

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

XIMENA FUENTES TORRIJO

APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO

Convenio de Ginebra relativo al trato que se debe a los prisioneros de guerra

En *Barraza con Fisco*, la viuda e hijos de Hipólito Cortés Álvarez, torturado y ejecutado en el Regimiento Arica el 16 de octubre de 1973, demandaron al Fisco de Chile por el pago de una indemnización por daño moral¹. El Fisco de Chile rechazó la demanda invocando la falta de prueba de los hechos y la prescripción de la acción para perseguir la responsabilidad extracontractual (art. 2332 CC). El artículo 2332 del Código Civil dispone que: “las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”. En subsidio se invocó también la prescripción ordinaria de los artículos 2514 y 2515 del Código Civil.

Respecto de los hechos que sirven de fundamento para la demanda de indemnización por responsabilidad extracontractual, el fallo de primera instancia los da por probados y en este aspecto ese fallo no es apelado. En lo que se refiere a la operación de la prescripción de la acción civil, la sentencia de primera instancia señala que, como solamente en noviembre de 1998 fue posible encontrar los restos de Cortés Álvarez, a partir de esa fecha tuvieron los demandantes la posibilidad de deducir las acciones de indemnización correspondientes. De esta manera, en primera instancia se rechazó la aplicación del artículo 2332 del Código Civil, suspendiéndose el plazo de prescripción durante todo el tiempo en que los demandantes no encontraron el cadáver de Cortés Álvarez.

La Corte de Apelaciones de La Serena, conociendo en apelación, resolvió revocar la sentencia apelada. Se declaró en forma expresa que la prescripción del artículo 2332 del Código Civil invocada por el Fisco era inaplicable en este caso por tratarse de una responsabilidad del Estado regulada por normas jurídicas especiales (c. 4). Sin embargo, se decidió rechazar la demanda por la aplicación de la prescripción ordinaria de los artículos 2514 y 2515 del Código Civil.

Este comentario no se detendrá en los fundamentos que existen para aplicar la prescripción del artículo 2332 o la de los artículos 2514 y 2515 del Código Civil, ya que lo que ahora interesa son las cuestiones de derecho internacional público envueltas en este caso. A este respecto, la demandante alegó la imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria, argumento que trató de fundar en los artículos 130 y 131 del Convenio de Ginebra relativo al Trato que se debe a los Prisioneros de Guerra. La sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó que estas disposiciones pudieran interpretarse en el sentido alegado por la demandante. Más tarde, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo deducido en contra del fallo de la Corte de Apelaciones, declarararía la validez de la interpretación del tribunal de apelación. En este comentario se sostiene que efectivamente la casación debía ser rechazada, pero no se comparten los motivos invocados por la Corte Suprema.

Los mencionados artículos del 2º Convenio de Ginebra disponen lo siguiente:

ARTÍCULO 130

II. Infracciones graves

Las infracciones graves a que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, siempre que sean cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente a tenor de las prescripciones del presente Convenio.

ARTÍCULO 131

III. Responsabilidad de las Partes Contratantes

Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte contratante respecto a las infracciones previstas en el artículo anterior.

Para entender a cabalidad estas disposiciones es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 129 del Convenio:

ARTÍCULO 129

Sanciones Penales

I. Generalidades

Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere y según las prescripciones de su propia legislación, entregar dichas personas para que sean juzgadas por otra Parte contratante interesada en el proceso, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes.

¹Esta sección se ha ordenado de acuerdo a la fecha de adopción de los tratados internacionales invocados ante los tribunales nacionales, sin tomar en cuenta para los efectos de este orden la fecha de ratificación por parte de Chile ni la fecha de entrada en vigor en el país.

Cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.

Los inculpados gozarán en toda circunstancia de garantías de procedimiento y libre defensa que no podrán ser inferiores a las prescritas en los artículos 105 y siguientes del presente Convenio.

A juicio de la Corte de Apelaciones de La Serena,

la mencionada prohibición de exonerarse de responsabilidad que las señaladas convenciones [*sic*] imponen a los Estados contratantes no pueden interpretarse como una declaración de imprescriptibilidad de las obligaciones indemnizatorias que nacen de estos hechos, ni de las acciones tendientes a exigir tal responsabilidad, tanto porque tal declaración de imprescriptibilidad no se contiene de modo expreso en las Convenciones [*sic*] referidas, como porque tratándose de obligaciones de contenido puramente patrimonial como lo son las de indemnizar a los perjudicados, la idea de la prescripción extintiva no puede rechazarse sin violentar con ello un elemental criterio de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que, en ese orden puramente patrimonial como se dijo, no ha sido alterado por las convenciones [*sic*] mencionadas ni por otro estatuto legal.

En contra de esta sentencia la parte demandante recurrió de casación en el fondo, alegando que se habrían vulnerado los artículos 130 y 131 de las Convenciones de Ginebra [*sic*] y el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de esta última convención se refiere a las reglas generales de interpretación aplicables a los tratados internacionales, según las cuales

un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Lo primero que llama la atención en este caso es la referencia frecuente a los Convenios de Ginebra, como si todos ellos hubieran sido aplicables en la presente causa o como si todos ellos compartieran unos mismos artículos 130 y 131². En este error incurre tanto la Corte de Apelaciones de La Serena como la propia Corte Suprema. Es conveniente, entonces, aclarar que los Convenios de Ginebra de 1949 son cuatro: (1) el Convenio para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; (2) el Convenio para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; (3) el Convenio de Ginebra relativo al Trato que se debe a los Prisioneros de Guerra; y (4) el Convenio relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra (en adelante las referencias a ellos se harán por sus números). Todas estas convenciones tratan de regular distintos aspectos de los conflictos armados internacionales, esto es, de la guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que

² Todas las Convenciones de Ginebra de 1949 comparten dos artículos con el mismo contenido de los arts. 130 y 131 del 2º Convenio de Ginebra, pero si los tribunales que conocieron en las diversas etapas de este proceso hubieran querido indicar este hecho debieron haber individualizado cada uno de los artículos en las respectivas convenciones en las que existe coincidencia con los arts. 130 y 131 del 2º Convenio de Ginebra.

surja entre dos o varios de los Estados contratantes (art. 2, común a todas las convenciones). Las convenciones no comparten un mismo artículo 130 y 131, aún cuando el contenido que estas disposiciones tienen en el 2º Convenio de Ginebra se repite en determinados artículos de las otras convenciones. Al citar los artículos 130 y 131 la demandante se refería específicamente al Convenio de Ginebra sobre prisioneros de guerra. Además, los hechos de la causa permiten concluir que ésta es la convención relevante para la demandante y en la que intentó fundar sus pretensiones.

Otra cuestión que llama poderosamente la atención es que los tribunales que conocieron de esta causa en sus diversas etapas no hayan objetado *in limine* la invocación e intento de aplicación del 2º Convenio de Ginebra. Siendo este convenio un tratado cuyo ámbito de aplicación se limita a los conflictos armados internacionales, esto es, a los conflictos entre países (art. 2), hubiera bastado para rechazar la alegación de imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria que se fundó en el artículo 131 de esta convención, que se señalara que los hechos del caso no se habrían cometido en el contexto de un estado de guerra internacional entre Chile y algún otro país. El único juez que repara en este hecho es el ministro Benquis, que en su voto de minoría expresa que el recurso de casación en el fondo debió haber sido rechazado ya que los jueces del fondo no habrían podido incurrir en error de derecho al no aplicar en su sentencia disposiciones de un convenio cuya exclusiva finalidad es “la regulación de situaciones relacionadas con el tratamiento de los prisioneros en la eventualidad de producirse guerras o conflictos armados entre países”.

El fallo de mayoría de la Corte Suprema, sin embargo, aceptó la aplicabilidad del 2º Convenio de Ginebra, pero rechazó el recurso de casación de fondo deducido al estimar que el artículo 131 del Convenio no había podido ser violado por los jueces del fondo, ya que esta disposición no establece en forma expresa la imprescriptibilidad de las acciones de naturaleza pecuniaria derivadas de los delitos establecidos en la convención (c. 4). Podría pensarse, tal vez, que la Corte Suprema estimó que el artículo 131 sólo se refiere a la imprescriptibilidad de las acciones penales que se pueden iniciar en contra de los responsables de los graves delitos establecidos en el artículo 130. Sin embargo, esta lectura tampoco sería una lectura correcta de la disposición. El artículo 131 no se refiere a la responsabilidad de personas individualmente consideradas, sino que se refiere a la responsabilidad del Estado. El propio título con el cual comienza esta disposición es indicativo de ello: “Responsabilidad de las Partes Contratantes”. Esto se confirma con el propio comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja³ respecto del artículo 131, en el que se dice lo siguiente:

³ Los comentarios de la Cruz Roja sobre las disposiciones de los cuatro convenios de Ginebra fueron redactados bajo la dirección de Jean Pictet entre 1952 y 1959 y tienen gran fuerza doctrinaria respecto de la interpretación de los convenios.

Esta disposición naturalmente no se relaciona con la obligación de perseguir y sancionar a quienes cometan infracciones al Convenio, la que el artículo 129 establece como absoluta⁴.

Se trata, entonces, de la responsabilidad de los Estados y esa responsabilidad, si aceptamos que los Estados no son susceptibles como tales de responsabilidad penal, sólo podría ser pecuniaria⁵. Por lo tanto, la obligación de no exonerarse a sí mismo ni exonerar a otra parte contratante de las responsabilidades en que se haya incurrido respecto de los delitos descritos en el artículo 130, se refiere a las responsabilidades de tipo pecuniario que pueden derivar para los Estados de la comisión de esos delitos (homicidio, tortura, forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas del enemigo). En relación a este punto, el Comité Internacional de la Cruz Roja en su comentario al artículo 131 ha señalado lo siguiente:

De acuerdo a los comentarios sobre esta disposición hechos por la delegación italiana, que fue la que lo propuso, el Estado sigue siendo responsable de las violaciones a la Convención y no puede exonerarse a sí mismo de la responsabilidad fundado en que aquellos que cometieron las violaciones hayan sido sancionados. Por ejemplo, el Estado sigue siendo susceptible de pagar una compensación. Para un mejor entendimiento del sentido de esta disposición, ella debiera ser comparada con el artículo 3 de la Cuarta Convención de la Haya de 1907, que establece el mismo principio. En nuestra opinión, el artículo 131 tiene la intención de evitar que el vencido sea obligado en un acuerdo de armisticio o en un tratado de paz a renunciar a toda compensación debida por violaciones cometidas por personas al servicio del victorioso. En lo que se refiere a la compensación material por infracciones al Convenio, es inconcebible, al menos en el estado en que se encuentra el derecho hoy día, que los demandantes pudieran iniciar una acción por daños directamente en contra del Estado en cuyo servicio se desempeñaba la persona que cometió las violaciones. Sólo un Estado puede hacer tales demandas respecto de otro Estado, y ellas forman parte, en general, de lo que se conoce como "reparaciones de guerra"⁶.

La aseveración que se hace en el comentario de la Cruz Roja respecto de la imposibilidad de que se entablen acciones indemnizatorias directamente en contra de los Estados responsables debe entenderse en el contexto de las reclamaciones internacionales, en que, por regla general, los particulares no pueden demandar directamente a los Estados. Pero en un contexto nacional, nada obstaría a que los perjudicados demandaran al Estado ante los propios tribunales nacionales. La pregunta que cabría hacer, entonces, es si la prohibición de exoneración de responsabilidad solamente se relaciona con los reclamos de indemnizaciones a nivel internacional o si también tiene aplicación en el ámbito nacional. La pregunta es interesante y si la Corte Suprema estimaba que la Convención sobre trato de prisioneros era aplicable debió haber discutido

4 Ver comentarios en www.icrc.org (mi traducción de la versión en inglés).

5 Es interesante observar que, al tratarse sólo de la responsabilidad del Estado, tampoco se contiene aquí una prohibición de decretar amnistías respecto de las personas responsables de los hechos ilícitos enumerados en el art. 130 ni la de declarar prescrita la acción penal que se pueda intentar en contra de esas personas. Esta observación se refiere exclusivamente a la interpretación del art. 131 y no implica que no pueda encontrarse otro fundamento en el derecho consuetudinario o convencional para establecer la imprescriptibilidad de ciertos delitos o la imposibilidad de decretar amnistías.

6 Ver comentario en www.icrc.org (mi traducción de la versión en inglés).

el punto. Sin embargo, la pregunta era irrelevante para la resolución del caso, puesto que, si bien el artículo se relaciona con la responsabilidad pecuniaria del Estado, esa responsabilidad debió haber surgido a partir de una guerra o conflicto armado de carácter internacional que en este caso no existió.

En resumen, el artículo 131 que la Corte declaró inaplicable a la causa no lo era por tratarse esa disposición sobre la responsabilidad penal de los funcionarios involucrados, ya que la disposición trata precisamente de la responsabilidad pecuniaria del Estado. La razón para declarar inaplicable esta norma era que ella fue establecida para operar en el contexto de un conflicto internacional que en este caso nunca existió. Es claro, entonces, que los problemas de interpretación con los que se encontró la Corte Suprema habrían sido mejor resueltos si es que se hubiera reconocido desde el principio que el 2º Convenio de Ginebra regula las situaciones de los prisioneros en caso de guerra internacional y que no es aplicable a las situaciones de conflicto interno (salvo en el limitado ámbito del artículo 3 común a todos los Convenios de Ginebra, que para el argumento de la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de ciertos delitos era irrelevante)⁷.

En todo caso, aún cuando se insistiera en que el artículo 131 es aplicable al caso de una acción civil intentada por nacionales del propio Estado ante los tribunales nacionales respecto de hechos ocurridos durante una situación de conflicto interno, tendría razón la Corte Suprema en que la prescripción de la acción civil no puede equipararse a un caso de autoexoneración prohibida por el citado artículo 131. Esto es así porque la prescripción es de general aplicación, constituye una de las instituciones generales del sistema jurídico del Estado y se encuentra establecida con mucha anterioridad al conflicto.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En *Contra Aguilar Santibáñez*, la Corte Suprema conoció de un recurso de casación en el fondo en contra del fallo de segunda instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en que se condena al acusado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación. La causal de casación en el fondo invocada es la del Nº 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el haber la sentencia recurrida dejado de aplicar las normas sobre prueba de la participación del imputado establecidas en los artículos 110 y 111 del Código de Procedimiento Penal, y haber aplicado en vez la presunción del artículo 454 del Código Penal, la que no habría correspondido aplicar por encontrarse, según los argumentos de la recurrente, tácitamente derogada por aplicación del artículo 14 Nº 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La decisión de la Corte Suprema fue la de acoger el recurso de casación pero por una causal distinta a la invocada por el

⁷El art. 3 común a todos los convenios de Ginebra establece ciertas obligaciones mínimas en el trato que debe darse a las personas que participan en dichos conflictos, pero nada dice en cuanto a las responsabilidades que se siguen de la infracción de dichas obligaciones.

recurrente. En opinión de la Corte Suprema la infracción de ley se cometió por haber aplicado el fallo de segunda instancia la presunción del artículo 454 del Código Penal respecto de una persona en cuyo poder no se encontraba actualmente la especie robada. En efecto, el recurrente Aguilar Santibáñez reconoció haber tenido en algún momento en su poder la especie robada pero a la época de hallarse la especie ésta se encontraba en poder de un tercero. Este comentario no se detendrá en este último punto sino que se limitará a hacer algunas observaciones respecto de la invocación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 5 de la Constitución Política.

El artículo 454 del Código Penal contiene reglas relativas a la participación de los imputados por robo o hurto, estableciendo una presunción de autoría respecto de aquel sujeto en cuyo poder se encuentra la especie robada. De acuerdo a los argumentos presentados por la recurrente de casación, esa presunción no podría haberse aplicado en la causa al encontrarse el artículo 454 del Código Penal tácitamente derogado por aplicación del artículo 14 N° 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. El fallo recurrido, al no haber aplicado el artículo 14 N° 2 del Pacto habría también violado el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política que ordena a todos los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos se encuentra efectivamente ratificado por Chile y vigente en el país desde el 29 de abril de 1989.

La Corte Suprema rechazó el argumento de la recurrente. En su opinión no existió derogación tácita por no existir contradicción entre lo preceptuado por el artículo 454 del Código Penal y lo dispuesto en el artículo 14 N° 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La Corte sostiene, entonces, que la correcta interpretación de estas dos disposiciones permite conciliar su contenido. Es así como se subraya que la presunción de inocencia ordenada por el artículo 14 del Pacto “respeto la forma cómo la legislación nacional regula su sistema probatorio para determinar un hecho punible y las participaciones de personas implicadas en él”. De esta manera se llega a la conclusión que nuestro sistema jurídico no viola el principio de presunción de inocencia por el establecimiento de la posibilidad de aplicar presunciones legales o judiciales de culpabilidad.

Se puede reprochar, tal vez, que la Corte fue demasiado escueta en su examen sobre la compatibilidad de la presunción de inocencia y la presunción del artículo 454 del Código Penal. De la lectura del fallo el argumento de la Corte parece formalista, como si estuviera pensado que por contener el Pacto una referencia al sistema probatorio de cada país cualquier sistema probatorio pudiera ser estimado compatible con el artículo 14 N° 2 del pacto. Ciertamente

eso no es así. Es perfectamente concebible que existan presunciones de culpabilidad incompatibles con el principio de la presunción de inocencia. En este sentido, las presunciones deben cumplir con ciertos criterios que sustantivamente permitan tenerlas como compatibles con el principio de la presunción de inocencia. A modo ilustrativo, se puede mencionar que en España el empleo de presunciones (o lo que se llama prueba indiciaria), para ser estimada compatible con la presunción de inocencia, debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) los indicios deben estar plenamente probados por prueba directa; (ii) debe concurrir una pluralidad de indicios; (iii) debe existir un razonamiento deductivo que permita concluir ciertos hechos a partir de los indicios; (iv) ese razonamiento debe ser expuesto en la sentencia, cumpliendo así con la obligación de que los fallos deben ser fundados⁸. El fallo de la Corte Suprema, en consecuencia, debió haberse detenido a examinar si los presupuestos del artículo 454 del Código Penal, esto es, encontrarse la cosa robada o hurtada en poder del imputado y no poder éste justificar su legítima adquisición, eran suficientes como para otorgar a la presunción de dicho artículo un carácter razonable en el contexto de la aplicación del principio de presunción de inocencia.

Desde otro punto de vista, hay que observar que, habiendo en este caso desechado la Corte Suprema la tesis de la derogación tácita, no fue necesario que entrara a discutir el problema de la jerarquía del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en nuestro sistema jurídico ni el tema de la autoejecutabilidad del mismo.

Convención Americana de Derechos Humanos

En *Estévez De Vidts*, la Corte Suprema conoció de la apelación relativa al fallo de un recurso de amparo preventivo, presentado con motivo del arresto decretado en contra del señor Estévez por el no pago de ciertas imposiciones provisionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 17322. El fundamento del amparo preventivo fue la derogación tácita del mencionado artículo 12 por algunas normas de la legislación chilena y por el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos). La sentencia de primera instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca rechazó el recurso sin pronunciarse sobre el argumento basado en la supuesta derogación tácita del artículo 12 de la Ley N° 17322. La Corte Suprema, sin embargo, revocó la sentencia apelada citando para estos efectos el artículo 5 de la Constitución Política y el artículo 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica).

La sentencia de segunda instancia no se refiere en forma explícita al argumento de la derogación tácita, sin embargo, parece aceptarlo al señalar en forma tajante que la prisión por deudas en nuestro sistema jurídico se encuentra proscrita. El problema de la jerarquía que ocupan los tratados que se incorporan al sistema jurídico nacional no es examinado, sin embargo, llama la atención la mención al artículo 5 de la Constitución, cuyo inciso 2° es frecuen-

⁸Montañés, M A: *La Presunción de Inocencia* (Madrid: Aranzadi, 1999), pp. 106ss.

temente interpretado en el sentido de otorgar jerarquía al menos supralegal a los tratados sobre derechos fundamentales.

El fallo comentado, entonces, se presta para varias interrogantes. No queda claro si la Corte Suprema ha estimado que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen valor igual o superior a la ley. Para los efectos de la aplicación de la derogación tácita habría bastado con asignar al tratado una jerarquía igual a la de la ley. En ese caso entonces, no habría sido necesario citar el artículo 5 de la Constitución ni menos interpretarlo en el sentido de otorgar jerarquía constitucional a los tratados que garantizan derechos esenciales. Por otra parte, si la Corte hubiera estado pensando que el Pacto de San José tiene jerarquía constitucional, nos encontraríamos frente a un caso de derogación tácita a través de la aplicación directa de normas de rango constitucional.

Convención de los Derechos del Niño

En *contra Monsalves Cerda*, la Corte Suprema conoció de un recurso de nulidad deducido por la Defensoría Pública en representación del acusado, un menor de edad imputable que fue condenado a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de robo con violación sancionado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal. El recurso se fundó en la violación del artículo 37b de la Convención de los Derechos del Niño, vigente en Chile desde su publicación el 27 de septiembre de 1990, y en la violación del punto 17 N° 1a de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

El artículo 37b de la citada convención dispone que:

La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

El recurrente alegó que en este caso la privación mínima de libertad correspondía a 5 años y un día y no a la impuesta de 10 años. De acuerdo al artículo 433 del Código Penal, el robo con violación tiene asignada la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado. Por aplicación del artículo 72 del Código Penal, al menor de 18 años y mayor de 16 años que actuó con discernimiento se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable. Esa pena corresponde a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, cinco años y un día a 10 años. El tribunal oral estimó ser soberano, dentro del grado de la pena, para condenar a Monsalves Cerda, teniendo presente la mayor o menor extensión del mal producido por el delito (art. 69 CC). La recurrente alegó que la facultad del tribunal para determinar la pena concreta dentro del grado se encontraba limitada por aplicación del artículo 37(b) de la Convención de los Derechos del Niño. Por lo tanto, en el fondo la recurrente alegaba la modificación del artículo 69 respecto de los menores de edad, por efecto de la Convención de

los Derechos del Niño, restando discrecionalidad al tribunal, obligándolo, entonces, a aplicar la pena mínima dentro del grado de la pena aplicable.

La Corte Suprema estimó que no se había incurrido en una violación de un derecho asegurado por un tratado internacional ratificado por Chile y que se encontrara vigente, ni en una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que el artículo 37(b) de la Convención de los Derechos del Niño no habría sido aplicable al caso en cuestión, por su carácter de simplemente programático. Es decir, la Corte estimó que en este caso esa disposición de la Convención no era autoejecutable.

El criterio que empleó la Corte para hacer tal determinación fue el de la redacción de la disposición. En su versión en castellano la mencionada disposición comienza señalando que: “los Estados Partes velarán porque”. Para la Corte, apoyándose en el significado que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua otorga al verbo “velar”, el término velarán era indicativo del carácter no imperativo de la norma. Según el diccionario referido, velar es “cuidar solícitamente de una cosa”. No convence que este significado sea incompatible con el carácter imperativo del artículo 37 de la Convención. Es perfectamente posible “cuidar” o “velar” por el cumplimiento solícito de una obligación jurídica. Por lo tanto, el criterio literal en el cual se refugió la Corte para concluir el carácter no autoejecutable del artículo 37 de la Convención era claramente insuficiente. Este criterio habría sido fácilmente desvirtuado si es que la Corte hubiera reparado en la forma en que está redactado el encabezado de esta disposición de la Convención en inglés: “*State Parties shall ensure that*”. En el idioma inglés el término “*shall*” es indicativo de una orden imperativa. Para expresar algo menos que una orden imperativa, el idioma inglés recurre al término “*should*”.

Para reforzar su conclusión sobre el carácter no autoejecutable del artículo 37b de la Convención, la Corte subraya el hecho de que esta disposición contiene un reenvío a la legislación nacional. La norma efectivamente contiene una referencia a la legislación nacional, aunque no es posible concluir a partir de ello el carácter no autoejecutable de la disposición. La referencia a la legislación nacional consiste en requerir que las privaciones de libertad a que se pueden ver sujetos los niños deben llevarse a cabo “de conformidad con la ley”. Más adelante, se señala que la privación de libertad de un niño será por el período más breve *que proceda*. A juicio de la Corte el término “que proceda” también se refiere a la legislación nacional respectiva; es decir, la Corte interpreta que la disposición se refiere al período más breve que proceda según la ley. Estas referencias a la legislación nacional serían, según la Corte, indicativas del carácter programático del artículo 37.

Se puede objetar esta interpretación de la Corte ya que la referencia a la legislación nacional de los respectivos países no es necesariamente un criterio de no autoejecutabilidad de la norma internacional. Normalmente las referencias al derecho nacional indican que la norma está entregando un aspecto de la

regulación al sistema jurídico nacional. En este caso la referencia a la ley nacional tiene por objeto obligar a los Estados a aplicar el principio de legalidad. Esa obligación como tal es perfectamente autoejecutable. Por otra parte, se puede objetar también la interpretación que la Corte hizo del término “que proceda”, el cual no tiene relación con una referencia, que habría sido circular, a la legislación nacional, sino que en este caso el término se refiere a la conveniencia de la medida de privación de libertad que se aplica a un menor. En este sentido, nuevamente es útil revisar la redacción de la disposición en inglés, que señala que:

The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest *appropriate* period of time.

Por lo tanto, la Corte debió haberse centrado en examinar el carácter sustantivamente apropiado de la condena impuesta sobre Monsalves Cerda. La Corte podría haber subrayado el hecho de que el artículo 37 de la Convención otorga en este caso cierta discreción a las autoridades nacionales, puesto que no obliga a imponer la pena más corta disponible, sino la más corta que sea apropiada. Es así donde perfectamente podrían emplearse criterios razonables tales como la edad del imputado (cercana a la edad para ser plenamente imputable), la edad de la víctima y el mal causado a ésta última (en este caso también una menor de edad). De esta manera, sin necesidad de haber declarado un dudoso carácter programático de la norma, la Corte podría bien haber realizado una interpretación armoniosa entre la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 69 del Código Penal.

Se debe también observar que existe en el fallo un intento no muy claro por señalar que el artículo 37, además de ser programático, no era aplicable al caso por cuanto los supuestos fácticos de la norma no coincidían con los hechos del caso. En el considerando cuarto de la sentencia, la Corte parece afirmar que “el período más breve que proceda” sólo habría sido aplicable al momento de la investigación, detención o prisión preventiva, y no lo habría sido respecto de la condena. Para reafirmar esta interpretación se cita el artículo 40 de la misma Convención, que se refiere a la aplicación de los principios del debido proceso a los menores, y que se refiere a todo el período anterior a la condena. La interpretación es a todas luces forzada. En ningún caso puede estimarse que el artículo 40 corrobore la interpretación restringida del artículo 37 que quiso aplicar la Corte. Es cierto que el artículo 37 no habla expresamente del período de condena, ni habla de presidio, sino que sólo se refiere a la detención, el encarcelamiento y la prisión. Sin embargo, las convenciones internacionales no se pueden interpretar conforme al significado técnico que estos términos tengan en el derecho específico de una de las partes, en este caso el derecho chileno, puesto que se trata de convenciones que han sido elaboradas para ser interpretadas y aplicadas en muchos países, de tal manera que se trata de términos más bien genéricos. En este sentido, el encarcelamiento y la prisión deben entenderse como comprensivos del período de condena o presidio.

Un comentario final debe hacerse respecto de la invocación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁹ por parte del recurrente y el tratamiento que éstas recibieron de parte de la Corte. Como se dijo anteriormente, el recurrente funda su recurso de nulidad en la violación de la Regla 17 de las Reglas de Beijing. En esta parte la Corte debió haber declarado inmediatamente que tales Reglas de Beijing no sirven como fundamento de un recurso de nulidad, ya que no se trata de un tratado internacional. Las Reglas de Beijing no son en sí mismas fuente directa de derechos ni obligaciones de derecho internacional. En efecto, estas Reglas constituyen una resolución de las Naciones Unidas, con valor de recomendación y sin carácter jurídicamente vinculante. Sin embargo, la Corte parece aceptar su carácter de tratado internacional, limitándose a declarar su carácter programático (c. 5).

Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá (1996).

En *Ditec con Administración de Aduana*, la Corte Suprema conoció de la apelación de un recurso de protección fallado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el que se alegaba la vulneración del derecho de propiedad por un acto ilegal o arbitrario de la administración de aduanas de Osorno, al negarse ésta a autorizar la internación de un vehículo mientras no se pagara el llamado impuesto al lujo, establecido en el artículo 46 del DL N° 825.

En primera instancia el recurso de protección fue rechazado. La discusión ante la Corte de Apelaciones de Valdivia giró en torno al carácter de arancel del llamado impuesto al lujo y a la calidad de indubitado del derecho de propiedad supuestamente conculcado. En relación con este último punto, la Corte de Apelaciones de Valdivia estimó que no se cumplía con uno de los requisitos del artículo 20 de la Constitución por cuanto el legítimo ejercicio del derecho de propiedad estaba en cuestión, formando la materia misma de la reclamación. La recurrente de protección alegaba también que el impuesto al lujo debía entenderse tácitamente derogado por aplicación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, que eliminó las barreras arancelarias que existían entre ambos países respecto de determinados productos. La Corte de Apelaciones sostuvo que el impuesto al lujo no era arancel para los efectos del tratado de libre comercio con Canadá, sino un impuesto interno. Esta calidad de impuesto interno derivaría del hecho de ser un impuesto establecido en el DL N° 825, sobre impuesto a las ventas y servicios. Así, la Corte de Apelaciones dijo:

Por su propia naturaleza el impuesto establecido en el artículo 46 del DL 825, sobre Impuestos a las Ventas y Servicios, es un impuesto interno de Chile, que tiene su origen en una importación, sin que por ello pierda su calidad de tal (c. 5).

Conociendo de la apelación presentada en contra del fallo de primera instancia, la Corte Suprema lo revocó, dando lugar al recurso. La Corte concluyó

⁹ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40/33.

que en el caso del impuesto al lujo se estaba frente a un arancel aduanero por cuanto el hecho gravado era la importación. Se citó para estos efectos la letra del propio artículo 46 del DL N° 825:

Sin perjuicio de los impuestos establecidos en el Título II y en el artículo 43 bis, la importación de vehículos automóviles, del conjunto de partes o piezas para su armadura o ensamblaje en el país y de automóviles semiterminados, cuyo destino normal sea el transporte de pasajeros o de carga, con una capacidad de carga útil de hasta 2000 kilos, estará afectada a un impuesto del 85% que se aplicará sobre el valor aduanero que exceda de US\$ 16.361,97 dólares de los Estados Unidos de América.

Continuó la Corte señalando que, aún cuando se estimara que el impuesto al lujo es un impuesto interno, excluido por tanto del concepto de arancel, éste no podría haberse incluido en la excepción del artículo C-18(a) del Tratado de Libre Comercio por cuanto para esto se exige que los cargos equivalentes a un impuesto interno se conformen con lo prescrito en el párrafo 2 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, 1994), esto es, no ser discriminatorios. La discriminación consistiría en el hecho de que este impuesto grava solamente a los bienes importados, esto es, originarios de un país extranjero, en este caso Canadá.

De este modo, la Corte Suprema acepta que el artículo 46 del DL N° 825 es contrario al Tratado de Libre Comercio con Canadá y, por lo tanto, aunque no lo dice expresamente la sentencia, entiende que el decreto ley se encontraba tácitamente derogado respecto de los vehículos importados desde Canadá. Esta derogación implicaría que el impuesto al lujo sería inaplicable a los vehículos procedentes de este último país.

La primera observación que se puede formular a la decisión de la Corte Suprema se refiere al método de interpretación empleado para determinar el sentido y alcance de las disposiciones de los tratados internacionales relevantes en este caso. Es un principio general de interpretación que cuando se está frente a dos disposiciones legales aparentemente contradictorias, antes de declarar la derogación tácita de una de ellas, se debe tratar de conciliar ambas normas. Para estos efectos es importante aplicar las normas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en el país desde el año 1981, que permiten tomar en cuenta varios elementos relevantes. Lo primero que se señala por la Convención de Viena es la regla general de interpretación según la cual

un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1).

La intención de las partes también es un elemento relevante a la hora de interpretar un tratado y así se reconoce en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena:

ARTÍCULO 31

Regla general de la interpretación [...]

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado [...]

ARTÍCULO 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deja ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Aplicando estas reglas de interpretación la Corte Suprema debió haber tenido presente, además del elemento literal, el objeto del tratado y la intención de las partes, expresada esta última en los documentos y actas de reuniones elaboradas al negociar y suscribir el tratado. Esa intención, incluida la proyección de cada parte respecto de la influencia que el tratado tendría en su derecho interno, en la medida que fuera conocida y aceptada por la otra parte, cobra especial relevancia en este caso. En este sentido, existía la intención de excluir el impuesto al lujo de la exención tributaria contenida en el tratado, y esa intención al parecer fue discutida y aceptada por Canadá. Así consta en un oficio del Director General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, como lo deja claro el voto de minoría:

A la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores le ha correspondido una actuación directa en la negociación del Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá, por lo que resulta importante lo expuesto por el Director General de dicha repartición del Estado en oficio de 23 de Enero de 2001 dirigido al Director del Servicio de Impuestos Internos, cuyo texto ha sido acompañado a fojas 138 de estos autos. Allí se expresa que el impuesto del tantas veces referido artículo 46 cumple con las normas del Artículo III del GATT 1994, agregando textualmente lo siguiente: “Como antecedente adicional, en la negociación con Canadá se notificaron las leyes tributarias y se identificaron todas aquellas cargas o impuestos a la importación que quedarían incluidos dentro de arancel aduanero cuya eliminación se negoció, habiéndose discutido aquellas cargas o impuestos que pudieran presentar dudas de su inclusión en las excepciones consagradas en el artículo C-18 referido. Respecto al impuesto específico del artículo 46 del DL N° 825 no hubo discusión o cuestionamiento” (voto min).

Por lo tanto, se trataba de una intención de las partes relevante para la interpretación del Tratado de Libre Comercio, de la cual la Corte no quiso hacerse

cargo y que gravitaba fuertemente en favor de la exclusión de este impuesto del concepto de arancel contenido en el tratado.

Por otra parte, las reglas de interpretación de los tratados también deberían haber llevado a la Corte a concluir que, siendo un impuesto interno, el impuesto al lujo no violaba la regla del trato nacional contenida en el artículo III del GATT. Al respecto, cobra particular importancia el elemento teleológico contenido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que requiere tener en cuenta el objeto y fin de un tratado al momento de interpretarlo. Es así como la regla del trato nacional contenida en el GATT prohíbe discriminar entre productos similares cuando esta discriminación se realiza con fines proteccionistas. En este caso, no hay productos similares que comparar, ya que en Chile no se fabrican ni arman automóviles. El hecho de que en el artículo 46 del DL N° 825 hable solamente de un impuesto que se aplica a la importación de vehículos que exceden un cierto precio no puede tener por objeto un fin proteccionista puesto que no existe competencia con productos similares nacionales. Este punto es resaltado por el voto de minoría del ministro Rodríguez y se comprueba con la sola lectura del artículo III del GATT, que dispone lo siguiente:

1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.*
2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.

En la interpretación de este artículo III del GATT la Corte Suprema omitió un elemento importante: el examen de la jurisprudencia internacional que existe sobre la materia. Esa jurisprudencia se compone de las resoluciones de los grupos especiales y del órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio. Al respecto, en *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II* el órgano de apelación declaró lo siguiente en relación con el citado artículo III:

El objetivo general y fundamental del artículo III es evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores. Más concretamente, el propósito del artículo III “es el de que las medidas interiores no se apliquen a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional”¹⁰.

El peso que debe tener el objetivo general de evitar el proteccionismo queda claro en la siguiente declaración del Órgano de Apelación:

¹⁰ Informe del órgano de apelación en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, p. 20: WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (1996). En esta parte el informe es citado también en *Chile – Impuestos a las bebidas alcohólicas*, párrafo 7.8: WT/DS87/R, WT/DS110/R (1999).

El párrafo 1 del [...] artículo [III] formula el principio general de que no deberían aplicarse medidas interiores de manera que se proteja la producción nacional. Este principio general informa el resto del artículo III. La finalidad del citado párrafo 1 es establecer ese principio general y que sirva de guía para la comprensión e interpretación de las obligaciones específicas que figuran en el párrafo 2 del artículo III y los demás párrafos del mismo artículo¹¹.

Por lo tanto, si la Corte se hubiera detenido a estudiar la jurisprudencia que existe respecto del GATT, habría debido dar al artículo III una lectura que afirmara el derecho de Chile a perseguir objetivos nacionales a través de la tributación ya que no se violaba el artículo III del GATT¹². Para violar ese artículo es necesario que se esté frente a una situación en que existen productos similares o, productos que sean directamente competidores o que pueden sustituirse entre sí directamente. Ya que se trata de proteger la competencia en condiciones de igualdad entre los productos importados y los nacionales es necesario poder efectuar una comparación entre productos, que en este caso no era posible realizar puesto que en Chile no se fabrican ni arman automóviles. En lo que se refiere a los automóviles, los productos importados simplemente no tienen competencia nacional.

Podría haberse objetado que no sólo se intenta proteger contra el proteccionismo actual, sino también contra el eventual proteccionismo y que el DL N° 825 contiene la posibilidad de una discriminación futura. Sin embargo, como lo señaló el grupo especial en el caso *Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas* (cuyo razonamiento fue confirmado por el órgano de apelación)¹³, debe tratarse de una eventualidad que razonablemente quepa prever que ocurra en un futuro próximo dada la estructura del mercado y otros factores. En el presente caso, es claro que no existe la posibilidad próxima de que automóviles chilenos compitan con los automóviles importados.

En otro orden de ideas, cabe hacer algunas observaciones a la invocación directa del tratado por particulares ante tribunales chilenos. Ni la Corte de Apelaciones de Valdivia ni la Corte Suprema cuestionaron este aspecto de la autoejecutabilidad del tratado de libre comercio y para ambos tribunales pareció normal la vinculación entre el recurso de protección y el tratado. Se podría pensar que algunas disposiciones del tratado sirven para apoyar la invocabilidad directa del tratado ante tribunales nacionales en este particular caso. Así por ejemplo, la sección III del Capítulo N, que trata sobre procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas podría interpretarse en el sentido de reconocer implícitamente la posibilidad de que el tratado sea invocado directamente en contra de una de las partes ante sus propios tribunales nacionales. Así, el artículo N-19 dispone que:

11 Informe del órgano de apelación en *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, p. 22. 12 *ibid* p. 20.

13 Informe del Grupo Especial en *Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas*, párrafo 10.50: WT/DS75/R, WT/DS84/R (1998); *ibid.* párrafos 112 a 124: WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R (1999).

1. Cuando una cuestión de interpretación o de aplicación de este Tratado surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquier Parte considere que amerita su intervención, o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de una de las Partes, esa Parte lo notificará a su sección del Secretariado y a la otra Parte. La Comisión procurará, a la brevedad posible, acordar una respuesta adecuada.

2. La Parte en cuyo territorio se encuentre ubicado el tribunal o el órgano administrativo, presentará a éstos cualquier interpretación acordada por la Comisión, de conformidad con los procedimientos de ese foro.

3. Cuando la Comisión no logre llegar a un acuerdo, cada Parte podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, de acuerdo con los procedimientos de ese foro.

Por su parte, el artículo N-20 establece:

DERECHOS DE PARTICULARES

Ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su ley interna contra la otra Parte con fundamento en que una medida de la otra Parte es incompatible con este Tratado.

El artículo N-19 se pone precisamente en el caso en que una cuestión de interpretación del tratado surja en un procedimiento judicial o administrativo interno, de tal manera que podría interpretarse esta disposición como prueba del reconocimiento del derecho de los particulares a invocar el tratado, ya sea en contra de particulares, como en contra del propio Estado. Por su parte, el artículo N-20 prohíbe a los Estados otorgar acceso a sus tribunales para demandar a la contraparte respecto de una medida de ese país supuestamente incompatible con el tratado. En una interpretación *a contrario sensu* se podría interpretar que el derecho de acción en contra del Estado ante sus propios tribunales se presume existir. Sin embargo, ninguna de estas dos disposiciones obliga a las partes a otorgar ni da por hecho la existencia de un derecho de acción de los particulares en contra del Estado por la supuesta violación de alguna disposición del tratado.

Ambos artículos se encuentran en la sección sobre solución de controversias comerciales privadas, lo cual en principio se puede argüir para excluir la aplicación de estas disposiciones a controversias en las que se cuestione la legalidad o legitimidad de las actuaciones del Estado. El objetivo del artículo N-19 es disponer de una forma en que las cuestiones de interpretación o aplicación del tratado que surjan en controversias comerciales entre particulares sean resueltas en una forma que guarde coherencia con la interpretación que haga la Comisión de Libre Comercio o las propias partes. Este artículo, por lo tanto, tiene por objeto disponer de un mecanismo que pueda servir para evitar que se produzcan contradicciones entre lo que resuelvan los tribunales internos en controversias comerciales privadas y lo que resuelva la Comisión de Libre Comercio o las Partes respecto de la interpretación del tratado. La medida en que este objetivo de coherencia pueda lograrse dependerá del grado en que los tribunales internos sientan que tienen un deber de deferencia respecto de la interpretación de la Comisión de Libre Comercio o de las propias partes.

En conclusión, el artículo N-19 guarda silencio respecto de la posibilidad de invocar el tratado directamente en contra de un Estado ante sus propios tribunales por una supuesta violación del tratado.

El artículo N-20 tampoco puede esgrimirse como evidencia de la posibilidad de invocar el tratado en los tribunales internos directamente en contra del respectivo Estado. Esta disposición solamente prohíbe establecer este tipo de autoejecutabilidad respecto de la contraparte. En ese sentido, la disposición puede convivir perfectamente incluso con un criterio general de no autoejecutabilidad del tratado que el Estado respectivo quisiera que imperara en su derecho.

Por último, podría pensarse que el artículo L-05 del Tratado de Libre Comercio contiene una regla sobre autoejecutabilidad general del tratado al disponer que:

1. Cada Parte establecerá y mantendrá tribunales o procedimientos judiciales, cuasijudiciales o de naturaleza administrativa, para efectos de la pronta revisión y, cuando se justifique, la corrección de las acciones administrativas definitivas relacionadas con los asuntos comprendidos en este Tratado. Estos tribunales serán imparciales y no estarán vinculados con la dependencia ni con la autoridad encargada de la aplicación administrativa de la ley, y no tendrán interés sustancial en el resultado del asunto.

2. Cada Parte se asegurará de que, ante dichos tribunales o en esos procedimientos, las partes tengan derecho a: (a) una oportunidad razonable para apoyar o defender sus respectivas posturas; y (b) una resolución fundada en las pruebas y presentaciones o, en casos donde lo requiera la legislación interna, en el expediente compilado por la autoridad administrativa.

3. Cada Parte se asegurará de que, con apego a los medios de impugnación o revisión ulterior a que se pudiese acudir de conformidad con su legislación interna, dichas resoluciones sean puestas en ejecución por las dependencias o autoridades y rijan la práctica de las mismas en lo referente a la acción administrativa en cuestión.

Sin embargo este artículo se refiere al establecimiento de un procedimiento de revisión e impugnación de las resoluciones administrativas definitivas de aplicación general que son, según lo dispone el artículo L-06, resoluciones o interpretaciones administrativas que se aplican a todas las personas y situaciones de hecho que generalmente entren en su ámbito, y que establecen una norma de conducta, que no incluye: (a) resoluciones o fallos en procedimientos administrativos o cuasijudiciales que se aplican a una persona, bien o servicio en particular de la otra parte en un caso específico; o (b) un fallo que resuelva respecto de un acto o práctica en particular.

Por lo tanto, sólo resta encontrar la respuesta sobre la posibilidad de invocar directamente las disposiciones del tratado en contra del Estado de Chile ante tribunales chilenos en un examen específico del caso en cuestión que tome en cuenta las disposiciones del tratado y las normas legales involucradas, así como los efectos que la respuesta a esta cuestión tenga respecto de la aplicación general del tratado de libre comercio. No existe para estos efectos una respuesta fácil en nuestro derecho, puesto que las relaciones generales que existen entre el derecho interno y el derecho internacional han sido mínimamente regladas. De esta ma-

nera el camino está abierto para que se realicen contribuciones jurisprudenciales, dirigidas a determinar los criterios relevantes que permitan distinguir cuándo un tratado o una de sus disposiciones puede ser invocada directamente ante los tribunales nacionales. La Corte Suprema no quiso en este caso, ni ha querido en otros, entrar a explorar estos posibles desarrollos jurisprudenciales. En el presente caso, algunos de los criterios que podrían haberse desarrollado para argumentar sobre la imposibilidad de invocar el tratado de libre comercio en contra de la administración en un recurso de protección son las siguientes: (a) que los tratados de libre comercio, a diferencia de los tratados sobre derechos humanos, son tratados entre estados que no tienen por objeto el establecimiento de derechos para los particulares (excepto en el campo de la protección de inversiones); (b) que por ese mismo motivo los medios de solución de controversias apropiados, que los propios tratados de libre comercio se encargan de establecer, son medios jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales de carácter internacional, en que las partes son estados y los particulares solamente actúan a través de su propio Estado (excepto en el campo de la protección de inversiones); (c) que la solución de controversias en materia de comercio internacional intenta otorgar todas las oportunidades para que las partes, los Estados, lleguen a un acuerdo, cuestión que no sería posible ni tendría necesariamente efectos en un procedimiento judicial en que una de las partes es un particular que podría no compartir la interpretación de los Estados; (d) que para la solución de estas controversias se requiere de jueces especialistas y con experiencia en temas de libre comercio; y (e) que los tratados de libre comercio implican un equilibrio entre los beneficios que se han otorgado recíprocamente los estado parte y que no es conveniente que ese equilibrio se pueda romper al margen de la voluntad de los estados por decisiones de tribunales nacionales. La conjugación de todos estos factores puede llevar a concluir que otorgar un papel activo a los tribunales internos en la aplicación de las disposiciones de un tratado de libre comercio puede obstaculizar más que cooperar a la buena relación comercial entre los estados parte.

EXTRADICIÓN PASIVA

Requisito de la doble incriminación

En *Contra Ibáñez*, la Corte Suprema conoció de la apelación de la resolución de primera instancia que autorizaba la extradición del nacional argentino Fernando Roberto Ibáñez. El 29 de enero de 2003 la embajada argentina solicitó, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, la detención y extradición del señor Ibáñez, requerido por el Tribunal Oral en lo Criminal de Salta como imputado del delito de falsificación o adulteración de documento público. Los hechos por los cuales el tribunal argentino procesó a Ibáñez se refieren a la adulteración que éste habría realizado en su documento de identidad, habiendo agregado en forma manuscrita un segundo apellido, habiendo alterado una fecha y el número original, entre otras modificaciones burdas y

evidentes. Esta adulteración del documento de identidad de Ibáñez fue descubierta en un control policial efectuado en el hotel en el que éste se hospedaba en la ciudad de Salta. El delito por el cual se procesó a Fernando Ibáñez es el establecido en el artículo 292 del Código Penal Argentino, el cual dispone que:

El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado. Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Argentina y Chile son partes de la Convención Multilateral de Extradición de Montevideo de 1933 y, por lo tanto, las solicitudes de extradición entre ambos países se rigen por las disposiciones de este tratado. Los requisitos que ese tratado establece para la extradición son los siguientes: a) que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido; b) que la pena asignada al delito sea de un mínimo de un año de privación de libertad; c) que la acción penal no esté prescrita; y, d) que no se trate de un delito político.

El ministro instructor de la causa decidió otorgar la extradición solicitada. En particular, en esta primera instancia se decidió que concurría el requisito de la doble incriminación, ya que los hechos calzaban con el delito tipificado en el artículo 194 del Código Penal chileno, de falsificación de documento público. Sin embargo, habiéndose apelado el fallo de primera instancia, la Corte Suprema decidió revocar la sentencia y rechazar el pedido de extradición, fundada en no existir correspondencia entre el hecho delictivo tipificado en el artículo 292 del Código Penal argentino y el artículo 194 del Código Penal chileno. En el primero se exige que de las adulteraciones pudiera resultar perjuicio, cuestión que no se exige en el tipo chileno. De esta manera, la Corte Suprema concluyó que no se cumplía con el requisito de la doble incriminación establecido en la Convención de Montevideo de 1933.

La interpretación de la Corte Suprema en cuanto al requisito de la doble incriminación merece algunos comentarios. El requisito de la doble incriminación no exige la identidad de los tipos penales en los sistemas jurídicos respectivos. Lo que se exige es que la conducta del imputado sea constitutiva de delito en ambas jurisdicciones. De esta manera, es perfectamente posible que, existiendo algunas diferencias en los tipos penales, la conducta en cuestión haya podido ser calificada como delito tanto en el país requirente como en el requerido. Éste sería el caso en que la conducta de la persona requerida hubiera podido ser subsumida dentro del tipo penal argentino, por cumplir con todos los requisitos del tipo establecido en el Código Penal argentino, y subsumida también en el tipo chileno, aunque en la legislación de los respectivos países los tipos no coincidan.

Lo que importa, entonces, es que una misma conducta pueda ser estimada criminal en ambas jurisdicciones. Desde este punto de vista, bastaría que la conducta no pudiera ser calificada de delito en una de las jurisdicciones para establecer que no se cumple con el requisito de la doble incriminación. Este es el segundo ejercicio que hace la Corte Suprema. Según su análisis, en Argentina y según el Código Penal argentino los hechos del caso no habrían sido constitutivos de delito. En Argentina, como se ha señalado, el respectivo tipo penal exige que la adulteración de un documento haya podido producir perjuicio. Tratándose de adulteraciones tan burdas como las de este caso, la Corte Suprema concluyó que no podría en base a ellas haberse producido ningún perjuicio, ya que carecían del poder para engañar o inducir a error.

La Corte también analiza los hechos desde el punto de vista de la legislación chilena para concluir en definitiva que tampoco habría delito en Chile, ya que los artículos 193 y 194 del Código Penal chileno establecen delitos para proteger la fe pública, la cual no habría estado en riesgo en el presente caso por tratarse de adulteraciones demasiado burdas y groseras como para haber inducido a alguien a engaño o error.

Como puede apreciarse en este caso un tribunal chileno ha debido interpretar una ley extranjera: el artículo 292 del Código Penal argentino. Cabe preguntarse si existen ciertos parámetros que deban seguirse en la interpretación del derecho extranjero. Ciertamente, no hay dudas de que el tribunal chileno puede entrar a conocer sobre la subsunción de la conducta en el tipo penal establecido en la legislación argentina puesto que esta autorización está implícita en el requisito de la doble incriminación. Toda extradición pasiva, entonces, lleva envuelta esta autorización para que el juez nacional interprete el derecho extranjero. Sin embargo, cabe preguntarse si este ejercicio de interpretación de ley extranjera debiera cumplir con ciertos requisitos que permitan obtener una interpretación correcta de la norma extranjera. Al responder esta pregunta debiera considerarse primeramente que los tribunales chilenos, incluida la Corte Suprema, no conocen, no son expertos, en la legislación extranjera en cuestión. Llama la atención, entonces, que en la interpretación efectuada por la Corte Suprema se cite por analogía la interpretación que se ha hecho de los tipos penales establecidos en los artículos 171 párrafo 1, 179 párrafo 2 y 184 párrafo 3 del Código Penal chileno, sin referirse en ninguna parte ni a la jurisprudencia ni a la doctrina argentina relativa al artículo 292 del Código Penal argentino. En segundo lugar, también llama la atención que la Corte Suprema haya mostrado tan poca deferencia por el auto de procesamiento dictado por el respectivo tribunal argentino para quien sí existía el delito del artículo 292 del Código Penal argentino.

Otro caso en el que se puede apreciar cómo opera el requisito de la doble incriminación en la jurisprudencia de la Corte Suprema es en *Contra Yoon*. En este caso el pedido de extradición se funda en la supuesta comisión de los siguientes delitos tipificados en la legislación de Corea: estafa, emisión de che-

ques y suspensión de las transacciones para el no pago del dinero, y cedimento falso para librarse de la ejecución de la pena.

En la sentencia de primera instancia el Ministro Instructor decidió no otorgar la extradición por no cumplirse con el requisito de la mínima gravedad de las penas asignadas a los delitos respecto de los delitos de estafa y la infracción a la ley de emisión de cheques. Respecto del delito designado como cedimento falso para librarse de la ejecución de la pena, la sentencia de primera instancia lo equipara al delito establecido en el artículo 466 del Código Penal chileno, que sanciona al deudor no dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores o que se constituya en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes. Este delito del artículo 466 del Código Penal sólo se tipifica en Chile cuando se refiere a actos que comete un deudor no comerciante. Ese no sería el caso en la presente causa, ya que constan antecedentes para estimar que el sujeto requerido ejercía como comerciante textil en Corea. Por lo tanto, respecto del delito de cedimento falso para librarse de la ejecución de la pena, el ministro instructor estimó que no cumplía con el requisito de la doble incriminación. En lo que se refiere a este delito de cedimento falso para librarse de la ejecución de la pena, el fallo de primera instancia fue confirmado en consulta por la Corte Suprema. Con respecto a los otros dos delitos (estafa y la infracción a la ley de emisión de cheques) la Corte Suprema rechazó la aplicación del criterio de la mínima gravedad como base para denegar la extradición, aplicando, en vez, el criterio de la falta de doble incriminación.

Respecto de la estafa, la Corte Suprema estimó que los hechos solamente denotaban la falta de cumplimiento de sus obligaciones por parte de un deudor, no encontrando el elemento del engaño propio de una estafa. En lo que se refiere a la infracción a la ley coreana de emisión de cheques, la Corte Suprema estimó que no era posible equiparar el delito tipificado en la legislación coreana con el delito tipificado en el artículo 22 de la Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques (DFL 707, de 1982). Este comentario se detendrá precisamente en este punto, puesto que es aquí donde se pueden apreciar algunos problemas en la forma cómo la Corte entiende la operación del principio de la doble incriminación.

La Corte Suprema estimó que no existía doble incriminación ya que no existía identidad en los elementos estructurales de los tipos penales. Así, el delito establecido en la ley de emisión de cheques de Corea se habría consumado por el solo giro de los cheques y el cierre ulterior de la cuenta bancaria respectiva. En nuestra legislación, en cambio, el delito se configura, dice la Corte, cuando el autor “no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de 3 días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto”. Al exigir identidad en los elementos estructurales de los tipos penales respectivos, la Corte Suprema está adoptando lo que se conoce como un criterio

in concreto frente al requisito de la doble criminalidad. Este criterio enfatiza el nombre del delito y una estricta interpretación de los elementos del mismo¹⁴. Un criterio menos estricto es el criterio *in abstracto*, que se concentra en la criminalidad de la conducta del individuo, conformándose con que la conducta pueda ser considerada ilícita en ambas jurisdicciones aunque no exista identidad entre todos los elementos de los delitos¹⁵. La tendencia en la jurisprudencia de otros países es a aplicar el criterio *in abstracto*¹⁶.

Se podría objetar que en el caso del giro doloso de cheques el aspecto relativo a la consignación de fondos para atender al pago del cheque, intereses y costas, más que un elemento del tipo debe entenderse como una condición objetiva de punibilidad. En ese caso, aún con aplicación del criterio *in concreto*, la Corte Suprema podría haber estimado cumplido el requisito de la doble incriminación. Sin perjuicio de ello, la crítica que se hará al fallo de la Corte Suprema en este caso no se centrará en este aspecto sustantivo penal de la sentencia, sino que se limitará a la aplicación del criterio *in concreto* en la interpretación del requisito de la doble incriminación.

La Corte optó por la forma más estricta de entender el requisito de la doble incriminación, indicando en cierto modo que esta interpretación estricta derivaba de una exigencia del principio *nulla poena sine lege*. Sin embargo, es posible argumentar que la naturaleza misma del procedimiento de extradición hace que la invocación del principio *nulla poena sine lege* esté fuera de lugar, ya que mediante la extradición el Estado requerido no pretende ejercer el *ius puniendi* sino que colaborar con la administración de justicia en un país extranjero. En este sentido se debe tener presente que el Estado requerido no está él imponiendo una pena sino enviando a un individuo para ser juzgado o cumplir condena en el extranjero.

En principio podría pensarse, entonces, que la extradición no debiera exigir doble incriminación. Sin embargo, al someter a una persona al procedimiento de extradición y decidir sobre su envío para ser juzgado o cumplir condena en el Estado requirente, el Estado requerido está limitando la libertad de esa persona. Esa limitación a la libertad de las personas, sin necesariamente constituir una aplicación del *ius puniendi* del Estado, debe encontrar un fundamento en el derecho del Estado requerido. El principio de la doble incriminación otorga un fundamento razonable en este sentido.

¿Significa esto que debe existir plena coincidencia entre el tipo penal establecido en el Estado requirente y el establecido en el Estado requerido? La respuesta a esta pregunta debiera ser negativa ya que, de acuerdo a lo señalado anteriormente, el requisito de la doble incriminación debiera entenderse cumplido cuando para el Estado requerido existen suficientes

14 Bassiouni, M.C: *International Extradition and World Public Order* (Sijthoff-Oceana, 1974), pp. 318s, cit. por Gilbert, G: *Transnational Fugitive Offenders in International Law* (La Haya: Martinus Nijhoff, 1998), p. 106.

15 *ibid.*

16 *ibid.*

antecedentes que justifican interferir con la libertad de una persona y así poder cooperar con los Estados extranjeros en la persecución de los delitos establecidos en la legislación de éstos últimos. La interpretación *in concreto* del requisito de la doble incriminación hace extremadamente difícil que el Estado pueda realizar esta cooperación en la que se basa la institución de la extradición, ya que cualquier diferencia técnica entre los diversos sistemas jurídicos nacionales puede constituir una causal para rechazar la extradición¹⁷. Una interpretación más flexible, que se contenta con establecer una similitud *in abstracto* entre los delitos, cumple tanto con el criterio de justicia, de no interferir con una persona cuya conducta habría sido irrelevante para el derecho chileno, como con el deseo del Estado de cooperar con estados extranjeros en la persecución de los delitos por ellos tipificados.

Hay que llamar la atención, además, sobre el hecho de que el propio tratado de extradición entre Chile y Corea¹⁸ ordenaba la aplicación del criterio abstracto al señalar en su artículo 2.3b que para determinar si un delito constituye delito en contra de las leyes de ambas partes contratantes,

se tomará en consideración toda la conducta invocada en contra de la persona cuya extradición se pretende, y no importará el hecho de que, en virtud de las leyes de las Partes Contratantes, los elementos constitutivos del delito difieran entre sí.

El énfasis en la conducta del sujeto requerido exige que el tribunal del país requerido evalúe si esa conducta sería, en principio, también criminalmente ilícita en Chile. En el caso del delito de giro doloso de cheques, si bien en Corea no se exige como elemento del tipo la falta de consignación de la deuda dentro del corto período que establece la legislación chilena (tres días desde la notificación del protesto), la conducta del sujeto requerido habría sido igualmente constitutiva de delito en Chile ya que, si la conducta se hubiera llevado a cabo en Chile, lo más seguro es que los acreedores habrían efectuado el procedimiento de protesto y notificación del protesto, y habrían transcurrido los mismos meses que transcurrieron en Corea sin que el girador hubiera hecho alguna consignación de dinero para el pago de los cheques. La lectura estricta que hace el voto de mayoría en el fallo de la Corte Suprema hace eventualmente imposible el otorgamiento de extradiciones en caso de giro doloso de cheques, pues es muy probable que en las legislaciones extranjeras no exista la institución del protesto, tal como lo conocemos en Chile, ni sea necesaria la notificación judicial del protesto, ni la conminación a pagar el cheque, los intereses y las costas judiciales dentro del plazo de tres días desde la notificación del mismo.

Requisito de la mínima gravedad.

En el caso examinado anteriormente, *Contra Yoon*, se funda el pedido de extradición en la supuesta comisión de los siguientes delitos tipificados en la legislación de Corea: estafa, emisión de cheques y suspensión de las transacciones

¹⁷ *ibid* p. 112. Ver esp. la cita al caso australiano *Riley*.

¹⁸ D.O. del 23.10.97.

para el no pago del dinero, y cedimento falso para librarse de la ejecución de la pena. El fiscal subrogante de la Corte Suprema, al emitir su informe, fue de la opinión que en el caso del delito de estafa y la infracción a la ley coreana sobre emisión de cheques no se cumplía con el requisito de la mínima gravedad.

El principio de la mínima gravedad exige que en ambas jurisdicciones los respectivos delitos tengan asignada una pena mínima de un año de pena privativa de libertad. El delito de estafa según el código penal coreano contempla una pena alternativa: “en caso de que la persona engañe a otra y reciba dinero para el beneficio de sus bienes será penalizado a menos de diez años de prisión o a pagar la multa con tope de 20.000.000 (veinte millones de wones)”. En el caso de los delitos contemplados en la ley de emisión de cheques, las penas también habrían sido alternativas, contemplándose una pena máxima de 5 años de prisión o a pagar una multa con un tope de diez veces el valor del cheque. El hecho de ser las penas alternativas, llevó al fiscal subrogante a estimar que no se cumplía con el principio de la mínima gravedad, que ‘exige que la penalidad atribuida al ilícito sea necesariamente de privación de libertad, y que dicha privación exceda de un año’. El ministro instructor fue de la misma opinión que el fiscal subrogante. La Corte Suprema, conociendo de la consulta de la resolución que rechazó el pedido de extradición, confirmó el rechazo de ésta pero no por motivo de no cumplirse con el principio de la mínima gravedad, sino por el no cumplimiento del requisito de la doble incriminación.

Sin perjuicio de la razón que, en definitiva, dio la Corte Suprema para rechazar la extradición y que fue analizada en el acápite sobre doble incriminación, es interesante preguntarse hasta qué punto habría sido aplicable en este caso el requisito de la mínima gravedad. Al efecto, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 2.1 del Tratado de Extradición entre Chile y Corea, suscrito el 21 de noviembre de 1994 y publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1997:

Para los efectos del presente Tratado, los delitos sujetos a extradición serán aquellos delitos, cualesquiera fuera su descripción, que fueren condenables en virtud de las leyes de ambas Partes Contratantes, con privación de libertad por un período máximo de, por lo menos, un año o con una pena más severa.

El requisito de la mínima gravedad es un requisito exigido por la jurisprudencia de nuestros tribunales¹⁹ y, además, se podría incluso argumentar que se trata de un principio de derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, en este caso para interpretar este requisito no era necesario indagar en la jurisprudencia ya que el propio tratado de extradición entre Chile y Corea es claro en cuanto al alcance del requisito de la mínima gravedad: debe tratarse de un delito *condenable* a un período máximo de, por lo menos, un año de privación de libertad. Esto quiere decir que debe tratarse de un delito al que *podiera* asignarse esa pena. El requisito se entiende cumplido cuando el máximo de la pena asignable sobrepasa el año de privación de libertad.

19 Etcheberry, A: *Derecho Penal. Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª edn 2001), t.i, p. 135.

En el presente caso las penas asignadas a los delitos eran penas alternativas: privación de libertad por un período máximo de 10 años o multa de veinte millones de wones, en el caso de la estafa, y privación de libertad por un período máximo de 5 años o multa de diez veces el valor del cheque, en el caso de la infracción a ley coreana de emisión de cheques. Sin embargo, aún siendo penas alternativas, está claro que tanto la estafa como la infracción a la ley de emisión de cheques eran delitos *condenables* a una pena de privación de libertad superior al año. De esta manera, el carácter alternativo de las penas no afecta en este caso el cumplimiento del requisito de la mínima gravedad, toda vez que en Corea se estima que los delitos son suficientemente graves como para poder imponer eventualmente una pena de privación de libertad superior al año.

Requisitos procesales de la extradición pasiva: la acreditación del hecho punible y la participación del requerido.

En *Contra Rojas Devia*, la Corte Suprema conoció de la apelación de la sentencia que concedió a Argentina la extradición del nacional chileno Hernán Marcial Rojas Devia, requerido por el tribunal oral en lo criminal N° 19 de la ciudad de Buenos Aires, por el delito de robo reiterado, previsto y sancionado en el artículo 164 del Código Penal argentino. Se perseguía a Rojas Devia por dos robos, uno cometido el 18 de septiembre de 1996 y el otro cometido el 05 de agosto de 1997.

En cuanto a la acreditación de la participación de la persona requerida en los delitos que se le atribuían, tal como lo ordena el artículo 647 N° 3 del Código de Procedimiento Penal, la fiscalía fue de la opinión que, al no haberse acompañado los medios probatorios que sirvieron de base para la dictación del auto de procesamiento relativo al primer delito ni constar en autos antecedentes relativos a la existencia del segundo delito, no correspondía otorgar la extradición. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia el ministro instructor de la causa estimó que, si bien el auto de procesamiento dictado por la autoridad judicial argentina no otorga plena convicción sobre la comisión del delito y la participación del requerido, es un antecedente que permite concluir que al menos existen presunciones fundadas acerca de la existencia del hecho punible y de la participación del requerido. En cuanto al segundo de los hechos que se le imputaban a Rojas Devia, no se acompañó un auto de procesamiento sino la resolución de elevación de la causa a un tribunal oral de Buenos Aires. El ministro instructor también estimó que esa resolución bastaba para estimar la existencia de presunciones fundadas acerca del hecho punible y la participación en calidad del autor del requerido. En consecuencia, el ministro sentenciador fue de la opinión que se reunían todos los requisitos para otorgar la extradición. Sin embargo, amparado en el artículo 2 de la Convención de Montevideo, decidió que el imputado, siendo chileno, debía ser juzgado en Chile por un tribunal chileno. La Corte Suprema confirmó la sentencia apelada.

Cabe observar que en cuanto a la acreditación del hecho punible y la participación del requerido, la fiscalía exigía que la autoridad judicial chilena hiciera ella misma una investigación que la llevara a acreditar estos elementos. Para la fiscalía no bastaba con el auto de procesamiento dictado en el extranjero ni con la resolución por la cual se elevaron los antecedentes a un tribunal oral de Buenos Aires. El ministro sentenciador, por su parte, trató de presentar una interpretación coherente entre los artículos 644 y 647 del Código de Procedimiento Penal. El primero de ellos establece que la extradición pasiva se puede solicitar respecto de personas procesadas o condenadas:

Quando el Gobierno de un país extranjero pida al del Chile la extradición de individuos que se encuentren aquí y que allá estén procesados o condenados a pena, el Ministerio de Relaciones Exteriores transmitirá la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema.

Por su parte, el artículo 647 N° 3 del mismo cuerpo legal, dispone que: “la investigación se contraerá especialmente a los puntos siguientes: [...] 3° A acreditar si el sindicado como reo ha cometido o no el delito que se le atribuye”. De esta manera, es correcto estimar que basta con el procesamiento de la persona para solicitar la extradición y que, por lo tanto, el N° 3 del artículo 647 no puede exigir la plena convicción de la existencia del delito y de la participación del requerido. Sin embargo, de esto no se sigue que para cumplir con el artículo 647 N° 3 baste un auto de procesamiento dictado por un tribunal extranjero o una resolución que eleva los autos a un tribunal oral.

Los artículos 644 y 647 se refieren a requisitos distintos e independientes, sin embargo, el ministro instructor da a entender en su fallo que entre ambas disposiciones existe una relación tal que un auto de procesamiento dictado en el país extranjero permitiría dar por cumplido tanto el artículo 644 como el 647. Una lectura detenida de ambas disposiciones permite comprobar que el artículo 644 se refiere a un requisito objetivo para que un Estado extranjero solicite una extradición, en cambio el artículo 647 establece ciertas condiciones que debe cumplir el procedimiento que se inicia en Chile a partir de la solicitud de un gobierno extranjero. Entre estas condiciones el Código de Procedimiento Penal ordena que en Chile se realice una investigación. Esa investigación debe estar dirigida a acreditar si el sindicado como reo ha cometido o no el delito que se le atribuye. No se exige que el resultado de la investigación que se lleve a cabo sea el de determinar con total convicción la comisión del respectivo delito y la participación del requerido. Ciertamente, no corresponde en un procedimiento de extradición exigir la plena prueba del hecho punible y de la participación del sujeto requerido, ya que el interés del país requerido es el de colaborar judicialmente con países extranjeros, pero no el incurrir en demasiados costos judiciales para investigar un delito cometido en el extranjero que por aplicación del principio de la territorialidad ni siquiera tal vez sea perseguible en Chile. Sin embargo, no debiera contentarse

la autoridad judicial chilena con sólo la presentación formal de determinados documentos, tales como un auto de procesamiento dictado por el tribunal extranjero, ya que el artículo 647 del Código de Procedimiento Penal habla de investigar y eso implica al menos evaluar si la apreciación de la prueba en esos documentos se condice con los criterios chilenos y con los principios del debido proceso. No existe, en este sentido, ninguna norma que obligue al tribunal chileno a confiar ciegamente en la administración de justicia en países extranjeros.

La no entrega de nacionales.

En *Contra Rojas Devia*, cuyos hechos han sido relatados anteriormente, la Corte Suprema aprobó la resolución del ministro que conoció de la causa en primera instancia y en la cual se determinó que, si bien se cumplían los requisitos para conceder la extradición solicitada por Argentina, no se llevaría a cabo la entrega del sujeto requerido por aplicación del artículo 2 de la Convención sobre Extradición de Montevideo de 1933.

En efecto, el artículo 2 de la citada convención establece que cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega ésta podrá o no ser acordada según lo determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido.

En el caso de decidirse la no entrega, el Estado requerido queda obligado a juzgar al sujeto, siempre que se cumpla con el requisito de la doble incriminación.

Respecto a este aspecto de la sentencia cabe preguntarse cuál es el título de jurisdicción invocado por Chile en este caso. El N° 8 del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, que establece qué delitos quedan sometidos a la jurisdicción chilena a pesar de haber sido cometidos en el extranjero, incluye a los delitos comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias. En este caso, el delito habría estado contemplado en la Convención de Montevideo: un delito extraditable cometido por un nacional respecto del cual el Estado requerido decide no dar lugar a la extradición, quedando obligado a juzgar al individuo. El título de jurisdicción extraterritorial en este caso es, entonces, el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales.