaciones del tratado, pues, como hemos visto, hay que presumir que el legislador no ha pretendido dictar leyes contrarias a las obligaciones internacionales del Estado. La armonización entre disposiciones internas y estipulaciones convencionales será más fácil si el legislador utilizó expresiones ambiguas o si el tratado está destinado a regir situaciones especiales. Esta armonización podría permitir que ley y tratado coexistieran, cada uno dentro de su propia esfera.

Pero ¿qué ocurre en caso de conflicto real, es decir, si las disposiciones de la ley son absolutamente incompatibles con las del tratado, si el tribunal interno ha llegado a la conclusión de que es jurídicamente imposible evitar el conflicto entre unas y otras? ¿Qué debe hacer prevalecer el juez: la ley o el tratado?

El examen de la jurisprudencia chilena nos sugiere distinguir entre estas tres situaciones:

- conflicto entre disposiciones de orden constitucional y estipulaciones de un tratado;
- conflicto entre disposiciones de una "ley de orden público" y estipulaciones de un tratado; y

⁷³En el mismo sentido, John A. Dettner, *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos* (Santiago, 1988).

— conflicto entre disposiciones de una ley ordinaria y estipulaciones de un tratado.

Analizaremos estas situaciones separadamente.

3.2.1. Conflicto entre Constitución y tratado

Los tribunales chilenos han declarado que, en el plano interno, las disposiciones de la Constitución prevalecen sobre las de un tratado internacional en caso de conflicto entre unas y otras.

Dos son las sentencias más importantes que así lo afirman:

—El Tribunal Constitucional, en un fallo de 21 de diciembre de 1987, se pronunció sobre la aplicabilidad del artículo 8º de la Constitución de 1980 (hoy derogado) al señor Clodomiro Almeyda. El señor Almeyda había sostenido que dicho artículo transgredía la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que este último, aunque no había sido publicado todavía en el Diario Oficial, era aplicable en la especie.

El Tribunal Constitucional respondió a esta argumentación con los siguientes considerandos:

"26) Que la argumentación del señor Almeyda en este orden de ideas plantea diversas cuestiones jurídicas, tales como la incorporación de aquellos instrumentos internacionales en el orden positivo interno; la naturaleza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el punto de si el artículo 8º de la Constitución efectivamente infringiría los señalados instrumentos internacionales y, en fin, determinar la norma que debe prevalecer en el derecho interno ante una eventual contradicción entre una regla de Derecho Internacional convencional y un precepto de la Constitución Política de la República.

27) Que, sin embargo, resulta inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la ilegitimidad del artículo 8º 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 artículos 6º, 32 Nº 17, 50 Nº 1 y 82 Nº 2, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

28) 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 artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionales en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario.

29) Que, a mayor abundamiento, y sin pretender agotar el tema, atendido lo expuesto en los dos considerandos precedentes, el artículo 8° de la Constitución, cuya finalidad, según se expresa en la historia de su establecimiento, es 'proteger la democracia' y preservar 'los valores básicos en que se funda la institucionalidad' no vulnera normas internacionales, ya que éstas no deben interpretarse en el sentido de conferir derechos a personas o grupos de personas para realizar actos tendientes a destruir los valores aludidos".⁷⁴

El tribunal, siguiendo la tendencia dominante,⁷⁵ consideró que, como órgano del Estado, su deber primordial era aplicar la disposición de la Constitución Política que le parecía pertinente, aun si tal disposición fuera contraria a obligaciones derivadas para Chile de un tratado internacional en que era parte. Según este criterio, la Constitución Política es ley suprema que prevalece, en el orden interno, sobre cualquiera otra norma, aunque ésta sea de carácter convencional.⁷⁶

—En su sentencia de 19 de julio de 1988 la Corte Suprema tuvo ocasión de afirmar la prevalencia, en el orden interno, de una disposición de la Constitución Política del Estado sobre la de un tratado internacional en que Chile es parte. Se trataba de lo siguiente:

Se había presentado ante la Corte de Apelaciones de Chillán un recurso de protección en contra del señor Hans Ulrich Spohn, Primer Consejero de la embajada de la ex República Federal de Alemania en Chile, fundado en un supuesto quebrantamiento por dicho funcionario de la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 4° de la Constitución Política, que dice relación con el respeto y protección a la vida

⁷⁴ Diario *La Nación* de 23 de diciembre de 1987, página 13.

⁷⁵ Antonio Cassese, "Modern Constitutions and International Law", en *Recueil des Cours*, tomo 192 (1985), página 409.

⁷⁶ Señalamos de paso que el argumento de que la prevalencia, en el orden interno, de las normas constitucionales internas sobre las normas internacionales significaría permitir la reforma de la Constitución por un modo distinto del establecido en ella, no tiene mucha relevancia en el caso Almeyda. En efecto, habiendo Chile ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política, mal pudo el Pacto haber intentado "modificar" la Constitución que aún no existía. Véase el artículo de los profesores Rodrigo Díaz Albónico y Edgardo Riveros Marín, titulado "El asunto Almeyda y el Derecho Internacional" en el diario *El Mercurio* de 15 de enero de 1988, página A2.

privada y pública y a la honra de las personas y de sus familias.⁷⁷ La Corte de Chillán declaró carecer de jurisdicción para conocer del recurso en razón de que el señor Hans Ulrich Spohn gozaba de inmunidad de jurisdicción conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Esta sentencia fue apelada ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema decidió que la Corte de Apelaciones de Chillán tenía jurisdicción para conocer del recurso de protección interpuesto, que debía darle tramitación y, en su oportunidad, pronunciarse sobre el fondo. Entre los considerandos en que el tribunal fundó su decisión mencionemos los siguientes:

"13°) 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 [sic] 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'".

14°) Que lo que se viene sosteniendo se encuentra confirmado por la historia fidedigna del establecimiento de estas normas constitucionales...

16°) Que en el orden de ideas que se viene consignando, debe tenerse especialmente en cuenta lo que dispone el artículo 6° de la Constitución Política, que expresa: 'Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley'.

17°) Que conforme lo que se ha expuesto en los motivos anteriores

⁷⁷ El recurso de protección fue establecido por el artículo 20 de la Constitución Política, el cual dispone:

"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en [sigue una enumeración de artículos] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

Los derechos y garantías a que se refiere el inciso primero del artículo 20 son, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, la igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, etcétera.

res, el ejercicio de un recurso jurisdiccional de carácter constitucional como es 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, 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".⁷⁸

—En idéntico razonamiento, la Corte Suprema sentó la misma doctrina en un caso análogo. Varios miembros de la Colonia Dignidad interpusieron un recurso de protección, ante la Corte de Apelaciones de Concepción, en contra del señor Horst Kriegler, Cónsul de la ex República Federal de Alemania en esa ciudad. Dicha Corte había declarado carecer de jurisdicción en la especie porque los actos que motivaban el recurso habían sido realizados por dicho funcionario en el ejercicio de sus funciones, y estando, en consecuencia, amparado por la inmunidad de jurisdicción en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, en la cual Chile era parte.

Apelada esta resolución, la Segunda Sala de la Corte Suprema, por cuatro votos contra uno, declaró, en su sentencia de 14 de noviembre de 1988, que el tribunal de alzada tenía jurisdicción para conocer el recurso de protección interpuesto y le ordenó darle tramitación y pronunciarse, en su oportunidad, sobre el mismo.⁷⁹

La decisión de la Corte Suprema fue adoptada con el voto en contra del Ministro don Hernán Cereceda, quien estuvo por confirmar la resolución apelada. El Ministro Cereceda expresó en su voto disidente:

"2º Que la jurisdicción tiene 'límites' de diversa naturaleza, universalmente reconocidos, entre los que se encuentra la denominada 'inmunidad de jurisdicción' que se traduce en que ciertas personas no pueden ser juzgadas por los tribunales chilenos en cualquiera materia y de consiguiente sus resoluciones judiciales no afectan a esas personas que en virtud de un reconocimiento de la legislación interna o de reglas generalmente aceptadas del Derecho Internacional, gozan de fuero jurisdiccional.

3º Que la inmunidad tiene el alcance de un privilegio o prerrogativa en orden a que ningún Tribunal de la República puede someter a proceso de cualquiera naturaleza a una persona a la que en virtud del sistema interno se le haya reconocido la inmunidad de jurisdicción...

⁷⁸ *Fallos del Mes* Nº 356, julio 1988, páginas 392-393.

⁷⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXV, segunda parte, sección quinta, página 252.

5º Que las normas de la Constitución Política están armonizadas con las reglas de convivencia de los Estados, que justamente indican que personas de alta investidura no pueden ser juzgadas por los Tribunales internos, sino por los del país que representan; de ahí que como contrapartida el artículo 6º del Código Orgánico entrega al conocimiento de los tribunales nacionales el juzgamiento de los crímenes o simples delitos cometidos por un agente diplomático o consular chileno en el extranjero. Iguales normas contienen [sic] los países que suscribieron el pacto antes invocado en relación a sus agentes acreditados en Chile".⁸⁰

Un recurso de aclaración y rectificación presentado a la Corte Suprema respecto de su sentencia de 19 de julio permitió a este tribunal limitar los alcances de ella.

En efecto, en su decisión aclaratoria expresa la Corte que su sentencia de 19 de julio:

"...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 artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile, recurso que por sí mismo no tiene carácter sancionatorio, sea éste penal, civil o administrativo, sin que se pueda en razón de la inmunidad aludida disponer medidas compulsivas en contra del Agente Diplomático".⁸¹

Esta aclaración no es suficientemente explícita. En efecto, la Corte, al expresar que no se pueden adoptar "medidas compulsivas" en contra de un agente diplomático extranjero, se está refiriendo no a la inmunidad de la jurisdicción local, sino a otra prerrogativa del agente: la *inviolabilidad*. Esta última prohíbe, entre otras cosas, toda forma de detención o arresto del agente diplomático. Pero ¿va más lejos la declaración del tribunal? ¿restringe de alguna manera la doctrina general sentada por él en las dos sentencias referidas? El Ministerio de Relaciones Exteriores parece haber entendido que la "aclaración" ponía término al procedimiento entablado.⁸²

Comentando estas decisiones de la Corte Suprema, el profesor Francisco Orrego Vicuña escribe:

"En realidad, el punto de vista de la Corte reviste interés en que distingue entre la protección de los derechos humanos fundamenta-

⁸⁰ *Ibid.*, página 260.

⁸¹ *Fallos del Mes* Nº 356, julio de 1988, página 394.

⁸² Véase el interesante artículo del profesor don Francisco Orrego Vicuña titulado "Inmunidades Diplomáticas y Consulares y Derechos Humanos", que se publica en páginas 103 y ss. de esta obra. Este artículo analiza más detalladamente los dos casos.

les—representada en el caso por la acción para proteger derechos y aun el habeas corpus—y aquellos procedimientos que envuelven un elemento de sanción criminal, civil o administrativa. En tanto que las inmunidades diplomáticas y consulares constituyen, en varios grados, un obstáculo para tal procedimiento criminal, civil o administrativo, si la distinción es aceptada, las inmunidades no serían necesariamente un impedimento para la protección de los derechos humanos de la naturaleza descrita”.⁸³

En todo caso, en las sentencias relativas a los dos funcionarios alemanes, la Corte Suprema, sin hilar tan fino, afirmó la prevalencia, en el plano nacional, de una norma constitucional sobre la disposición de un tratado.

3.2.2. *Conflicto entre tratado y leyes de orden público*

En su sentencia dictada en 1963 en el caso de la extradición de Walther Rauff, solicitada a Chile por la ex República Federal de Alemania, la Corte Suprema formuló el siguiente enunciado de carácter muy general:

“Que las normas relativas a la formación, derogación y efectos de las leyes internas son de orden público, y constituyen una emanación irrenunciable de la soberanía de cada país. En este concepto, aquéllas no pueden estar subordinadas a las reglas restrictivas que se incorporen en los instrumentos que tienen fuerza en el ámbito del Derecho Internacional”.⁸⁴

En otros términos, las disposiciones legales internas relativas a la formación, derogación y efecto de las leyes, por ser de orden público, prevalecerían sobre las disposiciones de un tratado que pretendiera restringirlas o condicionarlas.

Este enunciado, en que la Corte da un sorprendente alcance a las normas sobre formación, derogación y efectos de las leyes, las cuales califica de leyes de orden público, merece serias reservas. No vemos razones que impedirían a Chile convenir normas internas sobre formación, derogación y efectos de sus leyes. Efectivamente, ¿por qué no podría Chile estipular en un tratado que, en cierta materia, no dictará con leyes efecto retroactivo? ¿No podría Chile pactar en una convención de extradición que una nueva legislación del Estado requerido posterior al delito no podrá impedir la extradición si ésta hubiera sido procedente según la legislación anterior al delito? A nuestro juicio, la respuesta es claramente afirmativa.

No es común, por cierto, que las materias de “orden público” a que

⁸³Ibid., página 44.

⁸⁴Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LX, segunda parte, sección cuarta, página 186.

se refiere la Corte sean objeto de regulación internacional, pero no es jurídicamente imposible que puedan llegar a serlo, y en el hecho a veces lo son. Las normas internas de “orden público” limitan, sin duda, la autonomía de la voluntad de las personas, pero no pueden limitar la competencia del Estado para celebrar tratados. No se ve entonces razón por la cual las normas convencionales convenidas por el Estado sobre estas materias no puedan prevalecer, en un caso específico, sobre las leyes internas que les sean contrarias.

3.2.3. *Conflicto entre tratado y ley ordinaria*

Corresponde ahora estudiar cómo han resuelto los tribunales chilenos los conflictos entre las estipulaciones de un tratado y las de una ley interna ordinaria. Llamamos ley ordinaria a la que no es ley constitucional ni ley de orden público.

Al respecto hay que distinguir dos situaciones:

a) *El tratado es posterior a la ley*

La primera situación se presenta cuando estando en vigencia una norma legal interna se celebra un tratado cuyas estipulaciones son contrarias a las de una ley anterior. En este caso primará el tratado sobre la ley, ya que el tratado es ley posterior y, a veces, también ley especial.

b) *La ley es posterior al tratado*

La segunda situación es la inversa de la anterior: existe un tratado en que Chile es parte, puesto en vigor en el plano interno, y se dicta posteriormente una ley cuyas disposiciones son contrarias al tratado anterior. ¿Qué prevalece: el tratado o la ley posterior?

Nuestros tribunales no han tenido inconveniente en afirmar que si el tratado anterior es un acuerdo simplificado que no ha cumplido con los requisitos necesarios para tener valor legal en el orden interno, prevalecen las disposiciones de la ley interna posterior, las que el tribunal debe aplicar. Veamos dos casos:

—En un dictamen del Fiscal de la Corte Suprema (1913), recaído en un caso de legalización de documentos, cuyas conclusiones fueron estimadas arregladas a derecho por la Corte Suprema, se dice:

“...si bien es cierto que hubo en 1901 un cambio de notas entre el señor Ministro de España y nuestro Ministro de Relaciones Exteriores, referente al acuerdo celebrado entre ellos para prescindir de las legalizaciones en el caso de rogatorias, civiles o criminales, que se librasen por conducto oficial entre ambos países, con la promulgación posterior de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, que dan reglas especiales para la tramitación de exhortos, ese acuerdo ministerial quedó de hecho sin valor ni efecto, ya que en ningún caso

puede prevalecer un acuerdo gubernativo sobre las disposiciones de la ley".⁸⁵

—Al año siguiente (1914), Argentina solicitó a Chile la extradición de un súbdito italiano. La petición de extradición se basaba en un protocolo o acuerdo ministerial celebrado por ambos países el 15 de marzo de 1894, que consultaba un *modus operandi provisorio* en materia de extradición. La Corte Suprema de Chile, negando lugar a la extradición, expresó:

"...tal Protocolo, que no es ley de la República y que, dentro del Derecho de Gentes, tampoco tiene las condiciones de un pacto superior a las leyes particulares de cada país, no puede prevalecer sobre las disposiciones positivas del Código de Procedimiento Penal de Chile promulgado el 12 de junio de 1906, que en su Título 6º del Libro III, estableció las reglas precisas a que, a falta de Tratados, debe sujetarse toda solicitud de extradición, tanto la activa como la pasiva".⁸⁶

Pero ¿cuál ha sido la actitud de nuestros tribunales cuando el tratado cuyas disposiciones son inconciliables con las de una ley interna posterior tiene el carácter, no de un acuerdo simplificado, sino de un tratado formal debidamente incorporado en el orden interno?

Del pronunciamiento que venimos de citar parece desprenderse también la prevalencia de un tratado incorporado en el orden interno sobre la ley posterior contraria. En efecto, la Corte Suprema no aplicó el *modus vivendi provisorio* por no tener las condiciones de un pacto superior a las leyes particulares de cada país. Razonando a contrario: si el convenio de extradición hubiera sido un tratado formal, aprobado por el Congreso, promulgado como ley de la República y publicado en el Diario Oficial, hubiera constituido "un pacto superior" a las leyes chilenas y primado sobre éstas.

—En *Duncan Fox y Cía. con Dirección de Impuestos Internos* (1932), la Corte Suprema tuvo oportunidad de aplicar su criterio sobre esta cuestión. La Dirección de Impuestos Internos había negado lugar a una petición del demandante para que se declarara la improcedencia del cobro de un impuesto. La resolución dictada por la Dirección se basaba en el artículo 46 letra a) de la Ley de Impuesto a la Renta, que establecía el impuesto cobrado. Apelada por Duncan Fox y Cía. la resolución de la Dirección, la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó dicha resolución. Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones Duncan Fox y Cía. interpuso un recurso de casación en el fondo por diversas causales, una de las cuales era la infracción del artículo 11 inciso 2º del Tratado de

⁸⁵ Carlos Castro Ruiz, *Jurisprudencia de la Cancillería Chilena*, tomo I (Santiago, 1918), páginas 117 y 118.

⁸⁶ *Ibid.*, página 141.

Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre Chile y Gran Bretaña, promulgado el 30 de noviembre de 1855. La Corte Suprema, al pronunciarse sobre el recurso, estimó que el cobro del impuesto estaba consultado expresamente en el artículo 46 letra a) de la Ley de Impuesto a la Renta y que la disposición invocada del Tratado entre Chile y Gran Bretaña no se encontraba vigente. Luego la Corte Suprema agregó *obiter*:

"...si la sentencia que nos ocupa fuera contraria a dicho Tratado, no sería ella la que lo desconocería sino la ley posterior [Ley de Impuesto a la Renta], que lo modificó y a la cual se amolda la resolución impugnada".⁸⁷

La Corte Suprema admitió, pues, que una ley posterior puede prevalecer en el orden interno sobre un tratado anterior y que es deber de la Judicatura aplicar la ley posterior al tratado cuyas disposiciones son opuestas a las de la ley.

—En un fallo de la Corte Suprema recaído en un caso en que un ciudadano costarricense invocaba los beneficios concedidos por la Convención sobre Ejercicio de las Profesiones Liberales firmada en México en 1902, la Corte expresó:

"...es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por acto unilateral de uno de los contratantes".⁸⁸

—El mismo criterio aplicó la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 7 de marzo de 1988, recaída en el caso *Cía. Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos*. La firma apelante había sostenido que un impuesto establecido en la Ley Nº 18.211 era contrario al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en que Chile era parte desde 1979. Se había, pues, producido un aparente conflicto entre un tratado obligatorio para Chile y una ley interna posterior a dicho tratado. Al respecto, la Corte de Apelaciones expresó:

"4º Que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, suscrito por Chile durante la Conferencia de Comercio y Empleo de las Naciones Unidas, celebrada en Ginebra, entre los meses de abril y octubre de 1947, se encuentra vigente en Chile desde marzo de 1979 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también vigente en este país se aplica con preferencia al derecho interno. Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, acto unilateral de una sola de las partes, como es

⁸⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, segunda parte, sección primera, página 106.

⁸⁸ Fallo consultado en el expediente respectivo.

el caso de la Ley Nº 18.211, que, en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado Acuerdo del GATT;

5º Que, en estas condiciones, sólo cabe concluir que el impuesto establecido por el artículo 10 de la Ley Nº 18.211 y su modificación sólo puede aplicarse respecto de operaciones de cobertura de importación de mercaderías que no sean originarias de países miembros del GATT y no se aplica a éstas, como sucede en la especie. Por otra parte, el tratado aludido tiene el carácter de ley especial con respecto a la Ley Nº 18.211, ya que se aplica sólo a determinados países y, en consecuencia, debe dársele preferencia.⁸⁹

La Corte no estimó que existía una contradicción entre el tratado en cuestión —el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio— y la Ley Nº 18.211, dictada posteriormente. Aplicó para ello el principio *Lex posterior generalis, non derogat priori speciali* (La ley posterior general no deroga la anterior especial). Tanto el tratado como la ley tenían su propia esfera de validez, de manera que no había contradicción entre ellos. El tratado se aplicaba a las operaciones de cobertura de importación de mercaderías originarias de países miembros del GATT; en tanto que la ley se aplicaba a las operaciones de cobertura de importaciones de países que no fueran miembros del GATT. El caso de autos estaba, pues, regido por el tratado y no por la ley.

Pero la Corte fue aún más lejos. En efecto, además de afirmar que el Acuerdo era ley especial en relación a la Ley Nº 18.211, expresó que debía prevalecer el Acuerdo sobre la ley, por dos razones:

—La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en que Chile es parte y vigente en el país, dispone en su artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..."; y

—Es inaceptable que un tratado —acto bilateral— pueda ser modificado por una ley interna —acto unilateral— dictada por uno de los países contratantes.

Al igual que en el caso anterior, la Corte atribuyó al tratado un valor superior al de la ley posterior, no sólo en el orden internacional, lo que es indiscutible, sino también en el orden interno. La Corte con esta actitud se negó a divorciar el tratado considerado como acuerdo entre Estados, del tratado considerado como ley interna.

—En su sentencia de 16 de junio de 1989 la Corte Suprema trató de armonizar las disposiciones del Tratado de Extradición entre Chile y los Estados Unidos, de 17 de abril de 1900, con disposiciones legales chilenas sobre libertad provisional de los reos.⁹⁰

⁸⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXV, segunda parte, sección segunda, página 12.

⁹⁰ *Fallos del Mes* Nº 367, junio de 1989, página 277.

Los hechos fueron los siguientes:

Por sentencia de 30 de noviembre de 1987 la Corte Suprema concedió al Gobierno de los Estados Unidos la extradición de Frankel Ivan Baramdyka, como presunto autor del delito de tráfico de estupefacientes. La extradición había sido precedida del arresto provisional del inculcado, en conformidad con el Tratado de Extradición entre Chile y los Estados Unidos.

Como al tiempo de concederse la extradición existía ante otro tribunal un proceso en contra del reo por giro doloso de cheques, la misma sentencia que concedió la extradición dispuso que la entrega de Baramdyka a los Estados Unidos quedaría diferida hasta que terminara dicho proceso o hasta que se extinguiera la pena a que en aquél fuera condenado el reo. No obstante esta instrucción, en el proceso por giro doloso de cheques se concedió la excarcelación bajo fianza al reo y éste fue puesto en libertad.

La Corte Suprema consideró impropio este excarcelación. En efecto, aplicando el Tratado de Extradición entre Chile y Estados Unidos, estimó que producido el arresto o detención provisional del prófugo en conformidad al artículo IV del Tratado, sólo podía cesar en los casos previstos expresamente en el referido tratado. De ello se seguía —continuó la Corte— que

"...habiendo habido en el caso de autos detención provisional conforme al artículo IV del Tratado, y habiéndole sucedido la petición formal de extradición, el arresto debe mantenerse por aplicación especial de tales disposiciones de carácter internacional, las que no han podido resultar modificadas en su alcance por aplicación de la ley interna, por preceptuarlo así el artículo 13 del Código Civil".⁹¹

Luego la Corte agregó:

"Que si el referido arresto, y la consiguiente orden de extradición del afectado, han debido mantenerse inalterables, por virtud del aludido Tratado de carácter internacional, se sigue que la excarcelación concedida al reo antes de que se encuentre concluido el proceso por giro doloso de cheques seguido en su contra o antes del cumplimiento efectivo de la pena que se le impusiere —entre el término del cual proceso y la entrega a las autoridades del país requirente no ha podido ni puede haber consecuencialmente solución alguna de continuidad—, lo ha sido en forma irregular y sin que al efecto se hayan seguido por la Corte de Apelaciones de Santiago las instrucciones precisas que al efecto se le dirigieron..."⁹²

⁹¹ El artículo 13 del Código expresa:

"Las disposiciones de una ley relativas a casos o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición".

⁹² *Fallos del Mes* Nº 367, junio de 1989, página 280.

En aplicación de este criterio, y actuando de oficio, la Corte Suprema dejó sin efecto la excarcelación del reo y dispuso su aprehensión y su detención hasta que el proceso por giro doloso de cheques quedara terminado o estuviese cumplida la pena a que en su caso fuese condenado el reo.

Un examen atento del fallo hace pensar que dos fueron las razones que tuvo la Corte para hacer prevalecer el régimen de detención previsto en el Tratado de Extradición sobre el régimen normal de libertad provisional de los reos. La razón expresamente mencionada por el tribunal es el carácter de ley especial que tiene el Tratado de Extradición entre Chile y los Estados Unidos en relación con el carácter general de las disposiciones legales internas sobre libertad provisional. De aquí la mención al artículo 13 del Código Civil. La segunda razón, que está más bien implícita, es "el carácter y obligatoriedad internacional" de las reglas contenidas en el Tratado de Extradición que "reglan en la materia las relaciones internacionales entre los Gobiernos de Chile y de Estados Unidos de América".

La jurisprudencia más reciente de los tribunales chilenos se inclina, pues, a admitir la prevalencia de un tratado internacional en que Chile es parte, debidamente incorporado al derecho interno, sobre una ley interna posterior a tal tratado.⁹³

3.2.4. *Primacía del tratado en el plano internacional*

Es conveniente insistir en que si un tribunal chileno aplica una ley interna contraria a las obligaciones que impone a Chile un tratado internacional en que Chile es parte, podrá configurar un acto ilícito internacional que hará incurrir al país en responsabilidad internacional. No podrá el Gobierno de Chile eludir esta responsabilidad alegando que la norma aplicada tiene carácter constitucional y que ella prevalece, en el orden interno, sobre las disposiciones de un tratado. Es la ley interna la que debe adaptarse al derecho internacional y no el derecho internacional a la ley interna.

⁹³Es esta también la conclusión de John A. Deitzner, *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos* (Santiago, 1988), páginas 11 y siguientes.

La Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, en informe de 3 de febrero de 1963, sostuvo que "con arreglo a la jurisprudencia administrativa, un tratado mientras está vigente, debe aplicarse preferentemente sobre la legislación interna de un Estado, ya sea anterior o posterior al Convenio de que se trata. La vigencia de un tratado internacional suspende la aplicación de las leyes nacionales que versen sobre la misma materia". Hugo Llanos, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, vol. I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, página 440). Véase también la práctica administrativa citada por el profesor Llanos.

4. CONCLUSIONES

Al término de este trabajo pueden presentarse las siguientes conclusiones:

1º Los tribunales chilenos deben aplicar y aplican los principios y normas de derecho internacional común o consuetudinario en aquellos casos en que un precepto legal interno así lo establece expresamente.

2º Nuestros tribunales consideran que las reglas generales del derecho internacional generalmente aceptadas forman parte del derecho chileno y deben ser aplicadas por ellos. Aceptan, pues, la doctrina de incorporación global y automática del derecho internacional común en el derecho nacional. La Corte Suprema ha fundamentado la adopción de esta doctrina en la necesidad de proteger los derechos de los individuos mediante la extensión a ellos de los beneficios del derecho internacional.

3º La incorporación global y automática ha sido aceptada con las siguientes limitaciones:

a) comprende solamente las reglas del derecho internacional común generalmente aceptadas, pero no los tratados internacionales, los cuales requieren de un acto expreso de incorporación para tener vigencia en el orden jurídico interno;

b) los pleitos en que se aplican reglas de derecho internacional común deben substararse según las reglas contenidas en nuestras leyes para la ritualidad de los juicios; y

c) en caso de que concurren principios o reglas de derecho internacional divergentes o de diverso alcance a la solución de un caso determinado, los tribunales se inclinan a aplicar preferentemente aquellos principios o reglas que han contado con la aprobación de los órganos constitucionales chilenos.

4º En caso de conflicto real, en el plano interno, entre las normas generales de derecho internacional común y la ley interna, nuestras Cortes habían establecido que debía prevalecer la ley interna. Sin embargo, en el "caso de los barcos daneses", la Corte Suprema estableció la solución contraria, es decir, la prevalencia, en el plano interno, de las reglas generales de derecho internacional sobre la ley nacional.

5º Los tratados internacionales sólo son aplicados como ley por los tribunales chilenos si han sido incorporados previamente al derecho nacional mediante su aprobación legislativa, promulgación y publicación en el Diario Oficial. El tratado debidamente incorporado tiene, en el plano interno, el mismo valor que una ley. La falta de alguno de los trámites de incorporación priva al tratado, en el plano interno, del valor de ley.

6º Para que las disposiciones de un tratado puedan ser aplicadas por los tribunales es necesario que sean *self-executing*. De otra manera su aplicación interna está condicionada a que se dicte legislación complementaria.