

VINO NUEVO EN ODRES VIEJOS:  
DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL Y  
DERECHO INTERNO CHILENO

*Jorge Enrique Precht Pizarro*

Profesor de Derecho Público,  
Pontificia Universidad Católica de Chile

En 1989 la Reforma Constitucional introdujo una nueva oración al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución chilena que señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” (artículo único, N° 1, de la Ley de Reforma Constitucional, N° 18.825, de 17 de agosto de 1989).

Esta nueva oración agregada a este artículo que forma parte del Capítulo I (Bases de la Institucionalidad), médula del “Orden Institucional de la República” que es garantizado por las Fuerzas Armadas (artículo 90) y que permite el accionar presentativo del Consejo de Seguridad Nacional (artículo 96, letra b)), ha colocado de lleno al mundo jurídico de Nueva Extremadura frente a un problema capital del debate jurídico contemporáneo, cual es el de la *interpretación de la Constitución en relación a la incorporación del derecho internacional público*.

La presente ponencia puede resumirse en la siguiente frase del Evangelio de Lucas (5, 36-39): “Nadie recorta una pieza de un manto nuevo para echársela a un manto viejo: porque el nuevo se queda roto, al viejo la pieza del nuevo no le pega. Nadie echa tampoco vino nuevo en cueros viejos, porque, si no, el vino nuevo revienta los cueros: el vino se derrama, y los cueros se echan a perder. No, el vino nuevo hay que echarlo en cueros nuevos. *Pero nadie acostumbrado al antiguo quiere uno nuevo, pues dice: ‘Bueno está el antiguo’*”.

Me referiré al tema de la resolución de conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho chileno a la luz de la modificación del artículo 5° de la Constitución de 1980.

El tema se presenta tan amplio que bien vale la pena acotarlo. Hablemos entonces del Derecho Internacional Convencional y del Derecho Constitucional. Dicho de otro modo, coloquémonos en el caso de un conflicto entre el Derecho Constitucional y un Tratado de Derechos Humanos.

Que este conflicto no es una hipótesis académica lo comprobamos palmaria-mente cuando leíamos en el artículo 9° inciso final primitivo de la Constitución que: “No procederá respecto de estos delitos la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos”. Como sabemos, el artículo 2° de la Ley N° 18.314 de quórum calificado sobre conductas terroristas y su penalidad preveía en los casos de muerte de personas por

actos terroristas, la *pena de presidio mayor* en su grado máximo a muerte, y de presidio perpetuo a muerte en otros casos.

Por lo tanto, condenada a muerte una persona no podía ser amnistiada ni indultada, en los casos que fija esta ley de *Quórum Calificado*, esto es, ley que cumple con lo dispuesto en el artículo 19 N° 1, inciso tercero, para imponer pena de muerte.

Sin embargo, también sabemos que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 6°, párrafo 4, que: "Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos *en todos los casos*".

Y que este precepto está vigente lo recordó curiosamente la Corte Suprema en su sentencia de 24 de agosto de 1990, sentencia que en su considerando 28, argumentando contra la presentación del abogado Alfredo Insunza Bascuñán, dice a mayor abundamiento que "en este orden es útil recordar que ninguno de los acuerdos internacionales vigentes limita la facultad de amnistiar, por el contrario, el referido pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce expresamente la eficacia de esta Institución cuando en su artículo 6°, punto 4, aun cuando se refiere a condenados a muerte, declara que la amnistía procederá en todos los casos".

Pero si está en vigencia este Pacto ¿en qué quedaba el inciso final del artículo 9° de la Constitución? Era un claro caso de conflicto entre el derecho internacional público y el derecho interno chileno.

Por ello, la Ley 19.055, de lunes 1° de abril de 1991, modificó la Constitución Política de la República sustituyendo el inciso tercero del artículo 9° por el siguiente: "Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo".

Es evidente que cuando nuestros juristas se enfrentan a un problema de esta envergadura sólo tienen "odres viejos". Por ello, enfrentarán la tarea interpretativa con dos graves limitaciones:

A) La primera es que han sido formados en la idea de que todo el derecho puede ser interpretado "More Civilístico".

B) La segunda es que tratarán de reducir los derechos humanos contenidos en los Pactos, esto es, en el lenguaje del artículo quinto inciso segundo: "Los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" a los "Derechos garantizados por esta Constitución".

Digamos a lo primero que el Derecho Público –y en especial el Derecho Internacional Público y especialmente la Constitución de un Estado– no deben interpretarse con las simples herramientas de Von Savigny.

En efecto, Friedrich von Savigny opera unitariamente a través de cuatro aproximaciones metódicas (gramatical, lógica, histórica y sistemática), a lo cual habría que agregar los modos clásicos de argumentación analógica: *Ad Absurdum*, *a Contrario*, *a Pari*, *a Fortiori*, *a Maiore Ad Minus*, *a Minore Ad Minus*. Este modo de interpretar lleva a una postura enteramente formalista, centrada exclusivamente en las normas jurídico-positivas, que tiene como ventaja la seguridad jurídica, pero como desventaja el podar a la Constitución (y al Derecho en su conjunto) de valores y principios generales, lo que a su vez en-

cierra a la Constitución (y al Derecho en su conjunto) en un círculo vicioso de reduccionismo a lo literal y de conservadurismo ideológico.

Antonio Pérez Luño, en su libro "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución" (Tecnos, Madrid, 1984), señala que "las normas interpretativas recogidas en el título preliminar del Código Civil son las que deben ser interpretadas de conformidad con los principios de la Constitución".

"En suma, la interpretación y la aplicación de la Constitución no pueden hallarse hipotecadas por reglas previas a su promulgación, de inferior rango normativo y que obedecen a coordenadas ideológicas distintas, o incluso antagónicas, a sus principios. El postulado de la jerarquía normativa debe aplicarse aquí con todas sus consecuencias" (página 271).

No se trata entonces de buscar la voluntad del legislador, ni la voluntad preexistentes de la norma, sino entender que, como lo dice Konrad Hesse, toda Constitución tiene una "fuerza o potencia normativa" de la cual el constituyente ha dejado tan sólo algunas pistas o puntos de apoyo (*Rasgos fundamentales del Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania*, Muller, Heidelberg-Karlsruhe, 11.E.D., 1978). Tal "fuerza de la Constitución" reposa en una triple idea: La convicción de la necesidad de un orden normativo objetivo y estable, como garantía frente a la arbitrariedad del poder; la convicción de que dicho orden normativo precisa de una constante legitimación; y la convicción de que se trata de un orden cuyo valor normativo no sólo depende de su racionalidad, sino también de los actos de la voluntad humana tendientes a su realización" (Pérez Luño, citado, página 253).

*Así las cosas, el intérprete constitucional privilegiará el sistema de los valores y principios constitucionales sobre la letra de los preceptos y aplicará para discernir tal sistema conductor de su labor interpretativa las herramientas formales sin duda, pero insertadas en un contexto de significación que se le impone desde el ethos constitucional mismo. Privilegiará el que la Constitución forma una totalidad, que exige coherencia y encauzará su labor interpretativa hacia aquellas opciones que maximicen su contenido.*

La segunda limitación de nuestros juristas será su concepción de los derechos fundamentales. La Constitución emplea en su terminología una fraseología iusnaturalista: "Derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Estos derechos esenciales limitan la soberanía, la que debe respetarlos (artículos 5º inciso 2º), debiendo el Estado respetarlos (sic) y promoverlos. Y el artículo 1º, inciso cuarto habla de "pleno respeto".

Es toda la ética iusnaturalista de Locke: "Libertad y propiedad", la que se encuentra acá. No sólo el iusnaturalismo católico del artículo 1º de la Constitución, sino un iusnaturalismo operativo, neoliberal, de raigambre en la baja escolástica y que Locke, recibe a través de Hooker y del cual bebieron, sin saberlo, los mentores de nuestro orden público económico.

Este énfasis en *el respeto* muestra a las claras —aun sin leer el artículo 19— que estamos fundamentalmente ante *derechos de defensa frente a la opresión estatal*. Y que ello es así lo prueba cartesianamente lo que entre nosotros se llama pomposamente "orden público económico", cuya piedra angular es el artículo 19 N° 24; la propiedad privada de signo individualista: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio...".

Los derechos fundamentales son concebidos también a la manera iusprivativa, esto es, como *derechos públicos subjetivos*, derechos ante todo contra el

Estado, derechos que suponen una abstención del Estado, una *subsidiariedad de abstinencia*.

Fundamentalmente tales derechos son aquellos que son "garantizados por esta Constitución". No debemos entonces jamás olvidar la matriz ideológica de estos derechos así garantizados, su calidad ideológica con garantía de fábrica.

El reformador de 1989 colocó un retazo nuevo en paño viejo y habló además de "Derechos Garantizados por los Tratados Internacionales Ratificados por Chile".

*Ahora bien, la mayoría de tales derechos fundamentales provenientes del Derecho Internacional Convencional son derechos de protección, no ya de intereses individuales, sino ante todo de intereses sociales, colectivos, y aun de intereses difusos. Son ante todo Derechos de Solidaridad o como los llama la doctrina alemana Derechos de Participación, tanto en los bienes como en la toma de decisiones públicas. Derechos de Participación que no son contra el Estado, sino que se consiguen en gran medida y a veces imprescindiblemente mediante la movilización estatal. Son derechos con el Estado, en una subsidiariedad de compromiso.*

La tentación perenne de nuestros juristas será reducir los últimos a los primeros, esto es, reducir los derechos fundamentales de los Pactos a los derechos de defensa individual. Hacer desaparecer todo lo demás de los Pactos como buenos propósitos (aunque para ello se emplee una terminología particularmente falseada por nuestra ignorancia: "Disposiciones Programáticas": falseada, pues todo administrador sabe que un "Programa de Acción" es bastante más que un mero "Buen Propósito"). Se hablará de Derechos de Resultado o *Non Self-executing Treaties*. Terminologías diversas, manipulación unitaria.

Pero, ¿cómo se hará para practicar este reduccionismo? Se hará por recursos formales, como siempre lo ha hecho el liberalismo jurídico. Como dice Peguy: "tienen las manos limpias, porque no tienen manos". Es la inmaculada corrupción de los juristas que se inocula luego a los afanes abogadiles, defensores per se de intereses de parte.

Reduccionismo que recuerda lo dicho por Marx en "El 18 del Brumario de Luis Bonaparte", refiriéndose a la Carta Constitucional francesa de 1848: "Cada artículo de la Constitución contiene su propia antítesis, su propia Cámara Alta y Baja. En la frase general, la libertad, en su explicación la anulación de la libertad. Por ello, mientras formalmente se respetase la libertad, aunque por vía legal se impidiera su ejercicio, la libertad quedaba intacta por más que no se negase su significación común y popular".

Veamos algunos mecanismos de reduccionismo formal:

(1º) *No se respetará la doctrina de la incorporación global y automática de los principios generales de Derecho Internacional*. Tal doctrina ha sido negada pese a haber sido aceptada por la Corte Suprema (véase Benadava, Santiago: "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los tribunales chilenos". *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*. Separata, Imprenta Chile. 1963) (Tomo LX, 1962, N<sup>os</sup>. 1 y 2, página 14 a 20) y va a ser excluida explícitamente por el reformador de la Constitución en 1989, en lo referente a derechos humanos, pues atiende sólo a los tratados vigentes y no a los principios. Tal no ha sido la doctrina tradicional chilena. En efecto, podemos sostener lo siguiente:

a) Desde Andrés Bello, en 1831, en su obra "Principios de Derecho de Gentes", se ha reconocido en Chile el Derecho Internacional General: "Que en una nación y en una época dadas el derecho de gentes sea parte de la jurisprudencia patria, no admite duda".

b) La jurisprudencia ha aplicado el Derecho Internacional General cuando un precepto legal interno se refiere a él. Así el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal: "Los Tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y los extranjeros para el efecto de juzgar los delitos que se cometan en su territorio, salvo los casos exceptuados por las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional". (artículo 6 N° 8 Código Orgánico de Tribunales). Ahora bien, sin haber remisión expresa, las reglas generales del Derecho Internacional se incorporan global y automáticamente. En 1913, sin embargo, se limita —como más profundamente lo hará el reformador constitucional de 1989— la aplicación de las prácticas internacionales al caso de falta de tratados o leyes especiales: "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 una y otras, las simples prácticas carecen de importancia" (Véase *Gaceta de Tribunales*, 1932, segundo semestre, página 445. Recurso de amparo presentado por Juan Lechín y otros; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo L", 2ª. parte, sección 1ª página 478 Lauritzen con Fisco o Caso de los barcos daneses). La doctrina se encuentra claramente expresada en 1932, en el caso citado del Agregado Comercial de Francia: "Aunque, a diferencia de lo estatuido en materia penal, nuestra legislación no contiene disposiciones que exceptúen a los agentes diplomáticos de la jurisdicción civil, a juicio del suscrito, no puede ser desconocida. En efecto, ella es impuesta como uno de los efectos del principio denominado extraterritorialidad o el de las inmunidades diplomáticas, por el Derecho Internacional, cuyas normas coexisten con las del Derecho Interno y son aplicables en el orden de las relaciones internacionales regidas por el Derecho Internacional, cualquiera que sea la forma de su constitución, a menos que en la legislación escrita de un Estado existan preceptos que excluyan expresamente algunas de ellas, las cuales serán entonces para ese Estado la correspondiente regla de Derecho Internacional".

c) La incorporación global y automática, comprende sólo las reglas del Derecho internacional comúnmente aceptadas, *no los tratados*. Los juicios en que se aplican reglas de este carácter se substancian de acuerdo con las reglas internas de la ritualidad de los mismos. En caso de concurrencia de principios o reglas divergentes se aplican los principios o reglas que han contado con la aprobación de los órganos constitucionales chilenos. Sobre el concepto mismo de Derecho Internacional véase Extradición contra Héctor Cámpora y otros (caso de los peronistas) en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, octubre-diciembre de 1957, N° 102, página 775: "La opinión de algunos profesores, el reconocimiento prestado por una sentencia, la existencia de un Código o ley extranjera que admita una disposición, o el hecho de que exista una convención no ratificada sobre la materia o proyectos actualmente en gestación, no tienen la importancia suficiente para que lo acordado en una Conferencia Internacional adquiera el carácter de principios. Es menester que exista al respecto una práctica internacional, o que la norma se encuentre generalmente aceptada". Sobre la Generalidad del principio: *ibídem*, página 779 y sobre Divergencia de principios, *ibídem*, páginas 780 y 810.

*En principio, en el caso de conflicto entre una norma general de derecho internacional y el derecho interno, la jurisprudencia chilena ha privilegiado la aplicación del derecho interno, como lo vemos en la sentencia de 1913. Sin embargo, la moderna doctrina de la primacía del derecho internacional general sobre el derecho interno encuentra asidero en Lauritzen con Fisco (1955): "Que aun en el supuesto de que pudieran 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". Pero la nueva vía de Lauritzen no se acoge por el Reformador de 1989.*

En efecto, don Alejandro Silva Bascuñán apunta que se dio por el Gobierno del general Pinochet un rechazo a la redacción propuesta por los especialistas para reformar el artículo 50 constitucional, que se extendía en la proposición a los derechos garantizados "por las normas internacionales que comprometen a Chile". Y concluye: "Es innegable que, limitando la referencia a los derechos garantizados en los tratados ratificados por Chile que estén vigentes, se restringe el precepto, porque, en la doctrina y en la práctica del Derecho Internacional, existen compromisos para un Estado que no están necesariamente contemplados, de manera explícita, en tratados ratificados por él. No quiere admitirse, pues, al acogerse la proposición en la forma que lo fue, las interpretaciones contemporáneas que subrayan la primacía de la Ley Internacional sobre la interna en la esfera de lo que se estima pertenecer al *ius cogens*, que podríamos entender quizás como el conjunto de principios y bases de la Comunidad Internacional que ha de ser tomado en cuenta por todos los Estados, aun cuando su definición no esté expresamente contemplada en los acuerdos celebrados, entre los cuales se consideran incluidos los de derechos humanos". ("Reforma sobre los Derechos Humanos" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 3, septiembre-diciembre de 1989, página 584).

Pero con ello, curiosamente, Chile viola también el Derecho Internacional Convencional, pues se ratificó el 9 de abril de 1981 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y fue tal pacto promulgado por Decreto Supremo N° 381 de 1981 y publicado en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981. Ahora bien, toda la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados está basada sobre la idea de la obligatoriedad jurídica del *ius cogens*, como probaré a continuación.

La Convención de Viena define en su *artículo 53* lo que "para los efectos de la presente Convención" es una norma imperativa de Derecho Internacional General (*ius cogens*): "Una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter".

Y la obligatoriedad jurídica del *ius cogens* se deriva de diversos artículos: el propio *artículo 53* señala que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General".

El *artículo 52* dispone que "es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de Naciones Unidas".

El *artículo 38* se coloca en el caso de que una norma de un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional, reconocida como tal.

El artículo 60 N° 5 se coloca en el caso de terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación, que afirma: "5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados".

El artículo 64 dispone que "si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

Acoge, entonces, el llamado "*Ius Cogens Emergente*".

*A estos artículos pueden agregarse otros. Pero del conjunto de esta Convención —que también debe interpretarse de acuerdo al artículo 31, N° 1, esto es, conforme a la buena fe, en el contexto de este Pacto y teniendo en cuenta su objeto y fin— se deduce que el Ius Cogens está incorporado al Derecho Interno chileno y que ninguna norma de este Derecho Interno puede ser contraria a los Derechos Humanos, componentes esenciales del ius cogens.*

*Por ende, el razonamiento de Silva Bascuñán es verdadero en cuanto constata un hecho: la voluntad restrictiva del reformador de 1989 de limitarse a los tratados internacionales ratificados por Chile. Pero es incompleto el razonar del profesor Silva. Porque el legislador chileno reformador de 1989 fue un cazador cazado en su propia red y la jibarización que pretendió no puede reducir lo irreductible.*

*Si bien es cierto no quiso acogerse la proposición de primacía del ius cogens sobre la Ley interna, al asumirse la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en conformidad a la letra del artículo 5°, inciso segundo actual de la Constitución de 1980 se llega a lo que no quiso aceptarse. En efecto, todo internacionalista sostendrá que es incompresible la mencionada Convención sin la primacía de las normas del Derecho Internacional General sobre el Derecho Internacional Convencional.*

La conclusión de John A. Dexter es impecable al respecto: "...todos los artículos citados arriba, con la posible excepción del artículo 18 de la Convención, representan la codificación del Derecho Internacional Consuetudinario que ya existía antes de la vigencia de la Convención. Cuando la Convención entró en vigencia, las normas adquirieron adicionalmente el carácter convencional. Sin embargo, tales normas ya tenían, y todavía tienen, vigencia obligatoria, por ser de Derecho Internacional Consuetudinario. Por eso, tiene vigencia en Chile, y deben ser utilizadas en la interpretación de los tratados sobre Derechos Humanos, sin referencia ni a la fecha de vigencia de la Convención ni a la de los tratados sobre Derechos Humanos firmados y ratificados por Chile" (Proposiciones para la Defensa Judicial de Derechos Humanos en Chile. La jurisprudencia chilena sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" en *Revista Chilena de Derechos Humanos*, N° 7, diciembre de 1987, página 38).

(2°) Tratará siempre nuestro reduccionista jurista de aplicar la doctrina de incorporación de los Tratados Internacionales al Derecho Interno mediante el método de incorporación por transformación, esto es, un *reduccionismo del Derecho Internacional Convencional a la Ley Interna*.

Desde muy temprano he demostrado la falacia de esta posición.

En 1963, siendo estudiante de Derecho, elaboré un trabajo al respecto, que fue publicado algunos años después en los Anales de la Facultad de Ciencias

Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, cuarta época, volumen VII, año 1967, N° 7, páginas 29 a 61. Reactualicé dicho estudio bajo la vigencia de la Constitución de 1980 en mi ponencia: "Vigencia y aplicación en Chile de los tratados no publicados" en el seminario "Recepción de los derechos del Hombre en la Legislación Interna de Chile" (Colegio de Abogados, Instituto de Estudios Judiciales y Universidad Diego Portales, 17 al 24 de noviembre y 1° de diciembre de 1988).

*La reducción del Tratado Internacional a la Ley debe ser claramente rechazada en el Sistema Constitucional Chileno.*

Ya la doctrina más reciente es cuidadosa al respecto.

Mientras otrora, Mario Bernaschina y Fernando Albónico sostenían sin ambages la identificación Tratado-Ley de la República, no lo hacen más recientemente Hugo Llanos y Alberto Rioseco.

Por ejemplo, Hugo Llanos dirá: "El procedimiento de incorporación de los tratados al Derecho Chileno no se ha regulado por un texto legal especial (\*actualmente esta situación ha cambiado desde la dictación del Decreto Ley N° 247 de 1974). No obstante, la práctica constitucional y legal, abonada por la jurisprudencia constante de los tribunales, ha asimilado para este y otros efectos... el tratado a la Ley Interna..." (citando el Informe Jurídico N° 2 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, año 1968, páginas 5 a 8 (Hugo Llanos Mansilla: Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1977, página 159). (Véase D.L. N° 247 de Relaciones Exteriores, Diario Oficial N° 28.753, de 17 de enero de 1974).

Aun más precisamente lo dirá Alberto Rioseco: "Se ha entendido que el Tratado, así puesto en vigencia en Chile, aunque no es propiamente una Ley, tiene el mismo valor de una Ley (no superior a una Ley, como ocurre en otros países, como Francia). Esta asimilación permitiría deducir ante la Corte Suprema un recurso de casación en el fondo, en caso de sentencia que hubiese sido pronunciada con infracción de las normas del Tratado del fallo". (Alberto Rioseco: "Apuntes de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, sin fecha, policopiado, página 64. Derecho de los Tratados"). Respecto a la procedencia del recurso de casación en el fondo, véase mi artículo ya citado en los *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, páginas 46 a 51).

Es evidente que la tesis de la identificación total del Tratado y la Ley es falsa (véase Jorge Precht Pizarro: "La identificación del Tratado Internacional y la Ley Interna". Ponencia en las XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, los días 12, 13 y 14 de noviembre de 1987, Comisión de Derecho Internacional Público).

Las razones son variadas y contundentes:

a) El Tratado sólo puede nacer de un Mensaje, pues se trata de un proyecto de iniciativa exclusiva del Presidente de la República; no así la ley que puede originarse por mensaje o moción.

b) Los Tratados no figuran en el artículo 60 de la Constitución de 1980 (materias de Ley de la Reserva Legal estricta). Deberíamos deducir que son una ley, sea del artículo 60 N° 2 en concordancia con el artículo 50 N° 1 (60 N° 2: "Las que la Constitución exija que sean reguladas por una Ley"; "50 N° 1: 'La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley'"); sea del artículo 60 N° 14: 'las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclu-



siva del Presidente de la República'; sea del artículo 60 N° 20: 'Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico'".

En las *Actas de la Constitución de 1925* se transcribe la opinión al respecto de don Romualdo Silva Cortés, quien expresó (página 191) ante las opiniones de don Arturo Alessandri, don José Maza, don Guillermo Edwards, que estaban por incluir la aprobación de los tratados entre las materias de ley: "Considero bueno dejar la aprobación de los tratados *no entre las materias de ley, sino entre las materias que son de acuerdo de las cámaras en la inteligencia de que los acuerdos tendrán la misma tramitación de una Ley*".

La Constitución de 1980 elimina el concepto de acuerdo, pero hace explícito en el artículo 50 N° 1: "La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley". Sin embargo, esta materia está dentro de las atribuciones del Congreso (Título V: del Congreso Nacional), de lo cual la eliminación en 1980 de la frase "tendrá en el Congreso" no posee necesariamente el peso de un argumento a favor de la identificación tratado-ley.

c) Cuando se refiere a los tratados, el Congreso no puede introducir modificaciones, sino aprobar o desechar el proyecto que se le someta a su consideración. El artículo 50 N° 1 hace inaplicable el artículo 66: "Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto".

d) Igualmente no son aplicables los artículos 69 y 70: "Aprobado un proyecto por ambas Cámaras, será remitido al Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como Ley". 7°.- "Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días".

En efecto, el veto no puede existir: ¿Cómo podría existir veto a un proyecto de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, al cual el Congreso no puede introducir modificaciones?

e) La mera aprobación del Congreso y la aprobación o el silencio del Ejecutivo conllevan en el caso de la ley la obligación de promulgar (artículo 69) o la promulgación por mandato constitucional.

Así lo dispone el artículo 72 inciso primero, *claramente inaplicable a los tratados*: "Si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de 30 días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley".

No sucede lo mismo con los tratados, ya que la mera aprobación del Congreso no conlleva la obligación de ratificar. Sostener lo contrario, sería enteramente opuesto al artículo 32 N° 17 que habla que el Presidente de la República ratificará los tratados que "estime conveniente para los intereses del país", los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1. En comparación con el texto del artículo 72 N° 16, la Constitución acentúa que la ratificación es atribución exclusiva del Presidente y a él y sólo a él le compete ratificar, estimando conveniente o inconveniente un tratado. Ello en concordancia con el artículo 50 N° 1: "Son atribuciones exclusivas del 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'".

f) Finalmente, la promulgación y publicación de un tratado no están prescritas en un texto expreso Constitucional. No creo que la supresión de la palabra "en el Congreso" –como ya dijera– autorice a pensar que estamos frente a una ley y que por consiguiente apliquemos el inciso segundo del artículo 72: "La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ello sea procedente. La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio". Máxime cuando no hay incompatibilidad entre el Decreto Ley N° 247, artículo quinto, y a la Constitución de 1980, no pudiéndose alegar ni inconstitucionalidad ni derogación tácita de dicho precepto legal.

Sed contra ha argumentado Jaime Castillo Velasco en su presentación al Contralor General de la República, don Osvaldo Iturriaga Ruiz, al reclamar sobre la no publicación del "Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el 15 de abril de 1985: 'La Constitución, en su artículo 50 N° 1, establece que todo tratado debe ser sometido a los trámites de la ley; a su vez el artículo 72 dice que un proyecto de ley ha de ser promulgado en el plazo de 10 días, desde que sea procedente y publicado en el término de cinco días, a contar de la fecha de la promulgación'".

La opinión me parece falsa por todo lo dicho y porque el texto constitucional no dice como pretende Castillo que "El Tratado debe ser sometido a los trámites de una ley", sino que dice: "*La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley*".

Es el Congreso quien aprueba o rechaza los tratados y puesto que esta es la segunda oración de un inciso que da esa atribución exclusiva al Congreso hubiere sido triplemente redundante (pues ya el acápite se denomina: atribuciones exclusivas del Congreso), volver a repetir: "tendrá *en el Congreso* los mismos trámites de una ley".

Idéntico argumento al de Castillo Velasco en la carta de la Comisión Chilena de Derechos Humanos reiterando la solicitud de publicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, (*El Mercurio*, domingo 27 de julio de 1986, página C3).

g) Sin embargo, podría argumentarse en favor de la asimilación del tratado a la ley, el N° 5 del artículo 81: "Resolver los reclamos en caso de que el Presidente no promulgue una ley debiendo hacerlo...". Es cierto, sin embargo, que el artículo 82 N° 2 distingue entre ley y tratado: "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de Reforma Constitucional y de los Tratados sometidos a la aprobación del Congreso", pero no es menos cierto que en el cuerpo del artículo 82 el inciso correspondiente afirma: "en el caso del N° 2 el Tribunal Constitucional sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras, o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley". Nótese que aquí nada se dice respecto a la publicación, lo que choca con el cuidado que tuvo el Constituyente al referirse a los decretos con fuerza de ley en el artículo 61: "los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley".

h) Agrégase a lo dicho en el texto del artículo que las causales de extinción de un tratado no están reducidas a su derogación (artículos 52 y 53 del Código Civil). El tratado tiene muchas causales de extinción que no tiene la ley. ¿Un tratado que no tiene existencia en el orden internacional por ejemplo, por desuso

o cambio substancial de las condiciones, puede seguir teniendo vigencia en el orden interno como ley?

De estas argumentaciones se deduce que el tratado internacional no es asimilable a la ley, pese a la pertinaz postura de juristas, abogados y jueces que sostienen la doctrina reduccionista.

*El tratado es una entidad jurídica específica en tanto fuente del Derecho Interno y debidamente perfeccionado en el ámbito internacional se encuentra incorporado al ordenamiento interno y es plenamente vigente.*

Pero no lo ha entendido así nuestra Corte Suprema. Bástenos citar *Godoy y otros con Fisco* (1913) en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XII, 2ª Parte, Sección 1ª, página 104, que dice en su considerando noveno: "que la estructura jurídica de los tratados internacionales, principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que ellos sean *verdaderas leyes*, ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial *se reúnen todos y cada uno de los requisitos y elementos constituidos de la ley*, tal como la define el artículo primero del Código Civil". Lo mismo en *Sucesión Juan Gardaix con Fisco* (1921) en *Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales* (1921), primer semestre, página 22, en su considerando tercero: "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 tenga fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que leyes, y en consecuencia...". Lo mismo despréndese de *Junta de Beneficencia de Sevilla con Guzmán y otros* en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXIII, 2ª parte, sección 1ª, página 449, 1º de agosto de 1936.

La jurisprudencia es constante en su error.

Más cercano a nosotros, podemos citar, entre numerosos casos: *el recurso de amparo deducido en favor de Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier*, sentencia de la Corte Suprema de 25 de agosto de 1976, considerando 1º. Véase presentación de Héctor Valenzuela Valderrama, Patricio Aylwin y Alejandro González y la respuesta de la Corte Suprema, de 31 de enero de 1977. La tesis asimilatoria y sus consecuencias se encuentra expresada en toda su gravedad en la sentencia Insunza, Ortega, Leopoldo. *Corte Suprema*, 22 de octubre de 1984 (redacción de Sergio Gutiérrez Olivos), rol 24.128. Apelación de amparo.

En este mismo caso *Sentencia de 28 de agosto de 1984*, sed contra voto del Ministro Enrique Paillas, quien no exige el requisito de publicación para tener fuerza obligatoria y tácitamente en la sentencia de *24 de agosto de 1990* y la de *28 de septiembre de 1990* (recurso de reposición). (Alfonso Insunza Bascañán en representación de Iván Sergio Insunza Bascañán y otros perjudicados).

Las consecuencias de esta postura asimilatoria pueden resumirse así:

1) Para que el tratado tenga fuerza obligatoria en Chile debe ser publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo que lo promulga y que conforme al artículo 5 del Decreto Ley N° 247 ordena que dicho tratado se cumpla y se lleve a efecto como Ley de la República.

2) Que el tratado sólo está revestido de dicha fuerza obligatoria desde la fecha en que tal publicación tenga lugar.

3) Que se aplican a sus efectos los que el Código Civil le asigna a las leyes.

4) Que en consecuencia un tratado no promulgado o no publicado no es invocable en estrados, ni siquiera contra el Estado, no siendo oponible contra ninguno.

5) Que el tratado deroga por el principio *lex posterior* las normas anteriores legales que sean contradictorias con su texto.

6) Que el tratado no puede derogar conforme al principio *lex superior* la propia Constitución.

7) Que no existe obligación jurídica de aplicar un tratado no publicado (véase *recursos de protección* Ramona de Jesús Alfaro Rojas, *Corte de Apelaciones de Santiago*, 18 de agosto de 1986, rol N° 242-86 y sentencia confirmatoria de 11 de noviembre de 1986).

8) Que en tanto no se publique un tratado internacional “sólo existe la mera expectativa de adquirir los derechos de que se trata, y las nuevas expectativas no habilitan para hacer uso de la facultad otorgada por el artículo 20 de la Constitución” (ibídem).

9) Que la obligación de publicar un tratado internacional no es jurídicamente exigible, a lo menos ante los Tribunales de Justicia.

10) Que siendo Ley, deberán aplicarse los artículos 6° y 7° del Código Civil sobre promulgación y publicación (Informe Jurídico N° 2 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, páginas 5-8).

11) Derivada de esta tesis, la jurisprudencia ha admitido la procedencia del Recurso de Casación en el Fondo, pero sólo operando bajo la idea de que se trata de una violación de ley. Así, por ejemplo, en el fallo de la Corte Suprema en 1928: “Considerando que, en conclusión, los jueces de fondo al dar lugar a la demanda han infringido el artículo segundo del Tratado de Paz y Amistad celebrado en Bolivia en 1904, infracciones que han tenido decisiva influencia en el fallo...”, “se declara que ha lugar al recurso de casación en el fondo deducido en este juicio...” (véase *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XII, 2ª parte, sección 1ª, página 94), (véase *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XIX, 2ª parte, sección 1ª página 131).

Parecería entonces que no sería posible el recurso de casación en el fondo, contra un fallo violatorio de un tratado, a menos que el tratado fuere considerado una ley. Pero debe tomarse en cuenta que en las Actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Civil se eliminó de la redacción del actual artículo 767, la expresión “Leyes Expresas” por una indicación de don José Florencio Infante Díaz. “El señor Lira argumentó que la ley del contrato no es ley expresa y que por consiguiente no se trata —dijo— de esa infracción. Preguntó si sería menester consignar alguna disposición relativa al caso de infracción de la Ley del Contrato y todos los miembros presentes estuvieron conformes en que convenía dejar este punto enteramente sujeto a la apreciación y a la decisión de los Tribunales llamados a conocer del negocio. De ello se deriva que, dada la naturaleza bilateral o multilateral de los acuerdos internacionales, sería posible sostener la procedencia del recurso de casación en el fondo, incluso cuando se defienda que el tratado no es una ley, en sentido estricto.

12) La Corte Suprema no ha rechazado, en principio, que pueda proceder el recurso de inaplicabilidad en contra de un tratado juzgado contrario a la Constitución Política. En el caso del Banco Alemán Transatlántico se alegó que eran contrarios a la Constitución los “Acuerdos” de la Reunión de Cancilleres de Río de Janeiro de 1942 y de la Conferencia interamericana sobre sistemas de control económico y financiero de Washington de julio de 1942 y se dijo: “Los acuer-

dos son recomendaciones o declaraciones de valor político o doctrinario y no tratados internacionales. En consecuencia, los acuerdos de Río de Janeiro y Washington no tienen el carácter jurídico de leyes y no procede, en consecuencia, ejercitar en contra suya el recurso de inaplicabilidad”.

Existen dos casos de abierta inconstitucionalidad —o a lo menos de derogación tácita— entre tratados y las Constituciones de 1925 y 1980, además del ya referido al primitivo artículo 9° de la Constitución de 1980. Así el tratado de Lima de 1929 en su artículo 10 dispuso: “Los hijos de peruanos nacidos en Arica, se considerarán peruanos hasta los 21 años, edad en que podrán optar por su nacionalidad definitiva; y los hijos de chilenos nacidos en Tacna tendrán el mismo derecho”. La Constitución de 1925 sólo considera el derecho de opción (artículo 5° N° 1) a “Los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno” y “A los hijos de extranjeros transeúntes”. La Constitución de 1980 mantuvo esta disposición en su artículo 1° N° 1. Ello hace que el tratado mencionado sea inconstitucional.

El otro caso evidente se refiere a la recuperación de la nacionalidad: El artículo 6°, inciso final, de la Constitución de 1925 y al actual artículo 11 de la Constitución de 1980 disponen que “Los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por cualquiera de las causales establecidas en este artículo, sólo podrán ser rehabilitados por ley”.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1833, Chile firmó y ratificó la Convención de Río de Janeiro de 1906 que expresa: “Artículo 1°.— Cuando un ciudadano nacido en cualquiera de los países que firman la presente convención y naturalizado en otro de ellos, renueva su residencia en el país de origen sin la intención de regresar a aquel en que se hubiere naturalizado *será considerado como habiendo reasumido su calidad originaria de ciudadano* y como habiendo renunciado a la calidad de ciudadano adquirida con esa nacionalización” (nótese que se identifica el concepto de “ciudadano” con el concepto de “nacional”).

El artículo 2° de la Convención de Río de Janeiro de 1906 dispone: “La intención de no regresar será considerada cuando la persona naturalizada resida en el país de origen por más de dos años. Sin embargo, esa presunción podrá ser destruida por prueba en contrario”.

13) Se aplicarán las reglas interpretativas de los artículos 19 y siguientes del Código Civil (Gaceta, 1921, primer semestre, página 28) y se concluye que el tratado es Ley de la República, pero sólo dentro de lo estipulado en sus propios términos: “No pueden invocarse como preceptos obligatorios las disposiciones de la Convención de Derecho Internacional privado a que se alude, por cuanto el artículo segundo del Convenio que puso en vigor el Código dispuso que las disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a ella, cuyo no es el caso” (*Caso de los barcos daneses, Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 473; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIII, segunda parte, sección primera, página 470).

En el mismo sentido tenemos la jurisprudencia administrativa, tanto de la Contraloría General de la República como la del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Examinemos, primero, la *jurisprudencia de la Contraloría General de la República*.

En el dictamen del Departamento Jurídico de 25 de marzo de 1976 N° 021432, atendiendo una presentación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones

S.A. se lee lo siguiente en la página 1: "Esta Contraloría General, a su turno, y luego de analizar los antecedentes aportados en las presentaciones referidas, debe manifestar, en primer término, que la situación que en ellas se plantea –tarifas de los Servicios de Telecomunicaciones Internacionales– aparece regido por dos ordenamientos normativos diversos: de un lado, la Ley de Servicios Eléctricos ya citada y, del otro, los tratados internacionales que sobre la materia ha suscrito, ratificado y promulgado el Estado de Chile, *los que de acuerdo al sistema jurídico vigente tienen la misma eficacia que las leyes internas en cuanto a su obligatoriedad...*". Pero resuelve el conflicto aparente recurriendo al principio de la especialidad: "...los citados convenios internacionales sólo imperan en el campo de las comunicaciones internacionales, y es preciso inferir que estos últimos presentan un carácter especial respecto de la ley, de tal manera que en caso de incompatibilidad entre las respectivas normas debe prevalecer las del segundo ordenamiento" (página 2) ...". De esta manera resulta lícito concluir que la aplicación de la legislación interna sólo puede alcanzar a aquellas materias no reguladas en los convenios internacionales..." (página 3). Véase el dictamen N° 078085 de 9 de noviembre de 1976 en respuesta a la reconsideración solicitada por la Superintendencia de Servicios Eléctricos, de Gas y de Telecomunicaciones, Oficio 2164, de 1976.

En un dictamen anterior, N° 9491 de 7 de febrero de 1972, la Contraloría atiende presentación de la Asociación Nacional de Importadores y dictamina en el sentido contrario, esto es, la preeminencia del tratado: "Sin embargo, cuando las exenciones totales o parciales de derechos aduaneros tienen su origen en tratados internacionales válidamente suscritos y vigentes, no podría aplicarse a los productos o mercaderías favorecidos con ellas, otros tributos o derechos de internación, sin que antes se haya denunciado el correspondiente tratado, de acuerdo al procedimiento que para estos efectos deba observarse respecto de los acuerdos internacionales. La tesis contraria, piensa este organismo contralor, equivaldría a admitir que esos tratados internacionales válidamente suscritos y vigentes, pudieran ser modificados o dejados sin aplicación, sin respetar el procedimiento prescrito para este efecto por el Derecho Internacional".

La jurisprudencia administrativa del Ministerio de Relaciones Exteriores es particularmente clara respecto a la asimilación entre el tratado y la ley, tanto en relación con la promulgación-publicación como respecto a su eficiencia jurídica.

Así, el Informe jurídico N° 83 de año 1964, página 226, sostuvo que "La Convención Postal Universal, aunque perfecta desde el punto de vista internacional, carecería de *eficacia legal* desde el punto de vista interno, por falta de promulgación... por lo tanto, debería dictarse un decreto promulgatorio, por el cual se ordene cumplir dicha Convención y llevarla a efecto como Ley de la República...".

El Informe Jurídico N° 2/1968 sostuvo que "Como consecuencia de la asimilación del tratado a la ley, con el objeto de fijar su procedimiento de inserción, regula que, en aplicación del artículo 6° y del inciso primero del artículo 7°. ...La obligatoriedad del tratado en el plano interno sólo existe desde su publicación, vale decir desde su inserción íntegra en el Diario Oficial el tratado no publicado carece de obligatoriedad interna y, como lo han señalado nuestros Tribunales, no puede ser aplicado por éstos".

Sobre estas bases se ha construido la doctrina chilena, especialmente representada por don Santiago Benadava: "No se entiende, sin embargo, automá-

ticamente incorporado al Derecho Interno Chileno el Derecho Internacional Convencional, es decir, el establecido por los tratados internacionales requieren de un acto expreso de incorporación para tener vigencia en el orden interno" (Santiago Benadava: "Las relaciones entre el Derecho Internacional y del Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, tomo LIX 1962).

Esta doctrina se basa en un dualismo claro, como lo señala certeramente Dexter en su artículo de la *Revista Chilena de Derechos Humanos*, N° 7, diciembre de 1987, página 48. La conclusión lógica de la jurisprudencia chilena es que el ordenamiento jurídico chileno ha excluido al tratado como fuente directa de Derecho Interno, adoptando el método de incorporación por conversión, en el caso su transformación en ley. Por consiguiente, concuerdo con lo afirmado por Adolfo Merkl: "Si las disposiciones jurídico-materiales de un tratado deben adquirir otra forma jurídica para tener eficacia dentro del Estado, esto significa que el tratado en cuanto tal carece de la categoría de fuente jurídica".

De todos estos antecedentes se ha concluido en Chile que un tratado no publicado no produce efecto jurídico interno alguno.

Esta conclusión es consecuencia de la tesis reduccionista y es tan falsa la conclusión como la premisa. Sus negativas consecuencias las sufrió el pueblo chileno en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Probaré a continuación la falsedad de la tesis reduccionista.

Primero, doctrinalmente, digamos que un tratado ratificado es un acuerdo y un acuerdo se hace para ser cumplido, a falta de lo cual existe responsabilidad no sólo internacional, sino también interna. La Corte Permanente de Justicia Internacional serie B, N° 10, página 20, dictaminó: "Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones".

Asimismo, Chile apoyó decididamente el actual artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (véase Rosales: "La Convención de Viena de 1969 y sus Relaciones con el Derecho Interno" en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 165, enero-diciembre de 1977, páginas 257, 263).

Segundo, es un principio básico de Derecho —y también del *ius cogens*— que un Estado no puede aprovecharse de su propia negligencia o dolo.

De lo contrario estaremos frente a aquel tipo de contrato de que nos habla Rousseau en su "Contrato Social", Libro Y, Capítulo IV: "Yo hago contigo un Convenio enteramente en perjuicio tuyo y enteramente en beneficio mío, que yo observaré mientras me plazca y que tú observarás mientras me plazca".

Es lo que recuerda Clodomiro Almeyda en su alegato ante el Tribunal Constitucional de Chile el 30 de octubre de 1988: "La circunstancia de que el Pacto relativo a los Derechos Civiles y Políticos no se encuentra publicado en el *Diario Oficial*, a mi juicio no es obstáculo para que rija en Chile, porque parecería absurdo que este documento no pudiera ser válido en este país, habiéndose promulgado en él, *por un hecho que depende sólo y exclusivamente de la voluntad del sujeto que libremente suscribió el Pacto*. De acuerdo con un principio fundamental del derecho, con relación al cumplimiento de las obligaciones, creo

yo que no cabe sostener que este Pacto, por la sola circunstancia de no haberse publicado por una omisión del Ejecutivo, pierda validez”.

En mi ponencia: “Tratados no publicados: Su vigencia en Chile”, en el Seminario citado de la Universidad Diego Portales en octubre de 1978, tuve ocasión de mostrar la inconsecuencia de la posición corriente en Chile.

Mostré que la posición de John A. Detzner era correcta: “Las normas sobre Derechos Humanos contenidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y otros tratados tienen vigencia en el Derecho Interno Chileno por tres razones: Primero, las normas del Derecho Internacional Consuetudinario se incorporan automáticamente, sea o no ratificado el tratado. Segundo, cuando el tratado es ratificado por el Gobierno, las normas de carácter *self-executing* (autoejecutables), es decir las normas suficientes completas y detalladas, tienen vigencia, sean o no parte del Derecho Internacional Consuetudinario. Tercero, todas las provisiones del tratado mismo —el Derecho Internacional Convencional— se incorporan por acto expreso del Gobierno de firmarlo y ratificarlo. Tiene vigencia tanto interna como internacional, y el Gobierno no puede escoger selectivamente algunas normas del tratado (la obligación de proveer informes) y no otras (el respecto de los Derechos mismos) —la publicación— ni bajo el pretexto de una ficción legal que divide la vigencia del tratado en esferas distintas, como son la internacional y la interna”. “Ni los detalles de forma del Decreto Ley N° 247, ni otros argumentos, pueden excusar al gobierno y a las Cortes de su responsabilidad de reconocer la vigencia del pacto y otros tratados relacionados con la protección de los Derechos Humanos. La negativa de reconocer esta obligación, sea por parte del gobierno o sea por parte de los Tribunales, involucra al país en la violación del Derecho Internacional. Bajo pretexto de conveniencia, puede resultar “Comprometido el honor de Chile” (página 38).

*En el sistema normativo chileno no se consigna una norma específica de rango constitucional sobre promulgación y publicación de los tratados internacionales. Ello es una grave deficiencia de nuestra Constitución que en materia de tratados y de derecho internacional público está anquilosada.*

La tesis reduccionista dirá que no es necesaria tal norma, pues sigue la suerte de las leyes.

Las posibles razones de esta omisión las encontramos en la sesión 367 de las Actas de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, celebrada en martes 9 de mayo de 1978.

El comisionado don Jaime Guzmán Errázuriz planteó reiteradamente la necesidad de regular esta materia:

“También estima conveniente pronunciarse respecto de la publicación del decreto promulgatorio de un tratado internacional en el Diario Oficial. Agrega que, respecto de la ley, el problema quedó resuelto con la Reforma Constitucional de 1970, pero convendría hacer una referencia expresa a la situación que se produciría por la no publicación de los tratados una vez que se han cumplido todos los trámites previos” (página 2501). “...cree indispensable fijar un plazo para la promulgación del decreto, a partir del momento en que sean canjeadas las ratificaciones que se exige para que tenga fuerza, y establecer una norma parecida a la que consigna la Constitución para las leyes que dice...estima que esta sería una fórmula de solución, ya que, si no hay plazo, nunca se entendería que el Presidente de la República ha incumplido su obligación, porque podría decir que todavía no ha considerado oportuno promulgar, pero que lo hará... agrega que, en cambio, si se fija un plazo a partir del instante señalado anterior-



mente, queda infringida la promulgación y consiguiente publicación, caso en el cual operan los mecanismos de la acusación constitucional y de la persecución de la responsabilidad política del Presidente, en la forma ordinaria” (páginas 2505 y 2506).

Esta moción del señor Guzmán será aprobada por 4 votos contra 3 (página 2508), pero finalmente no fue acogida en el proyecto de la Comisión de Estudios por razones que ignoro.

Veamos las observaciones en contra:

1) El comisionado Bertelsen busca otorgar la máxima flexibilidad al Ejecutivo y estima que los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad constitucional bastan para ese efecto y vota por mantener la vigencia del Decreto Ley N° 247.

El profesor Raúl Bertelsen va a llegar al extremo de acusar al manejo de las relaciones exteriores chilenas de ingenuidad. Lo hace con reiteración, en presencia del Embajador Enrique Bernstein, invitado como experto a la sesión: “Teme que una vez se cometan actos de ingenuidad internacional. Recuerda el error gravísimo de las disposiciones decimonónicas que ‘constitucionalizaron’ los límites del país y la ligereza con que Chile ha negociado y ratificado cualquier tipo de tratado con tal de presentar buena imagen ante la comunidad internacional”. “Por ello, estima inadmisibles que el propio país se amarre constitucionalmente ante el extranjero, y añade que nadie puede saber las circunstancias internacionales que conduzcan al Presidente de la República a adoptar una medida extraordinaria...” (página 2500) “No hay razón alguna para que Chile se entregue atado de pies y manos ante la comunidad internacional, de buena fe, y que en este aspecto hay que dejar cierto margen de flexibilidad al país” (página 2507).

Es cierto que parte de esta reacción del Comisionado está motivada por la proposición del señor Bernstein de promulgar antes de ratificar, pero la postura del profesor Bertelsen parece hoy claramente miope.

2) La señora Bulnes sostiene que el problema está resuelto por dicho Decreto Ley: “Reitera que el problema está solucionado en el Decreto Ley N° 247. Precisa que la situación planteada hoy día en la Comisión fue debatida largamente en la cátedra y en la jurisprudencia chilena, y sostiene que ello fue considerado en este decreto... añade que, como tendrá efecto, en el territorio nacional, debe exigirse, para que entre en vigencia, *que cumpla los mismos trámites de una ley, entre ellos la promulgación y la publicación imperativa*. Entiende que, en caso de que no se promulgue un tratado, el Presidente de la República incurrirá en una responsabilidad constitucional, la que podrá hacerse efectiva si se usan los procedimientos creados por la comisión para esos efectos”.

Examinando a la distancia el tema, creo que el señor Guzmán y el señor Ortúzar tenían plena razón.

Porque la oprobiosa experiencia del Pacto de Derecho Civiles y Políticos, mostró al país y a los que se denegó justicia, que el Decreto Ley N° 247 no soluciona el problema.

Razón tenía el profesor Guzmán (página 2507) al decir: “con la no exigencia de un plazo se entendería que el Ejecutivo tiene facultades discrecionales al respecto”... “o la obligación tiene plazo y es completa, o se pretende consagrarla con la intención de no cumplirla” (ibídem) y razón también tuvo don Enrique Ortúzar: “El Decreto Ley 247 está rigiendo durante un período de transición, en

el cual los tratados se aprueban por Decreto Ley, y que dentro del sistema que se está estructurando ello se hará por simple acuerdo del Congreso” (página 2504).

*Finalmente, la ponderada proposición del señor Guzmán no fue acogida y nuestra Constitución y Chile, a pesar de seguir en esta materia la práctica francesa en materia de promulgación y publicación de tratados, no siguieron el sistema galo de introducir disposiciones constitucionales y legales en este campo.*

Hugo Llanos lo explica claramente (*obra citada*, páginas 156 y 157): “Debido a una costumbre nacional, *influida por la práctica francesa*, los tratados en su acepción constitucional, luego de haber sido aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República, eran promulgados mediante un decreto supremo... El decreto promulgatorio individualizaba el tratado, la fecha y el lugar de su firma, la aprobación por el Congreso y la fecha y lugar de la ratificación. Además, ordenaba su cumplimiento y que se llevara a efecto en todas sus partes como “Ley de la República”. Es el Decreto Supremo N° 132, de 21 de junio de 1926, el que reglamentó la promulgación de los acuerdos internacionales aprobados por el Congreso Nacional, disponiendo que ello se efectúe luego de la ratificación del Presidente de la República y del canje de los respectivos instrumentos... con el artículo 5° del Decreto Ley N° 247 adquiere obligatoriedad legal lo que anteriormente sólo la práctica había consagrado”.

El artículo 5° del Decreto Ley 247 dice a la letra (Diario Oficial N° 28.753 de 17 de enero de 1974): “Una vez que se haya efectuado el canje o 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*.”

Respecto de los tratados extensos pueden ser ellos publicados extractados, según lo dispuso la ley.

El artículo 55 dispone, en la Constitución de Francia, la obligación de publicar, a lo cual hay que agregar el *Decret N° 53-192 du 14 de mars 1953 relatif a la ratification et a la publication des engagements internationaux souscrits par la France. Decret N° 86-707 du 11 avril 1986 portant modification du decret N° 53-192 (Journal Officiel 13 avril 1986)*.

La tesis asimilatoria entre ley y tratado –que la reconoce como incompleta– es objeto respecto a la promulgación y publicación de un análisis más fino en el informe jurídico N° 2 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, año 1968, páginas 5-8: “La práctica constitucional y legal, abonada por la jurisprudencia constante de los Tribunales, *ha asimilado para este y otros efectos*... El tratado a la ley interna, con lo cual se han hecho aplicables, a estas materias, los artículos 6° y 7° del Código Civil relativos a la promulgación y publicación de las leyes. Como consecuencia de la asimilación del tratado a la ley, con el objeto de fijar procedimiento de inserción, resulta que, en aplicación del artículo 6° y el inciso primero del artículo 7° del Código Civil... *La obligatoriedad del tratado en el plano interno sólo existe desde su publicación, vale decir, de su inserción íntegra en el Diario Oficial. El tratado no publicado carece de obligatoriedad interna y, como lo han señalado nuestros tribunales, no puede ser aplicado por esto*... Al omitirse la inserción del texto del Convenio en el Diario Oficial se ha infringido tanto el tratado mismo como los artículos 6° y 7° del

Código Civil, no dándose cumplimiento total sino parcial al procedimiento de incorporación, tal como ese ha sido configurado por el propio derecho chileno. En estricto derecho no se han realizado todos los trámites prescritos por el ordenamiento chileno para asegurar la aplicación del tratado por los órganos administrativos y judiciales y, como consecuencia de ello, el Estado se encuentra en una situación de infracción, por lo cual contrae responsabilidad internacional". "Se ha infringido, por último, lo dispuesto en el propio decreto promulgatorio, en cuya parte resolutive se lee: '... dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto como ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial'".

La doctrina reduccionista del tratado a la ley tendría la ventaja de obligar *-sine die-* al Ejecutivo a publicar el decreto promulgatorio, en tanto la doctrina de la no asimilación (prescindiendo del problema de la incorporación global y automática) dejaría sin base jurídica a esta obligación.

Tal razonar fue posible en 1968, pero hoy no lo es ya más, visto el artículo 5° del Decreto Ley N° 247, que hemos transcrito, y que ordena que *el tratado deberá ser promulgado y publicado, una vez que se haya efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso.*

La tesis asimilatoria o reduccionista concluye que si el tratado no es publicado se producen las siguientes consecuencias.

- 1) El tratado no es obligatorio en Chile y por ende no es oponible.
- 2) Que los derechos que consagra el tratado no publicado, son meras expectativas.

Ya hemos mostrado que el tratado en todo lo que codifique principios de Derechos Internacional General se incorpora global y automáticamente, aun para la doctrina jurisprudencial chilena más tradicional.

Hecha esta salvedad, mostremos lo erróneo que ambas conclusiones encierran.

Ante todo, la primera de estas conclusiones se basa en una posición ampliamente superada por la ciencia jurídica contemporánea, esto es, el dualismo, a saber el que podría existir una vigencia de una norma en el orden internacional y una no vigencia en el orden interno o a lo menos la posibilidad de la impermeabilidad absoluta del orden jurídico interno y del orden jurídico internacional.

Si no bastaran las claras expresiones de Rodrigo Díaz Albónico al respecto (Rodrigo Díaz Albónico y Edgardo Riveros Marín: "El asunto Almeyda y el Derecho Interno" en *El Mercurio*, de 15 de enero de 1988), permítaseme citar a don Fernando Albónico Valenzuela en *La Epoca*, de miércoles 20 de julio de 1988, página 7, al comentar el dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia a requerimiento de la Asamblea General, adoptado el 2 de marzo de 1988: "La Corte en su 'Dictamen' es de parecer que Estados Unidos está obligado a designar el árbitro previsto en la sección 21ª del acuerdo de sede, en virtud, entre otras consideraciones del principio fundamental de Derecho Internacional de la 'Preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno, preeminencia consagrada desde largo tiempo por la jurisprudencia'. El Juez Schwebel, en su opinión particular, sostuvo que un 'Estado no puede sustraerse a sus obligaciones jurídicas internacionales, promulgando una ley interna contraria a ellas'. La Corte reafirma, entonces, por unanimidad, la preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno, doctrina que el gobierno chileno y nuestros tribunales han dejado de aplicar en materias tan im-

portantes como en lo relativo a la vigencia en Chile del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, suscrito y ratificado por Chile, y que por no publicarlo el gobierno, la Corte Suprema se ha negado a aplicarlo...”.

*A mi juicio es necesario señalar que la publicación no es en sí misma condición de validez ni internacional ni interna del tratado.*

Como bien dice Cesáreo Gutiérrez Espada en su “Derecho Internacional Público”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, página 630: “La publicación no es un requisito indispensable para que el tratado pase a formar parte del derecho interno; éste es ya derecho interno desde la entrada en vigor del tratado para España en el plano internacional. La publicación sí es, en cambio (por exigencias fácilmente comprensibles, de seguridad jurídica), una condición para la aplicación del tratado por los órganos internos o para ser más riguroso, y habida cuenta de la práctica interna a la que antes me he referido, la no publicación impide la aplicación *de oficio* por los órganos del Estado...”.

Tal es también la doctrina de Paul Reuter en “L’application du Droit International par le Juge Français”, Armand Colin, 1972, p. 37: “la publicación no es en sí una condición de validez ni internacional ni interna del tratado”.

Debe suponerse que si, conforme a la buena fe, el Estado ha ratificado y promulgado un tratado, los órganos de la Administración del Estado están obligados a publicarlo y no puede ampararse en su dolo, falta de servicio, culpa o negligencia para dañar a los particulares.

La ley chilena (Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado N° 18. 575, artículos 4° y 44), en relación al artículo 38, inciso segundo de la Constitución), permite a los particulares exigir a la Administración la reparación de los perjuicios sufridos por el mal funcionamiento de los servicios públicos.

Y en este sentido, tanto en Chile como en España es impecable la lógica del profesor Gutiérrez Espada: “Parece del todo aceptable que si un particular resulta perjudicado por la no aplicación de un tratado internacional debido a su no publicación oficial por las autoridades competentes, su caso se entienda subsumible en el supuesto que contempla la responsabilidad de la Administración, *por lo que contra ésta podrá dirigirse. Si esto se acepta, debe contar necesariamente con el presupuesto de que el tratado era ya vinculante en el orden interno, pese a su no publicación*” (ibídem).

*Por lo tanto, el tratado no publicado es oponible por cualquier particular perjudicado por la no publicación, si puede probar fehacientemente ante el Tribunal que el tratado existe, el tenor de su texto y la vigencia internacional de ese texto.*

Esto era de una claridad cartesiana en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que no había sido publicado hasta el 29 de abril de 1989 en el Diario Oficial de la República de Chile, pero que *había sido promulgado* por el Decreto Supremo N° 778, de 30 de noviembre de 1976 y que había entrado en vigencia internacional el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. De manera que era posible probar fehacientemente su vigencia ante los tribunales internos y así lo hacen no sólo Clodomiro Almeyda en su alegato ante el Tribunal Constitucional de Chile el 30 de octubre de 1988, sino asimismo también en los casos Leopoldo Ortega Rodríguez y Jaime Insunza Bécquer (sentencia de la Corte Suprema de 22 de octubre de 1984) y recurso de protección de 18 de agosto de 1986 en favor de doña Ramona de Jesús Alfaro Rojas ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol N° 242-86), sentencias

Corte de Apelaciones de Santiago de 8 de septiembre de 1986 y Corte Suprema 11 de noviembre de 1986, sentencias todas que nos llevan a las aberraciones jurídicas de las tesis reduccionistas. (Véase sobre el tema: Comisión Chilena de Derechos Humanos: "Informe sobre la vigencia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en Chile", 15 de enero de 1985, y también Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad: "Derechos Humanos en Chile. Informe sobre hechos relevantes" N° 4, 21 de noviembre de 1986). (La defensa de Clodomiro Almeyda apareció en la Revista *Hoy* y circuló con el número 538 del 9 al 15 de noviembre de 1987).

Más aún, el propio Gobierno de Chile esgrimía la vigencia del Pacto ante Naciones Unidas sosteniendo que lo cumple, prometiendo que lo cumplirá y usándolo en beneficio propio contra cargos formulados por la Organización Internacional (véase respuesta del Embajador Almirante Ismael Huerta, de 28 de octubre de 1976, página 19 del Informe de la tercera comisión del trigésimo período de sesiones).

Lo propio efectuó el Embajador Sergio Diez Urzúa no sólo ante Naciones Unidas, sino en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como figura en Actas de la sesión 186, celebrada en 9 de marzo de 1976, página 15. Se plantea el problema por don Alejandro Silva Bascuñán de si el inciso 2° del artículo 19 N° 8 no es muy amplio en referencia a las restricciones a los derechos y garantías individuales que se puedan imponer. El profesor Evans recuerda al señor Silva (página 15) el N° 12 del artículo 44: "Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura" (ver actuales artículos 39 y 41 de la Constitución de 1989 y el artículo 19 N° 26) —y comenta—: "Por lo tanto, un precepto genérico que autorice la restricción de las garantías constitucionales es absolutamente inadmisibles en teoría constitucional y, además, en la propia tradición constitucional chilena. Las fuentes de restricciones tienen que estar muy específicamente detalladas en el texto fundamental". A ello va a responder don Sergio Diez Urzúa, actual Presidente del Senado, de la siguiente manera: "El señor Diez, luego de solicitar una interrupción sobre el tema, y de concedérsele, expresa que había olvidado hacer mención que Chile *ha firmado y ratificado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, en cuyo artículo IV se establecen los derechos que pueden restringirse; de suerte que existe un compromiso internacional que impide, *aunque la Comisión lo acordara*, dictar una regla de carácter general en el sentido de que todos los derechos podrían restringirse".

Vistos estos antecedentes, los informes del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile a la época (por ejemplo el oficio 17.649 de 1° de septiembre de 1986 del viceministro, general Sergio Covarrubias Sanhueza) *que se parapetan bajo la no publicación del Pacto*, son una muestra palmaria de violación de dos principios generales de derecho: el de la buena fe (porque estamos frente a un caso abierto de *Venire contra factum proprium*) y el de que "Nadie puede prevalerse de su propio dolo", sin contar con el principio capital de la responsabilidad jurídica: "A nadie es lícito dañar a otro".

*De todo lo dicho, se desprende que es falsa la doctrina que sustenta que en Chile no es oponible un tratado internacional vigente, por el hecho que la Administración no lo ha hecho publicar.*

*El tratado suscrito y vigente internacionalmente es siempre oponible a la Administración que busca su no aplicación interna a través del expediente de su no publicación.*

Es evidente que no existiendo publicación en el Diario Oficial no se puede, en cambio, oponer a los particulares las disposiciones de un tratado del cual ellos, de buena fe, no han podido tener conocimiento en tiempo útil. Lo mismo se refiere a personas jurídicas distintas del Estado.

Pero, aun en este caso la doctrina francesa es cauta al respecto.

(Sobre la doctrina francesa de preeminencia del derecho internacional público sobre el derecho interno, puede consultarse: Jacques Deshaussy: "*La supériorité des normes internationales sur les normes internes: à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 20 octobre 1989*", en *Journal de Droit International*, N° 1, 1990, pages 5 a 33 et Jean Boulois: "*A propos de l'arrêt Nicolo*" en *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 94, 1990, páginas 91 a 102).

En efecto, la jurisprudencia francesa admite la llamada *publicité suffisante* (por ejemplo, publicación en *La Documentation Française*, o en una revista profesional respecto de las empresas interesadas, o existencia de la obligación implícita de pedir la comunicación del texto al Ministerio correspondiente). Con todo, la publicidad suficiente debe tener una cobertura general y ser susceptible de alcanzar normalmente a todos los destinatarios de las normas contenidas en el tratado.

La doctrina francesa sostiene que si el contenido se dirige a destinatarios individualmente identificados, en ausencia de publicación oficial o de publicidad de carácter general, el acuerdo debe serle oponible si han tomado efectivamente conocimiento.

Tanto el Consejo de Estado francés como los tribunales ordinarios franceses han aplicado tratados no publicados en Francia (por ejemplo para el Consejo de Estado s. 3 noviembre 1961, 11, M'Bounya, p. 612, concl. *Ordonneau*. Por ejemplo, para los tribunales ordinarios: *Cour d'appel de Paris 7 juin 1969*, *J.C.P.*, 1969, II. 15.954, concl. *Fortier*, note *Ruzié*). (Sobre el tema de la publicación de los tratados, véase Rousseau: "*Le régime actuel de publication des traités en France*", D. 1953, *Chroniques*, p. 169 - Pinto: "*Le Juge devant les traités non publiés*". En *Mélanges Waline*, tome I, p. 233 Odent: *Contentieux Administratif, Les Cours de Droit*, Paris, 1979, p. 167 y siguientes). Lo mismo ha sucedido en España donde la jurisprudencia ha aplicado tratados no publicados (véase Ramiro Brotons, A: *Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987 (p. 267 y siguientes).

De todo lo expuesto se desprende también la falsedad de la segunda de las conclusiones de la tesis reduccionista, a saber que, frente a un tratado no publicado, existirán siempre para el particular una mera expectativa, aunque la no publicación le cause agravio.

\* \* \*

*Ultimamente algunas sentencias han abierto brecha en los viejos odres de una interpretación reduccionista basada en un monismo centrado en el derecho interno, posición falsamente atribuida a Kelsen por ignorancia del Tribunal Constitucional.*

Para quienes hemos estudiado y somos graduados en la Universidad Católica de Lovaina, en Bélgica, es un motivo de orgullo que el odre nuevo provenga de Flandes. Comentaré en esta ponencia casos no relacionados con la amnistía, pese a que allí se encuentra lo mejor de la nueva postura doctrinaria.

El primer caso en comento es el de *Compañía Chilena de Fósforos en contra de la importación de encendedores a gas*. Este recurso de protección se origina en una acusación de *dumping* de estos importadores ante la Comisión Nacional de Distorsiones de Precios de las Mercaderías de Importación, creada por el artículo 11 de la Ley N° 18.525. La Comisión rechaza por unanimidad la denuncia de *dumping*. La Compañía de Fósforos recurre de protección contra la Comisión. Está en juego el concepto de *dumping* y de “producto similar” contenido en el Tratado General de Aranceles y Comercio y diversas normas de derecho interno. El considerando 3° señala que: “Los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución, y luego de su promulgación y publicación en el Diario Oficial; Considerando 4°.- Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente en el país desde el 27 de enero de 1980, debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el Tratado debe 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. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del Tratado; 5°.- *Que la convención internacional en consideración se aplica preferentemente frente a la ley interna*, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional” (Rol N° 3.396-94). La sentencia de la Corte Suprema es de 11 de enero de 1995, confirmando la sentencia en alzada. La redacción es del Ministro Sr. Paillas y fue pronunciada por los Ministros Paillas; Pérez, Gabriela y el Abogado integrante señor Humberto Nogueira Alcalá, quien, como es conocido, es Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina (Ver *Gaceta Jurídica* de marzo de 1995, páginas 165-168).

El segundo caso que aplica lo que considero la recta doctrina —y deajo de lado casos de prisión preventiva y arresto como medida de apremio— es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 11 de abril de 1995, *caso de Luis Valdivia Cofré* (confesión obtenida mediante apremios ilegítimos), *contra González Silva, Víctor y otro*.

El considerando 2° cita el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin apremios de ninguna naturaleza. Por su parte, el artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a toda persona acusada de un delito “el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma y a confesarse culpable”. Luego en el considerando 3° afirma: “Que todas las disposiciones que vienen de recordarse son vinculantes para los jueces de la República, *por cumplir plenamente las condiciones a que se refiere la frase final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política*”.

Como puede verse, la sentencia es redactada por el Ministro Carlos Cerda Fernández y pronunciada por los Ministros señor Carlos Cerda Fernández (también Doctor en Derecho por la Universidad de Lovaina) y las señoras Gloria Olivares Godoy y Berta Uribe Sepúlveda, Ministra suplente. Esta sentencia se acerca más a las tesis sostenida en esta ponencia que la sentencia anterior (rol N° 43.488-94, *Gaceta Jurídica*, abril de 1995).

Las sentencias que sostuvieron la primacía del derecho internacional público sobre el derecho interno provocaron —especialmente en materia de amnistía— una dura polémica que aún no se extingue. La tesis reduccionista ha sido defen-

didada especialmente por Pablo Rodríguez: "Hermetismo Constitucional" en *El Mercurio*, de 12 de octubre de 1994; "Sobre el Hermetismo Constitucional", *El Mercurio*, de 10 de diciembre; "Soberanía Transferida", *El Mercurio*, 20 de febrero de 1995; "Supremacía Constitucional", *El Mercurio*, 11 de abril de 1995; "Punto de partida"; *El Mercurio*, 31 de mayo de 1995; como asimismo por Gustavo Cuevas: "Tratados y Supremacía Constitucional", *El Mercurio*, jueves 3 de noviembre de 1994, y por Fernando Saenger: "Constitución y Tratados", *El Mercurio*, 20 de diciembre de 1994. En forma más ponderada Raúl Bertelsen Repetto: "Rango Jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile", *Informe Constitucional*, N° 1.091, 8 de agosto de 1995.

Por su parte la tesis de primacía del Derecho Internacional público ha sido defendida por Alfredo Etcheberry en los siguientes artículos: "Aporética Constitucional" en *El Mercurio*, 26 de noviembre de 1994; "¿Una Soberanía Bifronte?", *El Mercurio*, 22 de enero de 1995; "Soberanía, Constitución y Tratado", *El Mercurio*, 28 de marzo de 1995; "Viaje redondo", *El Mercurio*, lunes 15 de mayo de 1995. Desde el punto de vista académico véase Humberto Nogueira Alcalá: "Los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno" y Cecilia Medina: "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales", Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1994. Véanse igualmente Humberto Nogueira: "Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y su relación con el Derecho Convencional Internacional" en *Dereito*, Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, volumen III, N° 1, 1994 y el artículo de Enrique Evans: "¿Hermetismo Constitucional?" en el diario *La Epoca*, 20 de noviembre de 1993.

Sin entrar en la clara distinción entre tratados de derechos humanos y los tratados en general (véanse Claudio Troncoso y Tomás Vial: "Sobre los derechos humanos reconocidos en Tratados internacionales y en la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 20, números 2-3, mayo-diciembre 1993, páginas 695 a 704; Fernando Rey Martínez: "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 de la Constitución Española)" en *Revista General de Derecho*, páginas 3611 a 3632), lo establecido en esta ponencia basta para demostrar que el artículo 5° inciso segundo de la Constitución de 1980, introducido en 1989, se encuentra vaciado en el viejo odre de la interpretación de los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1. Vino muy nuevo, odres muy viejos

*La salida más clara es una profunda reforma constitucional en materia de tratados que cubra, a lo menos, tres problemas: la recepción (determinar los procedimientos técnicos mediante los que las normas internacionales pasan al derecho interno); la jerarquía (determinar el rango que a las normas internacionales corresponda en el esquema de fuentes del sistema estatal) y la aplicación (ejecución por los órganos del Estado de las normas internacionales ya incorporadas al sistema jurídico interno).*

Mientras ello no suceda continuaremos vaciando el vino nuevo de la protección de los derechos humanos en odres viejos, sin contar con la ya proverbial enseñanza de Vicente Huidobro: "En Chile, cuando un hombre carga algo en los sesos y quiere salvarse de la muerte tiene que huir a países más propicios, llevando su obra en los brazos como la Virgen llevaba a Jesús huyendo hacia Egipto. El odio a la superioridad se ha sublimado aquí hasta el paroxismo. Cada ciudadano es un Herodes que quisiera matar en ciernes de luz que se levanta frente a él. Y luego la desconfianza. Esa desconfianza del idiota y del ignorante



*que no sabe distinguir si le hablan en serio o si le toman el pelo.* La desconfianza que es una defensa orgánica, la defensa inconsciente del cretino que no quiere pasar por tal y cree que sonriendo puede enmascarar su cretinismo, como si la mirada del hombre sagaz no atravesara su sonrisa mejor que un reflector" (Vicente Huidobro: *Balance Patriótico*, citado por Mario Góngora: *La Idea de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*", Universitaria, 1980).

Los reformadores del artículo 5° inciso segundo de la Constitución cargaron algo en los sesos en 1989, pero los Herodes que hemos malformado en nuestras Escuelas de Leyes tienen y han tenido hasta el momento un apetito insaciable...

\* \* \*

*N.B. La presente ponencia fue presentada en el Seminario: "Constitución Política de la República y Tratados Internacionales" organizado por la Universidad Nacional Andrés Bello, con el copatrocinio de las Facultades de Derecho de las Universidades de Valparaíso y Central de Santiago, agosto, 1995.*

ADDENDA: Los proyectos armónicos e integrales de reformas constitucionales en materia de tratados en los últimos años son, a lo menos, los siguientes: El trabajo realizado por la "Comisión creada con la finalidad de proponer un proyecto de Reformas Constitucionales", en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia en julio de 1990 (Carlos Andrade, Pedro Correa, Jorge Burgos, Francisco Fernández, Zarko Luksic, Humberto Nogueira, Jorge Precht). El resultado de sus trabajos es transcrito por Carlos Andrade Geywitz en "Proyectos de Reformas Constitucionales en tramitación y estudio y comentarios de las proposiciones del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República" en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N° 20, Universidad Diego Portales, Serie Monografías, página 77 a 133. El Gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle envió el 26 de octubre de 1995 el Mensaje N° 90-332 que contenía un acápite especial sobre Tratados. Asimismo, bajo la coordinación de Humberto Nogueira, se efectuaron una serie de "Proposiciones en materia de perfeccionamiento de las normas constitucionales en materia de tratados", Universidad Nacional Andrés Bello, 1995. Recientemente se han presentado dos reformas constitucionales en materias específicas. Así el senador Sergio Bitar presentó un proyecto referido a las facultades del Congreso Nacional en la aprobación de los acuerdos que celebre el Presidente de la República para el cumplimiento de un tratado internacional (Boletín N° 1877-07). Sobre la misma materia lo hizo el Senador Valdés (Boletín N° 1898-07).