

La Jurisprudencia Chilena sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Proposiciones para la Defensa Judicial de Derechos Humanos en Chile

* Este artículo forma parte de un estudio más extenso sobre la utilización del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario, sobre derechos humanos frente a los tribunales domésticos chilenos.

I. Introducción

El propósito de este trabajo es explorar posibilidades para utilizar el derecho internacional de derechos humanos, en este caso el derecho internacional convencional contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ante los tribunales chilenos. Se espera que este análisis sirva como un apoyo en el desarrollo de estrategias nuevas, de corto y largo plazo, para lograr la protección de los derechos humanos a través de la presentación sistemática de esta rama del derecho en las cortes chilenas.

Si se ve la judicatura chilena del presente como poco dispuesta a reconocer la vigencia dentro de Chile del derecho internacional en general sin mencionar lo relacionado a los derechos humanos, hay que mirar también a la judicatura del futuro¹. Además, como se explica luego, existen objetivos relacionados de corto y mediano plazo que una utilización sistemática podría contribuir a alcanzar.

No hay desacuerdo en que el derecho internacional convencional, que para este estudio


se entiende como los tratados internacionales de los cuales Chile es parte, adquiere vigencia en el ordenamiento jurídico interno no automáticamente, sino a través de un acto expreso de incorporación². Tal acto expreso se refiere en cada una de las Constituciones de Chile³. Como se explicará, estos requerimientos constitucionales no impiden la incorporación automática de las normas del derecho internacional consuetudinario, contenidas en los tratados⁴.

El desacuerdo aumenta sobre las exigencias específicas del acto expreso⁵, y el enfoque, en el presente, se encuentra referido a los requerimientos del Decreto Ley N° 247 de 1974⁶ y su efecto en la vigencia reconocida internamente de los tratados, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

II. Decreto Ley N° 247.

Como se sabe, el D.L. N° 247, en su artículo 5, requiere no solamente que el tratado sea firmado y ratificado, lo único necesario para ponerlo en vigencia bajo el derecho internacional⁷, sino también promulgado y publicado⁸. Además, introduce una norma nueva en Chile:

“En el Art. 5º del D.L. N° 247 se encuentra la mayor novedad con respecto a las normas constitucionales de 1925: se introduce por



por Jehn A. Detzner, Abogado,
Investigador Visitante del Programa de
Derechos Humanos de la Academia
de Humanismo Cristiano

*primera vez en Chile la obligatoriedad de los trámites de promulgación y publicación de los tratados internacionales. . con anterioridad, ni la Constitución ni tampoco el Código Civil mencionaban la promulgación de tratados. Como derecho positivo existía solamente el Decreto Supremo N° 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1926 que señalaba la forma de promulgar los tratados”.*⁹

Se afirma que, a través del Decreto Ley N° 778¹⁰, el D.L. N° 247 adquirió el rango constitucional¹¹.

Antes de la imposición del D.L. N° 247, las cortes chilenas habían afirmado la necesidad de promulgar un tratado para que tenga vigencia en la ley interna¹², mientras los juristas sostenían “que no es necesaria la promulgación para la incorporación del tratado al derecho interno”.¹³ Además, si se aceptaba la necesidad de promulgar los tratados, no se exigía la publicación de los mismos; “de acuerdo a la doctrina prevaleciente en ese país, no se requería la publicación de la ley si ella ha sido debidamente promulgada”.¹⁴

Los problemas presentados por este Decreto Ley fueron debatidos por la Comisión Redactora de la Constitución de 1980, cuyos miembros consideraron que el D.L. N° 247 “obliga a promulgar y publicar el Tratado una vez que éste ha sido ratificado”, pero no llegaron a acuerdo sobre una norma constitucional que

establecería un plazo dentro del cual esto debe ocurrir¹⁵. Como resultado:

*“La carencia de una norma constitucional que previera la recepción en el Derecho Interno de un tratado después de ser ratificado había creado en la práctica una situación incierta y muchas veces contradictoria, en el sentido que podía resultar comprometido el honor de Chile –como sucede cada vez que se ratifica un tratado– sin que éste tenga aún vigencia en el país, por no haber sido promulgado ni publicado”*¹⁶.

Como se ve más detalladamente en la próxima sección, se puede argumentar que el honor de Chile ha resultado comprometido de esta manera por la posición del gobierno y las cortes acerca de la vigencia interna del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷.

III. Jurisprudencia Chilena sobre la Vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1971, ratificado por el país el 10 de febrero de 1972, y promulgado por el gobierno chileno el 30 de noviembre de 1976¹⁸. Desde el 23 de marzo de 1976, cuando entró en vigencia, el

Pacto ha tenido fuerza obligatoria para todos los estados que lo han ratificado ¹⁹.

A pesar de la vigencia del Pacto, reconocida por toda la comunidad internacional, el gobierno y las cortes de Chile han tomado la posición que el Pacto carece de vigencia dentro de Chile por falta de su publicación en el Diario Oficial. El gobierno se rehusa a publicar el Pacto, y las cortes se declaran impotentes para ordenarlo "porque no existe en la actualidad disposición constitucional o legal que de a los Tribunales facultad para compeler al Poder Ejecutivo a realizar la publicación" ²⁰. Sin vigencia interna, según el gobierno y las cortes, no se puede aplicar el Pacto como ley interna: las disposiciones del D.L. N° 247 reglan esta materia.

Esta posición de las cortes se ha desarrollado a través de tres casos principales. En el primero, con el voto en contra de un juez, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró sin lugar los recursos de amparo presentados por dos chilenos expulsados por el gobierno en 1976 bajo la vigencia del Decreto Ley N° 81 de 1973. Los exiliados abogaron que el Pacto, por haber sido ratificado en 1972 y estar vigente desde marzo de 1976, debía aplicarse preferentemente a la legislación nacional y tenía efecto derogatorio del Artículo 2do. del Decreto Ley N° 81.

La Corte Suprema confirmó la decisión de la mayoría de la Corte de Apelaciones y falló el 25 de agosto de 1976:

'Que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por resolución de la XXI Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, no ha sido promulgado como ley de la república y, por tanto, no puede servir de antecedente jurídico para sostener la derogación del Art. 2do. del Decreto Ley N° 81, de 1973' ²¹.

El Pacto fue promulgado por el general Augusto Pinochet el 30 de noviembre de 1976, a través del Decreto Supremo N° 778, que ordenó: "dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto en todas sus partes como Ley de la República...". A pesar de la orden dada por este Decreto Supremo, el gobierno nunca publicó el Pacto en el Diario Oficial.

El segundo caso principal sobre el Pacto también se refiere a recursos de amparo presentados por dos exiliados, y la decisión de otra sala de la Corte de Apelaciones también incluyó un voto en contra de un juez quien estuvo por acoger los recursos ²².

En este caso, de 1984, el decreto de expulsión se fundó en el artículo 24 transitorio de la Constitución de 1980 ²³. Los exiliados arguyeron que el Pacto, por haber sido suscrito, ratificado y promulgado por ley de la República por Decreto Supremo N° 778, tenía vigencia interna a pesar de que no había sido publicado en el Diario Oficial. Por eso, el Pacto "incorporó a nuestra legislación interna una norma permanente de orden constitucional que tal disposición transitoria no podría derogar tácitamente" ²⁴.

La Corte Suprema, en su fallo del 22 de octubre de 1984, confirmó la sentencia de la mayoría citada. Consideró, primero, que "la materia se encuentra reglada hoy por la concluyente normativa dispuesta por el Decreto Ley N° 247 de 31 de diciembre de 1973". Segundo, la Corte determinó:

"Que... encontrándose establecido en autos que ni el decreto promulgador del Pacto que ordenó cumplirlo como Ley de la República, ni el texto del mismo han sido hasta la fecha publicados en el Diario Oficial, es fundado que el Pacto carece de fuerza obligatoria en Chile, al igual que, en idéntica situación, carecería de ella una ley promulgada pero no publicada' ²⁵.

Más desconcertante aún fue la posición tomada por la Corte para dejar "desautorizada" la "tesis de la incorporación automática del Pacto". Después de citar el artículo 2do., párrafo 2 del Pacto ²⁶, la Corte estimó que esta obligación internacional del gobierno no fue nada más que un requerimiento adicional para la vigencia interna de los derechos consagrados por el Pacto:

"Que, finalmente, la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el artículo 2do., párrafo 2 del propio Pacto en

cuestión.

Este precepto torna, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordados en que sus estipulaciones carecían de la virtualidad de reputarse incorporadas automáticamente a su derecho interno. Por el contrario, previnieron que para ello se requería que cada cual adoptara los procedimientos y formalidades prescritos por su propia legislación nacional al efecto” 27.

Con este fallo la Corte Suprema utilizó un artículo del Pacto que precisamente fue impuesto para que los gobiernos no puedan evitar sus responsabilidades bajo el pretexto de requerimientos internos. En pleno conflicto con el Pacto y el sentido común, la Corte interpretó este deber del gobierno para escapar de las obligaciones del Pacto. Cabe añadir que la posición de la Corte también está en pleno conflicto, no solamente con los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 28, sino con una opinión consultiva recientemente emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta Corte, un órgano de la Organización de Estados Americanos, en su Opinión Consultiva OC-7/86 de agosto de 1986, falló que un artículo casi igual de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 29 no permite tal evasión de responsabilidad de un gobierno sino impone la obligación, en virtud de dicho artículo, de adoptar las medidas legislativas necesarias:

“por unanimidad B. Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2do. de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias” 30.

Además, el razonamiento de la Corte Suprema chilena es directamente contrario a la posición afirmada por el gobierno chileno durante la redacción del artículo 2do. de la Convención Americana. Como notó el juez Piza Escalante,

en su opinión separada de la Opinión Consultiva OC 7/86, el “artículo 2do (de la Convención Americana), copia casi textual del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue el resultado de Observaciones del Gobierno de Chile” 31. El gobierno chileno presentó tales observaciones durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en 1969, para responder a las inquietudes del Relator de la Comisión interamericana, Dr. Dunshee d’Abranches, 32 y propuso la inclusión del artículo 2do. con la siguiente afirmación:

“La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia” 33.

Finalmente, el fallo de la Corte Suprema está en pleno conflicto con las declaraciones y acciones del gobierno chileno acerca de la vigencia del Pacto, por ejemplo la declaración, en octubre de 1976, que “Chile reconoce y respeta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y está dispuesto lógicamente a someterse a sus disposiciones” 34. El gobierno chileno, en septiembre de 1976, también envió la notificación de la proclamación del estado de sitio y la derogación de algunos derechos consagrados en el Pacto, lo que supone un franco reconocimiento de su obligación bajo el artículo 4.3 del Pacto 35. Además, el gobierno chileno reconoce y cumple su deber, bajo el artículo 40 del Pacto, de enviar informes sobre su cumplimiento de las disposiciones del Pacto 36.

El reconocimiento de la vigencia del Pacto y las obligaciones que impone, demostrado a través de tales declaraciones y acciones, ofrece otro argumento de la vigencia del Pacto en Chile, basado en el principio de buena fe y el principio de **estoppel** (impedimento o preclusión, por razón de conducta o por razón de representación o tergiversación) 37.



En el tercer caso principal sobre el Pacto, se vio un cambio en la posición del gobierno y las cortes sobre la vigencia del D.L. N° 247. Se presentó un recurso de protección para una exiliada que ‘solicitó al tribunal que resolviera ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores publicar el Pacto’³⁸. Para apoyar esta solicitud, se citó no solamente al D.L. N° 247 sino al artículo 72 de la Constitución de 1980. El artículo 72, sobre la formación de la ley chilena, establece un plazo tanto para la promulgación –diez días– como la publicación –cinco días–³⁹.

El Ministerio de Relaciones Exteriores contestó, primero, que el D.L. N° 247 ‘fue derogado por la Constitución Política de 1980, y en todo caso, no fijaba plazo para la publicación de los tratados en el Diario Oficial’. Segundo, afirmó que el artículo 72 no está vigente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21° transitorio, por consiguiente los plazos allí contemplados no rigen en la actualidad⁴⁰. Como se sabe, el artículo 21° transitorio de la Constitución suspende el artículo 72 durante ‘el período presidencial’ establecido por el artículo 25 (hasta 1989) y hasta que entren en funciones las dos ramas del Congreso⁴¹.

El fallo de la Corte de Apelaciones, confir-

mado por la Corte Suprema, parece admitir la aplicabilidad del artículo 72 a los tratados internacionales: ‘La disposición del artículo 72 de la Constitución Política no es actualmente aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 21° transitorio’⁴². No hubo respuesta acerca de la posición del gobierno que el D.L. N° 247 ‘fue orgánicamente derogado por la Constitución de 1980’, posiblemente porque esa posición está en conflicto abierto con el fallo de la Corte Suprema de 1984 sobre el Pacto, que afirmó que ‘la materia se encuentra reglada hoy por la concluyente normativa dispuesta por el Decreto Ley N° 247’⁴³.

IV. Estrategias Posibles.

En vista de estos fallos, el Colegio de Abogados de Chile ha propuesto una solución más directa para los problemas causados por el D.L. N° 247 en relación a los tratados internacionales sobre la protección de los derechos humanos:

“Los Tratados Internacionales referentes a los derechos humanos, regularmente firmados, ratificados y aprobados por el Congreso Nacional tienen pleno valor y eficacia en Chile, sin necesidad de promulgación ni de publicación.

El juez podrá, si lo estima necesario, oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores, pidiendo el texto oficial del mismo"⁴⁴.

Por ahora, la derogación del Decreto Ley Nº 247 por el artículo 72 de la Constitución, o la formulación de una nueva forma constitucional, quedan como posibilidades futuras. A pesar de la ratificación el gobierno chileno solamente reconoce la "vigencia internacional" del tratado para Chile y las responsabilidades "internacionales" que Chile debe cumplir⁴⁵.

Esta división de la vigencia, y las obligaciones resultantes, entre una vigencia internacional y otra vigencia interna, es una ficción legal, y no tiene base. Es una violación, no solamente del derecho internacional y las normas contenidas en la Convención sobre el Derecho de los Tratados⁴⁶, sino de la Constitución, el Código Civil, el propio decreto promulgatorio, y el tratado mismo⁴⁷. Frente a esta situación, hay por lo menos tres posibilidades por ahora para la invocación del Pacto citado en el derecho interno chileno.

Primero, pueden continuarse alegando las posiciones, ya explicadas arriba, que el Pacto tiene vigencia en Chile, y que la distinción entre vigencia internacional y vigencia interna no tiene base. Como ya se ha visto, el voto en contra de un juez disidente, y sus consideraciones para fundar su posición, pueden llegar a ser en una ocasión posterior un apóyo de esta tesis. Además, la utilización sistemática de tal posición servirá para sensibilizar a todos los jueces, importante para el futuro sistema judicial en Chile, y para educar al público, igualmente importante para el futuro.

Se pueden utilizar los argumentos presentados en este estudio, y otros también⁴⁸. A pesar de que en Chile "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian"⁴⁹, vale la pena revisar la amplia jurisprudencia chilena que reconoce la primacía del derecho internacional tanto convencional como consuetudinario, sobre el derecho interno chileno⁵⁰. Como se puede ver, es evidente en tales fallos la fuerza de la razón, porque un análisis independiente y objetivo debe llegar a

la misma conclusión que "es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por acto unilateral de uno de los contratantes"⁵¹. También ha resultado muy claro en el presente estudio cómo tal acto unilateral crea una situación en que "podría resultar comprometido el honor de Chile"⁵².

Además de revisar la jurisprudencia chilena sobre la primacía del derecho internacional convencional, vale la pena revisar también otra ocasión en la cual la Corte Suprema chilena no permitió que una "decisión unilateral" del gobierno violara una convención y vulnerara los derechos garantizados por la Constitución. En este fallo de 1966, la Corte analizó no un tratado internacional sino una ley que "autorizó al Estado para celebrar contratos con gobiernos, instituciones bancarias o financieras nacionales o extranjeras"⁵³. El caso trató de la franquicia tributaria y otros beneficios que Chile otorgó a particulares a cambio de las prestaciones que los particulares realizaron en favor del país. Sin embargo, el razonamiento de la Corte en el fallo tiene vinculación directa con la cuestión de la primacía del derecho internacional, porque trata tanto un acto unilateral del gobierno chileno como el honor de Chile comprometido por tal acto.

En el fallo, la Corte afirmó que tal convención tiene "doble carácter" de contrato "de derecho público y de derecho privado", que produce beneficios y obligaciones, y constituye para los terceros un derecho adquirido que incorpora a su patrimonio y que no puede ser desconocido por la decisión unilateral del Estado contratante"⁵⁴. En este caso, el acto unilateral fue la promulgación de otra ley que desconoció los derechos adquiridos por la convención, y que vulneró la garantía constitucional del artículo 10, Nº 10 de la Constitución Política de 1925.

De singular importancia es el razonamiento de la Corte para declarar inaplicable la ley que desconoció los derechos adquiridos por la convención. En su fallo contra tal acto unilateral, la Corte se dirigió directamente al problema de cómo "podía resultar comprometido el honor de Chile":

"40 Que la cláusula "bajo la garantía del Estado" no puede considerarse una simple expresión sin ninguna relevancia práctica.

Es el Estado de Chile, que bajo su honor, y con la expresión de voluntad manifestada legalmente por sus personeros, garantiza a los nacionales y extranjeros que (los derechos de beneficios) que adquieren... serán respetados...

*No es posible admitir que el Estado chileno después de comprometer públicamente su garantía, desconozca los beneficios que otorgó... porque este convenio o convención legal que celebra... constituye un contrato que debe ser cumplido de buena fe y no puede concebirse que la expresión garantía del Estado carezca de toda eficacia"*⁵⁵.

En su nota sobre este fallo, Eduardo Novoa M. reconoce que, como resultado de este caso, parece posible utilizar con el gobierno los argumentos "del 'honor' del Estado y el de la 'buena fe' con que debe obrar en sus relaciones con los particulares"⁵⁶.

Otra vez, se encuentran en la jurisprudencia chilena el razonamiento, los principios y las normas enunciadas por la Corte que son directamente aplicables al derecho internacional, esta vez convencional, de derechos humanos. En este caso la Corte protegió el derecho al pago por bonos y otros beneficios de la propiedad. No se requiere más que un pequeño paso jurídico para que la Corte extienda tal razonamiento para proteger los derechos humanos fundamentales. El compromiso que el gobierno chileno adoptó al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos, también se hizo bajo el honor de Chile, "con la expresión de voluntad manifestada legalmente por sus personeros".

La Corte, por ejemplo, puede declarar que, acerca de la posición del actual gobierno sobre la Vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "no es posible admitir que el Estado chileno después de comprometer públicamente su garantía, desconozca los derechos fundamentales garantizados por el Pacto porque el Pacto que ratificó constituye un contrato que debe ser cumplido de buena fe", y el compromiso que hizo Chile "no

puede considerarse una simple expresión sin ninguna relevancia práctica".

Segundo, además de abogar para el reconocimiento de la vigencia en Chile del Pacto, se puede insistir, con cada caso y fallo negativo, que la Corte asuma su deber, bajo el artículo 5º del Código Civil y el artículo 102, N° 4, del Código Orgánico de Tribunales, de dar "cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas", a través de la exposición del Presidente de la Corte Suprema al inaugurar el nuevo año judicial cada 1º de marzo⁵⁷.

Esta estrategia fue utilizada en enero de 1977 por los abogados de dos exiliados que habían invocado el Pacto en su recurso de amparo de 1976⁵⁸. A pesar de que el argumento fue rechazado por la Corte Suprema el 31 de enero de 1977, el entonces ministro Retamal, actual presidente de la Corte Suprema, disintió en esa decisión y estuvo por incluir el problema en el discurso próximo de inauguración del año judicial. Intentos similares pueden seguir realizándose.

Una estrategia relacionada es la presentación de la cuestión al Tribunal Constitucional, bajo el artículo 82 de la Constitución. Las restricciones de tal presentación, contenidas en el mismo artículo, son numerosas y no hay norma específica sobre un tratado promulgado pero no publicado⁵⁹. Además, el riesgo político es considerable si el Tribunal considera la cuestión⁶⁰. Sin embargo, se ha sugerido que tal presentación, como la inclusión de la cuestión en la exposición del Presidente de la Corte Suprema al inaugurar cada año judicial en marzo, concientizará tanto a los jueces como al público de la violación del derecho interno y derecho internacional que ocurre a través de la falta de publicación, y aplicación plena del Pacto.

Recientemente la comisión fiscalizadora de la Democracia Cristiana intentó tal iniciativa, pidiendo al Tribunal Constitucional que "ordene al gobierno la promulgación del Pacto"⁶¹.

El Tribunal Constitucional rechazó la presentación⁶², tal vez porque el Pacto ya está promulgado. Sin embargo, la presentación sirvió para sensibilizar a la judicatura y al público, y la estrategia de pedir solamente la promulgación bajo el inciso 5 del artículo 82 de la Constitución deja abierta la posibilidad de intentarla otra vez con otro argumento.

Tercero, este problema representa la posibilidad de pedir una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.): tanto la utilización del Decreto Ley N° 247 y la falta de publicación del Pacto para "bloquear" su vigencia, como la posición de la Corte Suprema chilena sobre el artículo 2.2 del Pacto. Como se ha

El compromiso que el gobierno chileno adoptó al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos, también se hizo bajo el honor de Chile, "con la expresión de voluntad manifestada legalmente por sus personeros".

explicado, una cuestión similar ya ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶³. También podría presentarse el argumento sobre *estoppel*⁶⁴ y otros argumentos presentados en este trabajo.

Como se sabe, ni un individuo ni un estado puede solicitar a la C.I.J. una opinión consultiva. De los veinte órganos u organismos de las Naciones Unidas facultados para solicitar opiniones consultivas de la C.I.J.⁶⁵, los más relevantes para el caso de Chile y el Pacto son: la Asamblea General; el Consejo de Seguridad, y el Consejo Económico y Social.

Además, la Asamblea General puede autorizar al Secretariado hacer la petición. La Asamblea General no puede autorizar directamente al Comité de Derechos Humanos, constituido por el Pacto. Sin embargo, según el informe de 1950 del Secretario General a la Comisión de Derechos Humanos⁶⁶, la Asamblea General puede

autorizar al Secretario General a considerar sugerencias del Comité de Derechos Humanos sobre solicitudes para opiniones consultivas acerca de cuestiones que surgen del trabajo del Comité⁶⁷.

La cuestión es perfecta para una opinión consultiva de la C.I.J. En las palabras del Grupo de Trabajo sobre Chile, en su informe de 1977 a la 33ª período de Sesiones de la Comisión de Derechos Humanos⁶⁸.

*"El hecho de que se le hayan denegado efectos jurídicos en el orden interno de Chile al Pacto, que fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, plantea graves problemas en relación con los compromisos jurídicos internacionales del Gobierno de Chile... Ninguna omisión del Poder Ejecutivo, ninguna decisión del Poder Judicial puede limitar el alcance del compromiso internacional de Chile de acatar las disposiciones del Pacto"*⁶⁹.

En conclusión, vale la pena reconocer que el esfuerzo jurídico para utilizar el Pacto y otros tratados y normas internacionales, se ha enfocado en casos individuales sobre la cuestión del exilio, donde se ha manifestado el avance mayor⁷⁰. Representa un buen ejemplo de las posibilidades ofrecidas por la utilización sistemática del derecho internacional a través de casos individuales, tanto en los tribunales chilenos como en las organizaciones intergubernamentales⁷¹.

V. La Vigencia Automática del Derecho Internacional Consuetudinario Contenido en los Tratados.

La jurisprudencia sobre la incorporación por acto expreso de los tratados ni se dirige, ni impide, la vigencia interna del derecho internacional consuetudinario codificado en tales tratados. En las palabras del profesor y juez de la C.I.J., Baxter:

"Si un tratado se acepta como una declaración sólida del derecho internacional consuetudinario, la denuncia del tratado por una parte no puede absolver dicho Estado de su obligación de observar las reglas del derecho interna-

cional consuetudinario, cual existencia se prueba por su inclusión en el tratado"⁷².

Como ya se ha visto, este cuerpo de derecho se incorpora automáticamente al derecho interno, y no importa si las cortes reconocen o no la vigencia del tratado mismo como ley interna. Las cortes chilenas han reconocido repetidamente este hecho jurídico⁷³.

El Ministerio de Relaciones Exteriores también ha reconocido la vigencia interna, y su preeminencia sobre el derecho interno, del derecho internacional consuetudinario contenido en un tratado, no solamente ni promulgado ni publicado, sino un tratado ni aún ratificado por Chile⁷⁴. En otro caso, la posición del Ministerio, confirmada por la Corte Suprema, se presentó en forma más directa: "La falta de ratificación por parte de Chile de dicho instrumento, que ya está en vigencia entre más de cuarenta Estados, no impide considerar sus normas como principios de Derecho internacional universalmente aceptados"⁷⁵.

VI. Tratados "Self-Executing" y "Non-Self-Executing".

Es importante anotar otro argumento, presentado para evitar las responsabilidades de un tratado internacional: la necesidad de legislación adicional para implementar internamente las normas de tal tratado. No se trata del acto expreso de incorporación del tratado, sino el carácter de las normas del tratado como "self-executing" o "non-self-executing" ("auto-ejecutables y "no auto-ejecutables"). La relación entre los conceptos es estrecha. El profesor Orrego ofrece una explicación parcial de la diferencia entre el acto expreso de incorporación y el carácter de auto-ejecutable y no auto-ejecutable:

*"Se trata (el acto expreso de incorporación) más que nada de una exigencia destinada a garantizar el cumplimiento de las formas constitucionales que rigen en materia de tratados internacionales y que por cierto no impide que tales convenciones puedan contener normas self-executing para que puedan operar y, consecuentemente, ser aplicadas por los tribunales"*⁷⁶.

El concepto de normas **self-executing** y **non-self-executing** ha surgido recientemente en la literatura jurídica chilena⁷⁷. Por falta de claridad, este concepto puede permitir una fuerte manipulación del mismo para evitar las obligaciones de un tratado.

Tal evasión por parte de un gobierno ocurre bajo el pretexto de que las previsiones de un tratado son **non-self-executing**, y por lo tanto, el tratado no tiene vigencia dentro del país. Hay por lo menos dos formas de esta evasión. Primero, un gobierno puede utilizar los procedimientos de la incorporación por acto expreso para argumentar que la vigencia del tratado ha sido bloqueada. El ejemplo clásico es la utilización

La falta de ratificación por parte de Chile de un tratado internacional no impide considerar sus normas como principios de Derecho internacional universalmente aceptados".

del Decreto Ley N° 247 por el actual gobierno chileno para no reconocer la vigencia del Pacto⁷⁸.

La otra forma es el argumento comúnmente utilizado por los Estados Unidos para evitar la vigencia de un tratado: argumentar que las previsiones del tratado necesitan legislación doméstica adicional, o cambios en la legislación actual, antes de que las normas del tratado puedan aplicarse internamente⁷⁹. Pero la mayoría, si no todos, de los derechos garantizados —por el Pacto, por ejemplo— se presentan en una forma ampliamente "completa y detallada", y "tienen suficiente precisión normativa" para "ser fuente directa de derechos u obligaciones

para el individuo, en términos que a éste le sea posible invocar esos derechos ante los tribunales nacionales”⁸⁰. Es decir, son normas **self-executing**.

Sin embargo, el gobierno y las cortes chilenas han utilizado este concepto para evitar las obligaciones del Pacto. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en su fallo de 1986 sobre el Pacto, explicado arriba, determinó que:

*“No ha podido originar el nacimiento de dichos derechos que en la especie se traducirían en el derecho para la autoridad que permita el reingreso de la recurrente al territorio de la Nación. Mientras la publicación no se haga, sólo existe para la afectada la mera expectativa de adquirir los derechos que se trata, y las meras expectativas no habilitan para hacer uso de la facultad otorgada por el artículo 20 de la Constitución”*⁸¹.

La manipulación del concepto de tratados **non-self-executing**, por parte del gobierno y las cortes chilenas, se presenta más clara todavía cuando se compara este fallo sobre el Pacto con el fallo de la Corte Suprema sobre la Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América⁸², en el cual la Corte reiteró la posición del gobierno:

“Una vez aprobada por el Congreso y ordenada cumplir como ley de la república, como sucedió en este caso, sus disposiciones o acuerdos pasaron a formar parte de la legislación nacional, con el carácter de ley, de modo que es una ley la que acepta que se protejan especies de la fauna o de la flora y aún en forma absoluta, teniéndolas como inviolables...”

*“No constituye una mera recomendación para que los gobiernos americanos adopten medidas de protección, sino que respecto de nuestro país es una ley...”*⁸³.

Como resultado de esta jurisprudencia inconsistente, un tratado internacional que exige la protección de los derechos fundamentales de ciudadanos chilenos solamente ofrece una “mera expectativa”, mientras un tratado internacional que exige la protección de árboles indígenas chilenos “no constituye una mera recomendación... sino que respecto de nuestro

país es una ley”. Es una situación que no solamente contradice la larga historia de la jurisprudencia chilena y el derecho internacional, sino también el sentido común.

VII. El Derecho Internacional Violado por la Posición Chilena sobre el Pacto

Anteriormente en este artículo, se trató de la posición del gobierno y los tribunales chilenos sobre la vigencia en el país de un tratado firmado y ratificado por Chile: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se planteó que, con esa posición, puede “resultar comprometido el honor de Chile” ante la comunidad mundial por la violación del derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, que resulta de tal posición.

La responsabilidad del gobierno y las cortes chilenas por tal violación se trata al final de esta sección. Se analiza aquí el derecho internacional que establece la obligación del gobierno chileno de respetar sus compromisos. Se trata de la interpretación de los tratados y su vigencia, basada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁴.

Esta Convención entró en vigencia el 23 de enero de 1980, y Chile la ratificó el 9 de abril de 1981. Fue promulgada en Chile por Decreto Supremo N° 381 de 1981 y publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981.

Los artículos de la Convención que tienen más relevancia para las recientes interpretaciones de los tratados por parte del gobierno y los tribunales chilenos, son los artículos 18, 26, 27 y 31.⁸⁵ Estos artículos tratan de la observancia, aplicación e interpretación de los tratados. El artículo 18, sobre la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigencia, se relaciona en este estudio con los tratados sobre derechos humanos que Chile ha firmado, pero todavía no ha ratificado, y se trata abajo.

A pesar de la irretroactividad de la Convención,⁸⁶ todos los artículos citados arriba, con la posible excepción del artículo 18⁸⁷, representan la codificación del derecho inter-

nacional 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 el derecho internacional consuetudinario. Por eso, tienen vigencia en Chile, y deben ser utilizadas en la interpretación de los tratados sobre derechos humanos⁸⁸, 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.

El artículo 26 codifica el principio de *pacta sunt servanda*, o buena fe⁸⁹. El requerimiento de que las partes del tratado deben cumplirlo de buena fe ha sido llamado el principio más fundamental de todo el derecho internacional consuetudinario sobre el derecho de tratados⁹⁰. La violación de esta norma, por el gobierno chileno en el caso del Pacto y otros tratados sobre derechos humanos, es obvia.

El artículo 27 tiene una aplicación igualmente directa a los fallos de los tribunales chilenos, porque regla la relación del derecho interno y la observancia de los tratados: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"⁹¹. Los fallos de los tribunales chilenos no solamente han violado esta obligación internacional, sino también contradicen la posición de Chile durante la elaboración de dicho artículo de la Convención de Viena.

Como se sabe, la Convención es el resultado de dos períodos de sesiones de una conferencia de ciento diez naciones en 1968 y 1969. El artículo 27 fue el producto de una enmienda propuesta por la delegación de Pakistán. La delegación de Chile la apoyó enérgicamente:

"La posición de nuestra delegación (chilena) se puede sintetizar de la siguiente manera:

a) Nada hay que oponer a que un Estado pueda invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un tratado, no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento, invocando su Constitución y aún menos su legislación nacional ordinaria.

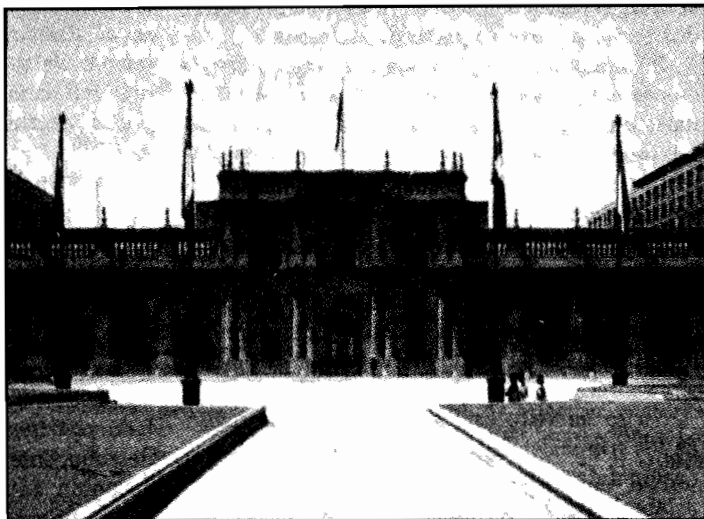
b) Por lo tanto, la idea que inspira la proposición de Pakistán es muy conveniente e, incluso, aconsejable sería incorporar al proyecto una cláusula que estableciera expresamente la prohibición de invocar las propias leyes constitucionales para eludir el cumplimiento de los tratados"⁹².

Además, el jurista chileno Benadava, al revisar la jurisprudencia internacional, afirmó que "la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sólo codificó un principio universalmente aceptado al establecer en su artículo 27 que 'una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'"⁹³.

El artículo 31 de la Convención tiene relevancia no solamente en la decisión de la Corte Suprema chilena de no reconocer la vigencia del Pacto, sino también su interpretación del artículo 2.2 del Pacto⁹⁴. Como se sabe, el artículo 31 codifica la regla general de interpretación de un tratado, y señala que "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"⁹⁵.

Este artículo también representa la codificación del derecho internacional consuetudinario. El jurista Jiménez de Aréchaga reconoció que este artículo fue "adoptado sin voto disidente en la Conferencia, y consecuentemente puede ser considerado como declaratorio del derecho existente". También afirmó que el artículo 31 "establece lo que puede describirse como 'la regla de oro' de interpretación"⁹⁶.

Además, el actual gobierno chileno también ha reconocido que el artículo 31 codifica el derecho internacional consuetudinario vigente, y lo hizo cuando la Convención todavía no había entrado en vigencia. En el arbitraje sobre el Canal Beagle, el gobierno chileno afirmó que tanto Chile como Argentina tenían que interpretar el Tratado de 1881 según "los principios que ahora se reflejan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"⁹⁷. Más importante, durante esa época, Chile ni había ratificado la Convención⁹⁸. Es otro ejemplo de como el gobierno



chileno ha reconocido la vigencia del derecho internacional consuetudinario presentado en un tratado que Chile ni había ratificado, ni se encontraba vigente.

Todos estos artículos de la Convención muestran claramente que los fallos sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Corte Suprema chilena están en plena contradicción con el derecho internacional sobre el derecho de los tratados. Además, como se ha visto, dichos fallos están en plena contradicción con la posición oficial del gobierno en las conferencias internacionales y, en general, ante la comunidad mundial.

Antes de terminar el análisis de esta sección, el artículo 18 de la Convención merece una discusión breve, particularmente en vista de los numerosos tratados sobre derechos humanos que Chile ha firmado, pero todavía no ha ratificado. El artículo 18 establece la obligación de un estado de “abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustrate el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado”⁹⁹. Sin duda, el gobierno chileno ha violado esta norma en relación de tales tratados, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, hay sustancial apoyo para el argumento que el artículo 18 también representa la codificación del ya existente derecho internacional consuetudinario, y por eso su vigencia no es afectada por el artículo 4 de la Convención sobre irretroactividad. Según Sinclair, la obligación del artículo 18 “no fluye de un tratado particular, sino de la regla general del derecho internacional de la cual se da expresión concreta en el artículo 18”¹⁰⁰. El jurista Elias afirma que “uno de los principios fundamentales del derecho de tratados se encuentra en el artículo 18”¹⁰¹. McNair también afirma que el artículo 18 declara el anterior derecho internacional consuetudinario¹⁰². Hay que notar que Henkin dice que tal afirmación “no es libre de duda”¹⁰³. Sin embargo, se puede afirmar, como Elias, que la norma señalada en el artículo 18 “es un aspecto del principio fundamental de *pacta sunt servanda*”, o buena fe¹⁰⁴.

Como hemos visto, si la norma del artículo 18 tiene carácter de derecho internacional consuetudinario, tiene vigencia en Chile, y debe ser aplicada por los tribunales chilenos. Además, después de la fecha de la ratificación por Chile de la Convención de Viena, el 9 de abril de 1981, adquirió también la vigencia como una norma del derecho internacional convencional, y el gobierno y las cortes chilenas quedaron con la obligación de respetar sus normas

con los tratados sobre derechos humanos firmados por el gobierno a partir de esa fecha.

En conclusión, hay muchos ejemplos de acciones del gobierno chileno, fallos de los tribunales chilenos y opiniones de los juristas chilenos que indican claramente la primacía del derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, sobre el derecho interno chileno en el caso de conflicto¹⁰⁵. La razón para tal conclusión es obvia: "podía resultar comprometido el honor de Chile", porque la conclusión opuesta resultaría en la violación del derecho internacional y el incumplimiento de las obligaciones frente a la comunidad mundial.

Ya se ha visto esta situación en la posición de los tribunales chilenos frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En las palabras del jurista Brownlie: "Si un tratado crea una obligación de incorporar ciertas reglas en el derecho interno, la omisión de hacerlo acarrea la responsabilidad por la violación del tratado"¹⁰⁶. Tanto Brownlie como McNair reconocen que tal responsabilidad del estado surge cuando la judicatura del país comete errores o se excusa de dar efecto a un tratado: "sus juzgamientos involucran al Estado en la violación de un tratado"¹⁰⁷.

Como ya se ha explicado, tal posición representa no solamente una violación del derecho internacional convencional, tanto del tratado mismo como del artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, sino también del derecho internacional consuetudinario, contenido en los dos tratados. El artículo 27 de la Convención de Viena señala: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"¹⁰⁸.

Según el jurista Benadava:

*"En efecto, la sentencia interna que aplica dicha norma (una norma interna contraria al derecho internacional) es, desde el punto de vista del derecho internacional, un simple hecho ilícito de efectos provisionales que compromete la responsabilidad del Estado que la dictó"*¹⁰⁹.

Veloso reconoce también que:

"Cada vez que en el ámbito interno deje de

*aplicarse una norma internacional vigente para el Estado... y ello signifique el incumplimiento de una obligación internacional, habrá una infracción del derecho internacional, que podrá acarrear la consiguiente responsabilidad"*¹¹⁰.

En resumen, como ya hemos visto, resulta "una situación incierta y muchas veces contradictoria, en el sentido que podía resultar comprometido el honor de Chile"¹¹¹.

VIII. Conclusión

En conclusión, las normas sobre derechos humanos contenidas en el Pacto 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** (auto-ejecutables), es decir las normas suficientemente completas y detalladas, tienen vigencia, sean o no parte del derecho internacional consuetudinario.

Tercero, todas las previsiones del tratado mismo —el derecho internacional convencional— se incorporan por el acto expreso del gobierno de firmarlo y ratificarlo. Tienen 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 respeto de los derechos mismos) a su conveniencia, ni bajo el pretexto de un detalle de forma —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 Nº 247, ni otros argumentos, pueden excusar al gobierno y las cortes de su responsabilidad de reconocer la vigencia en el derecho interno del Pacto y otros tratados relacionados con la protección de los derechos humanos. La negación 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 pretextos de conveniencia, puede resultar "comprometido el honor de Chile".

NOTAS

- (1) Ver, por ejemplo, las conclusiones del Séptimo Congreso Nacional de Abogados de Chile, el 17 a 20 a julio de 1986. El párrafo g) de su "Acuerdo sobre la Vigencia y Protección de los Derechos Humanos señala: "g) declaramos que tratados internacionales referentes a los derechos humanos forman parte del derecho público chileno y tienen un valor superior a las normas internas, incluso a las de la Constitución Política del Estado". Colegio de Abogados, Boletín Informativo, número 3, agosto, 1986, p. 6. Para otras sugerencias, ver también: La Comisión de Justicia del Proyecto Alternativo, **Justicia y Democracia: Bases de Discusión**, seminario de profesionales y técnicos humanistas cristianos, Santiago, enero de 1984 p. 54.
- (2) Ver, por ejemplo, el análisis de Irigoín, Jeannette, y Muñoz, Andrea, "El derecho internacional en la Constitución chilena de 1980", **Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso**, VI, 1982, p. 415; Irigoín, Jeannette, "La incidencia del órgano legislativo chileno en la conclusión de acuerdos internacionales", tesis para optar al grado de licenciado en derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1976; Benadava, Santiago, "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos". **Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales**, Tomo LIX, Núms. 1 y 2, enero a abril de 1962, p. 1.
- Benadava, Santiago, **Derecho Internacional Público**, 2da. edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982), pp. 69-75.
- Llanos, Hugo, **Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público**, Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977), pp. 411-424;
- Orrego, Francisco, **La Participación de Chile en el Sistema Internacional** (Santiago: Editorial Nacional Gabriela Mistral 1974), p. 191-93; Veloso, Adolfo, "Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno", **Revista de Derecho de la Universidad de Concepción**, N° 165, enero-diciembre de 1977, p. 265.
- (3) En la Constitución Política de Chile de 1925, se señalan las siguientes atribuciones sobre tratados internacionales:
- "Artículo 43: Son atribuciones exclusivas del Congreso: ...5a. Aprobar o desechar los tratados que le presentare al Presidente de la República antes de su ratificación. Todos estos acuerdos tendrán en el Congreso los mismos trámites de una ley". (Ver también el último inciso del Artículo 51, agregado según lo dispuesto por LRC 17.284, 23 de enero de 1970).
- "Artículo 72: Son atribuciones especiales del Presidente:
- ...16a. ...concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso".
- "Artículo 78b): El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones: a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso".
- Según Irigoín y Muñoz, nota 2, *supra.*, p. 419, "El art. 72 N° 16 de la Constitución de 1925 es una fiel reproducción del art. 82 N° 19 de la Constitución de 1833, pero el nuevo texto constitucional (de 1925) agregó entre las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional la del N° 5 del art. 43".
- En la Constitución Política de Chile de 1980, se señalan las siguientes atribuciones sobre tratados internacionales:
- "Artículo 32: Son atribuciones especiales del Presidente de la República: ...17° ...concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes 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°".
- "Artículo 50: Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tra-

tados 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”.

“En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento...”.

“Artículo 82: Son atribuciones del Tribunal Constitucional: ...2º 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”.

“Disposición Transitoria Décimo Octava: Durante el período a que se refiere la disposición décimo tercera (hasta 1989), la Junta de Gobierno ejercerá por la unanimidad de sus miembros las siguientes atribuciones exclusivas: ...D. Aprobar o desechar los tratados internacionales, antes de la ratificación presidencial”.

“Disposición Transitoria Vigésimo Primera: Durante el período a que se refiere la décimo tercera disposición transitoria (hasta 1989) y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no serán aplicables los siguientes preceptos de esta Constitución:

“b)... Las referencias que estos preceptos... hacen al Congreso Nacional o a alguna de sus ramas, se entenderán hechas a la Junta de Gobierno”.

- (4) “En el caso del derecho internacional –salvo en cuanto algunas de sus disposiciones formen parte de las reglas generales del derecho internacional o “derecho internacional común”–, los tribunales chilenos exigen un acto expreso de

incorporación para que dicha convención adquiera vigencia en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, esta exigencia –motivada por el sistema constitucional chileno– no debe interpretarse como una consagración del clásico sistema de la “transformación” del derecho internacional en derecho interno; si tal fuese la intención, con mayor razón se exigiría para el caso de la incorporación del derecho internacional común y, como se vio, a este respecto es inequívoca su incorporación automática”. Orrego, nota 2, *supra.*, p. 191. Ver también la sección IV *infra*.

- (5) Ver, en general Llanos, nota 2, *supra.*, pp. 156-162, sobre la promulgación y la publicación de un tratado.
- (6) D.L. Nº 247, promulgado el 31 de diciembre de 1973, y publicado en el Diario Oficial Nº 28.753, de 17 de enero de 1974.
- (7) Ver la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N.Doc. A) CONF. 39/27, 23 de mayo de 1969, firmado y ratificado por Chile, y promulgado y publicado como ley de la república el 22 de junio de 1981. También el análisis de Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, ad. ed. (Manchester, Manchester V. Press 1984), pp. 83-98, 252-258, sobre la relación entre el derecho internacional consuetudinario y los artículos relacionados a la entrada en vigencia de los tratados. En general, a pesar de la irretroactividad de la Convención (artículo 4), las normas contenidas en esos artículos se han reconocido como derecho internacional consuetudinario, y por lo tanto, tienen vigencia automática dentro de Chile. Bajo tal derecho internacional consuetudinario, sólo se necesita la firma y la ratificación. Ver el análisis en sección IV, *infra*.

- (8) “Art. 5º: Una vez que se haya efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la república y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial”.
- (9) Irigoín y Muñoz, nota 2, *supra.*, p. 428. Ver la referencia de la Corte Suprema al Decreto Supremo Nº 132, del 21 de junio de 1926, en su fallo sobre el Pacto del 22 de octubre de 1984; Fallos del Mes Nº 311, octubre 1984, p. 588, 589.
- (10) D.L. Nº 788, 4 de diciembre de 1974, publicado en el Diario Oficial Nº 29.019.
- (11) “De acuerdo a lo que dispone el Art. 1º del D.L. Nº 788, este D.L. Nº 247 en su Art. 5º, es una norma distinta a algún precepto de la Constitución Política del Estado, (Citación al D.L. Nº 788) y por lo tanto, modifica la Constitución y hay que entender que es de rango constitucional, por lo tanto, al dictarse se ejerció la facultad del constituyente”. Irigoín, nota 2, *supra.*, p. 108.
- (12) Ver, por ejemplo, los casos citados por Benadava, nota 2, *supra.*, p. 20-22, y los casos citados por Irigoín, *ibid.*, pp. 113-114.
- (13) Irigoín, *ibid.*, p. 115, que cita al profesor Quinzio: “Estos acuerdos no necesitan ser promulgados ni publicados, porque ni la Carta Fundamental, ni la ley, ni los reglamentos internos del Congreso establecen otros requisitos para que entren en vigencia”. Quinzio Figuerido, Jorge Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Jurídica 1969, Manuales Jurídicos Nº 62, p. 299; y al profesor Bonne-

foy: "Ambas operaciones decreto y publicación, nada tienen que ver con la puesta en vigencia del tratado", Bonnefoy, Claudio, pp. 59-60. Pero el profesor Bonnefoy continúa con una calificación importante al análisis: "Su función consiste en dar cumplimiento al tratado en el plano interno, y su finalidad inmediata es permitir su aplicación por los tribunales y las autoridades administrativas, así como su invocación por los particulares que deriven derechos u obligaciones de él", *ibid.*

Además, ver el informe jurídico N° 2 de 1968 de Ministerio de Relaciones Exteriores, citado por Llanos, nota 2 *supra.*, pp. 158-160, que postula la necesidad de la promulgación y la publicación bajo los requerimientos de los artículos 6 y 7 del Código Civil, relativos a las leyes chilenas, en nota 39, *infra.*

- (14) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, OEA/Ser. L/V/II.66, doc. 17, 27 septiembre 1985, Original: Español, p. 45. Para apoyar esta afirmación, se citó el profesor (y, ahora, el Ministro de Justicia de Chile) Hugo Rosende:

"La ley es perfecta y definitiva desde el momento mismo en que ha sido aprobada por los organismos competentes; que la promulgación, por tanto, ni le confiere la fuerza ejecutoria ni condiciona el nacimiento del nuevo estatuto establecido por el legislador; en fin, que la promulgación no agrega nada a la ley. Ahora bien, si estas conclusiones son admisibles con respecto al acto promulgatorio, se imponen aún con mayor fuerza en lo que se refiere a la publicación, la cual es lógicamente posterior a la promulgación y una simple consecuencia de ella". Rosen-

de, Hugo, Promulgación y Publicación de la Ley, (Santiago: Editorial Nascimento, 1941), p. 165.

El cambio fuerte impuesto por el D.L. 247 se presenta aún más bajo el análisis del profesor Fernando Albónico, quien cita los siguientes ejemplos de la tradición chilena en esta materia:

"4.- Hasta la dictación en Chile del D.L. 247 de 17 de enero 1974, que obliga a incorporar los tratados al orden jurídico interno, mediante su promulgación y publicación, el sistema jurídico chileno seguía una orientación "monista" con primacía del Derecho Internacional. Así lo demuestra:

a) La primacía que la Jurisprudencia y la Cancillería le han dado al Tratado sobre la ley interna, especialmente en los problemas de nacionalidad de los nacidos en Tacna y Arica, surgidos a propósito del Tratado de Lima del año 1929, notoriamente contradictorio a la Constitución de 1925.

b) La necesidad de introducir al Tratado una reserva expresa cuando se quiso hacer prevalecer la ley interna sobre el Tratado, como ocurrió con el Código de Bustamante.

c) La aplicación directa de los Tratados, tanto por la Cancillería como por los Tribunales, aún sin incorporación al Derecho interno; y

d) La ausencia de toda norma *jdca.* interna que obligare hasta el año 1974, a promulgar y publicar los tratados internacionales".

Albónico Valenzuela, Fernando, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, "Informe en Derecho", Expediente, Recurso de Amparo N° 701 y 702, Rol. 20187-146, 19 de agosto de 1976. Citado por Irigoín, nota 2, *supra.*, pp. 116-117.

(15) Ver el análisis del debate por Irigoín y Muñoz, nota 2, *supra.*, pp. 429-436.

(16) *Ibid.*, p. 433.

(17) G.A.Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (N° 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigencia el 23 de marzo de 1976.

(18) Decreto Supremo N° 778, del 30 de noviembre de 1976.

(19) Ver la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc. A/CONF. 39/27, en 289, adoptada el 22 de mayo de 1969, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980, que incorpora el derecho internacional consuetudinario sobre los trámites y la interpretación de los tratados.

(20) Rol. N° 242-86 de la Corte de Apelaciones de Santiago; ver el análisis del caso en: La Vicaría de la Solidaridad, Arzobispado de Santiago, "Informe sobre hechos relevantes", N° 4, 21 de noviembre de 1986.

(21) Rol. N° 20187-146, Recurso de Amparo N° 701 y 702 de Jaime Castillo Velasco y Eugenio Velasco Letelier, 25 de agosto de 1976.

(22) Rol. 1.113-84, reportado en Rol. 24.128, del 22 de octubre 1984, Fallos del Mes, N° 311, Octubre 1984, pp. 588, 593-594. El disidente, Ministro Paillás, concluyó:

"Que, en consecuencia, los decretos antes mencionados no han podido apartarse de las normas antes dichas que han sido reconocidas por la primera autoridad de la Nación, la que dispuso que dicho Pacto se cumpla y se lleve a efecto como Ley de la República, si bien hasta ahora no ha sido publicada".

(23) Este artículo Transitorio es la piedra angular del sistema de control durante un estado de excepción:

"Vigesimacuarto.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y siguientes sobre

estados de excepción que contempla esta Constitución, si durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declarará y tendrá, por seis meses renovables, las siguientes facultades:

a) Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles. Si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días más;

b) Restringir el derecho de reunión y la libertad de información, esta última sólo en cuanto a la fundación, edición y circulación de nuevas publicaciones;

c) Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8º de la Constitución, a los que estén sindicados o tengan reputación de ser activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyen un peligro para la paz interior, y

d) Disponer la permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio nacional hasta por un plazo no superior a tres meses.

Las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá el Presidente de la República, mediante decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República". Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso.

(24) Rol. Nº 241.28, 22 de octubre de 1984, Fallos del Mes, Nº 311, octubre, 1984, p. 588, 589 (el caso de Leopoldo Ortega Rodríguez y Jaime Insunza Becker).

(25) *Ibid.*, p. 590. Para un análisis sobre la vigencia del Pacto y esta decisión de la Corte, ver: Comisión Chilena de Derechos Humanos, "Informe sobre la vigencia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en Chile", Santiago, 15 de enero de 1985.

(26) "Artículo 2... 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".

(27) Ver Nota 24, *supra.*, pp. 591-592.

(28) U.N. Doc. A/CONF. 39/27, adoptada el 22 de mayo de 1969, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980. Chile la firmó, la ratificó, la promulgó y la publicó como ley de la república el 22 de junio de 1981.

(29) El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (firmada pero todavía no ratificada por Chile) dispone:

"Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

(30) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, "Exhibibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arículos 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", p. 17 de la opinión provisional ("slip opinion"). El artículo 14.1 de la Convención trata del derecho a efectuar, a través de medios de difusión al público, la rectificación o respuesta a informaciones inexatas o agraviantes emitidas en su perjuicio.

(31) Opinión Consultiva OC-7/86, Opinión Separada del juez Piza Escalante, p. 13.

(32) En su informe, el Relator expresó:

"En el sistema constitucional que prevalece en los Estados Americanos, las disposiciones de los tratados se incorporan al derecho interno por la ratificación, esto es por su previa promulgación por el órgano legislativo competente, sin necesidad de una ley especial. Por consiguiente, este párrafo no es necesario en la Convención interamericana. Por el contrario, si se incluyera en la Convención, podría justificar el punto de vista de que un Estado Parte no estuviera obligado a respetar uno o más de los derechos definidos en la Convención pero no amparados por la legislación interna, sino que estaría obligado a hacerlo únicamente después de la promulgación de una ley especial sobre dicho derecho o derechos" (Estudio Comparativo de los Pactos de las Naciones Unidas... y de los Proyectos de Convenciones Interamericanas sobre Derechos Humanos", OEA/Ser. L/V/II. 19, Doc. 18, pg. 9, 1968).

(33) Observaciones del Gobierno de Chile, Doc. 7, p. 38, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22

de noviembre de 1969, "Actas y Documentos", OEA/Ser. K/ XVI/1.2, Washington, D.C. En su opinión separada, el juez Piza Escalante concluyó: "30. En efecto, considero que lo fundamental es el deber inmediato e incondicional de cada Estado de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales, para que éstos alcancen normalmente una plena protección desde el punto de vista del derecho internacional, aun frente a aquellos ordenamientos internos para los cuales el último carece de inmediata exigibilidad. En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido previsto por su orden interno".

- Opinión Consultiva OC-7/86, nota 143a, *supra*. pp. 1617. Ver, en general toda la Opinión Separada del juez Piza Escalante; la Opinión Separada del juez Gros Espiell pp. 6 8;
- (34) 'Observaciones del Gobierno de Chile' al Informe del Grupo de Trabajo Ad Hoc para investigar la situación de los Derechos Humanos en Chile, U.N. Doc. A/C. 3/31/6 27 de octubre de 1976 p. 19. Hay otros ejemplos de la reconocimiento por parte del gobierno chileno, en el mismo documento, por ejemplo: "El Convenio que nos rige es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuya aplicación y respeto reclama el gobierno de Chile de parte del Grupo de Trabajo. Pare-

ciera que la vigencia de dicho Pacto molestará al Grupo de Trabajo que pretende erigirse en parte de ellos sin otro título que su ignorancia jurídica. (p. 24).

- 'El gobierno de Chile seguirá colaborando con la Secretaría General con la Comisión de Derechos Humanos con el Procedimiento de la Resolución 1503 y con las obligaciones que para él se desprenden del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que recientemente ha entrado en vigor' (p. 86).
- (35) Ver la notificación dada por el gobierno chileno el 7 de septiembre de 1976 a través del Secretario General de las Naciones Unidas a los otros Estados Partes del Pacto:

Como consecuencia de la proclamación del estado de sitio, los derechos que se refieren en los artículos 9, 12, 13, 19 y 25. (b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se han restringido en Chile.

"La derogación de estos derechos está autorizada expresamente por el artículo 4(1) del Pacto.

"Estoy informando a los otros Estados Partes de lo antedicho a través de usted, de acuerdo con las provisiones del artículo 4(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". (Traducción no oficial por el autor del texto en el inglés, citado en: Lillich, International Human Rights Instruments, (Buffalo, New York: William S. Hein Company, 1985), p. 170.18.

Ver también la notificación del gobierno chileno del 29 de enero de 1987, "informando que el estado de sitio expiró el 6 de enero y no ha sido renovado. El trámite se realizó de acuerdo con lo que establece el artículo cuarto del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos". (El Mercurio,

30 de enero de 1987, p. A. 8).

El artículo 4.3 del Pacto obliga a los Estados Partes que: "3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

- (36) Ver, por ejemplo, el informe inicial del gobierno chileno al Comité de Derechos Humanos, U.N. Doc. CCPR/C/1/Add. 25 y Add. 40, (1979) y la discusión del Comité sobre el mismo en el Informe del Comité de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/34/40, Supp. No 40 (1979), pp. 15-25; y el segundo informe del gobierno chileno al Comité de Derechos Humanos, U.N. Doc. CCPR/C/32/Add. 1 y 2 (1984), y la discusión del Comité sobre el mismo, en el Informe del Comité de Derechos Humanos, U.N. Doc. A/39/40, Supp. No 50 (1984), pp. 82-95, y U.N. Doc. A/40/40, Supp. No 40 (1985), pp. 12-19.
- (37) Sobre el principio de estoppel, ver, por ejemplo, *Boundary Arbitration Award between Argentina and Chile*, H.M.S.D., 1966, Int. L.R. 38, p. 10, 76-79; *Case Concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December, 1906*, 1960 I.C.J. Reports 192; *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, 1962 I.C.J. Reports, 6, 32; Artículo 45 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ver, en general, el tratamiento del principio en Brownlie, *Principles of Public Internatio-*

nal Law, 3d. ad. (1979), pp. 636-639; Llanos, nota 2, supra., pp. 258-272.

Sobre el principio de buena fe, ver, por ejemplo, los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ver, en general, el tratamiento del principio en Schwarzenberger y Brown, *A Manual of International Law, Sixth Edition* (Milton, Inglaterra; Professional Books, 1976), pp. 118-119, y las referencias del texto.

(38) RoL N° 242-86, de la Corte de Apelaciones de Santiago, analizado en: La Vicaría de la Solidaridad, Arzobispado de Santiago, "Informe sobre hechos relevantes", N° 4, 21 de noviembre de 1986. El fallo mismo se publicó en: *Fallos del Mes*, N° 336 Noviembre, 1986, p. 796.

(39) "Artículo 72.... La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente. La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio".

Además, el artículo 50 de la Constitución de 1980 afirma que "La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley".

En el caso de 1984 sobre el Pacto, ya explicado, se hicieron referencias a las provisiones del Código Civil sobre la promulgación de la ley, los cuales son los artículos 6 y 7 del mismo Código: *Art. 6º. La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que sigan.*

Art. 7º. La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria.

Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial.

Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.

En 1968, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile analizó la relación de dichos artículos con la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno chileno:

¿...Cuál es el procedimiento de recepción o incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico chileno y por qué textos legales se rige, con el fin de precisar si es posible omitir uno de sus trámites: la publicación?

El procedimiento de incorporación de los tratados al derecho chileno no se ha regulado por un texto legal especial. 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, con lo cual se han hecho aplicables, a estas materias, los artículos 6º y 7º 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 su procedimiento de inserción, resulta que, en aplicación del artículo 6º y del inciso primero del artículo 7º... 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 éstos.

... Al omitirse la inserción del texto del Convenio en el Diario Oficial se ha infringido tanto el tratado mismo como los artículos 6º y 7º del Cód-

igo Civil, no dándose cumplimiento, de paso, a lo prescrito por el decreto promulgatorio. Se ha infringido el tratado porque no se ha dado cumplimiento total sino parcial al procedimiento de incorporación, tal como éste 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 han infringido los artículos 6º y 7º del Código Civil porque no se ha dado cumplimiento al trámite final del proceso de recepción: la inserción del tratado en el Diario Oficial.

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". (Informe Jurídico N° 2 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, año 1968, pp. 5-8).

El Ministerio tomó la posición en su informe de 1968 que, a pesar de que se han infringido tanto el Código Civil como el tratado mismo y el decreto promulgatorio, un tratado no publicado no tiene valor de ley para los órganos internos, incluso a los tribunales chilenos. Sin embargo, el informe concluyó que:

"La mera publicación del decreto promulgatorio no seguida de la inserción del texto completo del tratado, significa, desde el punto de vista de los particulares, llevar a extremos inaceptables la fic-

- ción del conocimiento de la norma jurídica, con grave menoscabo de los derechos y legítimas expectativas de los individuos...'*
- Sobre los requerimientos para la incorporación en general, ver: Llanos, nota 2, *supra.*, pp. 119-162.
- (40) Verthon 38, *supra.*, p. 797. Fallos del Mes, N° 336, Noviembre, 1986. El oficio está citado también en: La Vicaría de la Solidaridad, nota 38, *supra.*; el Ministerio afirmó, además, que "El Decreto Supremo N° 778 no fijó un plazo para la publicación en el Diario Oficial del Pacto que promulgaba".
- (41) Artículo 21 transitorio de la Constitución Política de la República de 1980.
- (42) La Vicaría de la Solidaridad, nota 38, *supra.*, Fallos del Mes, N° 336, Noviembre, 1986, p. 798.
- (43) Fallos del Mes, N° 311, Octubre, 1984, p. 588, 589.
- (44) Colegio de Abogados de Chile, nota 1, *supra.*, p. 7.
- (45) Ver, por ejemplo, las notas 34 y 35, *supra.*, y el texto que las acompaña.
- (46) Ver nota 28, *supra.*, y el texto que la acompaña; ver también las notas 54-104, *supra.*, y el texto que las acompaña.
- (47) Ver nota 39, *supra.*
- (48) Ver Detzner, "La Utilización del Derecho Internacional de Derechos Humanos frente a los Tribunales Domésticos Chilenos" (Santiago, 1987) manuscrito preparado en trámite de publicación.
- (49) Inciso 2 del artículo 3 del Código Civil chileno.
- (50) En Detzner, nota 48, *supra.*
- (51) Fallo citado en Detzner, *ibid.*
- (52) Ver nota 16, *supra.*, y el texto que la acompaña.
- (53) Caso "Ford Motor Co.", 3 de octubre de 1966, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, tomo LXIII, 2da. parte, sección 1ra., p. 353, 359-360.
- (54) *Ibid.*, p. 360.
- (55) *Ibid.* Es interesante notar que una de las partes en el juicio, el gerente de la Agencia en Chile de Ford Motor Co., fue J. Vernon Townley, padre de Michael Vernon Townley, involucrado en el caso Letelier.
- (56) Novoa Monreal, Eduardo, *ibid.*, pp. 355-359. Pero ver la crítica de Novoa sobre el caso, pp. 358-359.
- (57) El artículo 5° del Código Civil señala:
"Artículo 5°. La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas".
El artículo 102, N° 4 del Código Orgánico de Tribunales señala:
"Art. 102. El primero de marzo de cada año la Corte Suprema iniciará sus funciones en audiencia pública, a la cual deberán concurrir su fiscal y los miembros y fiscales de la Corte de Apelaciones de Santiago. El Presidente de la Corte Suprema dará cuenta en esta audiencia:
4°. De las dudas y dificultades que hayan ocurrido a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que se noten en ellas y de que se haya dado cuenta al Presidente de la República en cumplimiento del Artículo 5° del Código Civil.
Esta exposición será publicada en el Diario Oficial y en la Gaceta de los Tribunales".
- (58) Ver nota 21, *supra.*, y el texto que la acompaña. El escrito presentado y la respuesta de la Corte Suprema se presentan en Llanos, Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Tomo III. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983), pp. 258-263.
- (59) La más cercana es el N° 5 del artículo 82 de la Constitución: "Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:
5°. Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional".
- (60) El artículo 83 de la Constitución establece que "(c)ontra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno", y que "(r)esuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".
- (61) "Piden que se promulgue Pacto de Derechos Civiles y Políticos", *La Epoca*, 28 de julio de 1987, p. 8.
- (62) "Junta debe pedir publicación de pacto internacional", *La Epoca*, 6 de agosto de 1987, Notas, p. 10.
- (63) Ver las notas 29-33, *supra.*, y el texto que las acompaña.
- (64) Ver las notas 32-37, *supra.*, y el texto que las acompaña.
- (65) Bajo el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 65 del Estatuto de la C.I.J.
- (66) U.N. Doc. E/1732, at. 7 (26 de junio de 1950).
- (67) Por un análisis de estas posibilidades, ver: Schwebel (actual Juez de la C.I.J.), "Authorizing the Secretary General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice", 78 *American Journal of International Law* 869 (N° 4, octubre de 1984).
- (68) U.N. Doc. E/CN.4/1221 (1977). El Grupo de Trabajo sobre Chile ya ha sido reemplazado por el Relator Especial sobre Chile.
- (69) *Ibid.* Ver también Detzner, nota 48, *supra.*, para un análisis

de las responsabilidades internacionales de Chile bajo el Pacto y otros tratados.

- (70) Ver, no solamente los fallos recientes de las cortes sobre casos de exilio (por ejemplo, el fallo del Ministro Cerda, en Rol. N° 2.008-86, 4 de febrero de 1987), sino las acciones recientes del gobierno chileno de permitir el regreso de algunas de los exiliados.
- (71) Ver, por ejemplo, los tres casos sobre el Pacto, de 1976, 1984 y 1986, explicados *supra.*, y las numerosas peticiones presentadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para individuos que habrían sido exiliados (por ejemplo, casos N°s 8095 y 9269, publicados en el informe anual de la C.I.D.H. de 1984-1985. No hay ningún caso individual de Chile publicado en el informe de la C.I.D.H. de 1985-1986).
- (72) Baxter, "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", *The British Yearbook of International Law*, Vol. XLI, p. 275, 300. Otra conclusión de Baxter tiene relevancia directa al caso del Pacto y Chile:
"La seguridad en un tratado multilateral como evidencia del derecho internacional, consuetudinario no se condiciona en una demostración que los Estados signatarios actualmente han observado las normas del tratado por una duración del tiempo. El proceso de establecer el estado del derecho internacional consuetudinario es el de demostrar lo que los Estados consideran la medida de sus obligaciones. La actual conducta de los Estados en sus relaciones con otras naciones es solamente una manera subsidiaria para averiguar las reglas que dirigen el conducto de los Estados. La declaración firme del Estado de lo que considera ser la regla, es evidencia mucho mejor de su posición que, lo que se puede re-
- construir de las acciones de ese país en épocas diferentes y en una variedad de contextos".* *Ibid.*, p. 300.
- En este contexto, ver las declaraciones del gobierno de Chile, notas 33-36, *supra.*
- (73) Ver, por ejemplo, los casos sobre la extradición activa y pasiva: el caso de 1978 entre Chile y la República de Alemania Federal, citado en Detzner, nota 48, *supra.*; el caso entre Chile e Italia, Rol. 21.755, 8 de mayo de 1980. *Fallos del Mes*, N° 258, Mayo 1978, p. 113; el caso entre Chile y Francia, Rol. 18.854, 17 de diciembre de 1974, *Fallos del Mes*, diciembre, 1974, p. 269; y el caso entre Chile y Argentina, Rol. 15.300, 24 de septiembre de 1963, *Fallos del Mes*, septiembre, 1963, p. 206:
"Esto no obsta para que las estipulaciones de la citada Convención y las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado (Cód. Bustamante), sean considerados en el presente caso como verdaderos principios de Derecho Internacional". *Ibid.*, p. 207.
- (74) Ver, por ejemplo, Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 14 de noviembre de 1973, que reconoce "la preeminencia al Derecho Internacional sobre el interno, aún cuando el primero no se encuentra traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de Derecho Internacional generalmente aceptados; cuyo caso sería el de la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático, que, como es sabido, no está incorporada a la legislación por falta de ratificación". Citado en Llanos, nota 2, *supra.*, p. 409.
- (75) Oficio N° 447 del Ministerio de Relaciones Exteriores, citado por la Corte Suprema en el auto-acordado de 11 de abril de 1967, *Fallos del Mes*, abril, 1967, p. 61.
- (76) Orrego, nota 2, *supra.*, p. 191. Note que la conceptualización de "normas self-executing", por el profesor Orrego parece igual al concepto de la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario.
- (77) Ver, por ejemplo, además de Orrego, Benadava, nota 2, *supra.* p. 71 ("... los tratados que son self-executing, es decir cuyas disposiciones son completas y detalladas. Si el tratado es non-self-executing, es preciso, además, que se dicten normas legislativas para su aplicación interna"); y Veloso, nota 2, *supra.*, p. 272 ("si tienen suficiente precisión normativa para ser 'autoejecutables', sin requerir normas internas complementarias, pueden ser fuente directa de derechos u obligaciones para el individuo, en términos que a éste le sea posible invocar esos derechos ante los tribunales nacionales").
- (78) Ver la explicación de los casos chilenos sobre el Pacto, y la crítica sobre los mismos, en la sección anterior.
- (79) Por un análisis de esta manipulación por parte de algunas cortes estadounidenses, ver: Hartman, "Enforcement of International Human Rights Law in State and Federal Courts", 7 *Whittier Law Review* 741, 742-746 (1985).
- (80) Ver las citaciones de Benadava y Veloso, nota 77, *supra.* Ver también la posición de Hartman sobre la cuestión de normas self-executing en el Pacto, *ibid.*, pp. 743-744.
- (81) Rol. 242-86, nota 38, *supra.*
- (82) Rol. 16.743, 7 de agosto de 1984, *Fallos del Mes*, N° 309, agosto, 1984, p. 384. Ver la explicación del caso en Detzner, nota 48, *supra.*
- (83) *Ibid.*, p. 386.
- (84) Por un tratamiento en general del derecho internacional so-

bre la interpretación de los tratados, ver Llanos, nota 2, *supra.*, pp. 195-224.

- (85) Hay dos artículos más que tienen relevancia indirecta en la posición del gobierno y tribunales chilenos: 45, 46 y 60: "Artículo 45. Pérdida del Derecho a Alegar una Causa de Nulidad, Terminación, Retiro o Suspensión de la Aplicación de un Tratado.

Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 y 62, así, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:

a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o

b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso".

"Artículo 46. Disposiciones del Derecho Interno Concernientes a la Competencia para Celebrar Tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

"Artículo 60. Terminación de un Tratado o Suspensión de su

Aplicación como Consecuencia de su Violación.

...5. Lo previsto en los párrafos 1 al 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".

- (86) Artículo 4 señala: *Artículo 4. Irretroactividad de la Presente Convención. Sin perjuicio de la aplicación de cualquiera norma enunciada en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independiente de la Convención, éste sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados".*

(87) Ver la discusión sobre artículo 18, *infra.*

(88) Ver los artículos, nota 85, *supra.*, y la discusión y las notas sobre cada artículo, *infra.* Sobre la vigencia del derecho internacional consuetudinario en Chile, ver Detzner, nota 48, *supra.*

(89) "Artículo 26, *Pacta Sunt Servanda.* Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

(90) Ver, por ejemplo; Elias, *The Modern Law of Treaties* (Dobbs Ferry, New York Ocean Publications, Inc. 1974), pp. 40-45; Kearney and Dalton, "The Treaty on Treaties", 64 *American Journal of International Law* 495, 516-517 (1970); Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2d. ed. (Manchester: Manchester University Press, 1984), pp. 83-84; Henkin, et. al., *International Law, Cases and Materials* (St. Paul: West

Publishing Co., 1980), pp. 615-616; y las citaciones en todos estos trabajos.

- (91) En su totalidad, el artículo 27 señala:

"Artículo 27. El Derecho Interno y la Observancia de los Tratados. *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".*

(92) Rosales, "la Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 165, enero-diciembre de 1977, p. 257, 263.

(93) Benadava, nota 2, *supra.*, p. 75. Ver también Kearney y Dalton, nota 90, *supra.*, p. 517: "Este (artículo 27) es una nueva declaración de un establecido principio del derecho internacional consuetudinario".

(94) Ver las notas 27-36, *supra.*, y el texto que las acompaña.

(95) El artículo 31 en su totalidad establece:

"Artículo 31. Regla General de Interpretación.

1. 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.

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 ulterioresmente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Para un análisis de este artículo, ver Elias, nota 90, *supra.*, pp. 71-83; Sinclair, nota 90, *supra.*, pp. 114-140; Kearney y Dalton, nota 90, *supra.*, pp. 518-519.

- (96) Jiménez de Aréchaga, "International Law in the Past Third of a Century", 159 *Rec. des Cours* 42-48 (1978), citado en Henkin, et al., nota 90, *supra.*, 627, 628. Ver también, Briggs, "United States Ratification of the Vienna Treaty Convention", 73 *American Journal of International Law* 470, 471 (1979).
- (97) *The Beagle Channel Arbitration, Counter Memorial of the Government of Chile*, Vol. I, para, 7(d), at. 14 (1974), citado en Briggs, *ibid.*
- (98) Chile hizo esa afirmación en 1974; no ratificó la Convención hasta 1981.
- (99) El artículo 18 señala en su totalidad:
"Artículo 18. Obligación de no frustrar el Objeto y el Fin de un Tratado antes de su Entrada en Vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:
a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado

a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o

b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente".

- (100) Sinclair, nota 90, *supra.*, p. 99; pero ver su descripción de juristas que opinan que el artículo 18 representa un desarrollo progresivo, pp. 13, 18, 19, 43.
- (101) Elias, nota 206, *supra.*, p. 26.
- (102) Ver la referencia en Henkin, et al., nota 90, p. 604.
- (103) *Ibid.*; ver también las referencias de Sinclair, nota 100, *supra.*
- (104) Elias, nota 90, *supra.*, p. 26.
- (105) Ver Detzner, nota 48, *supra.*
- (106) Brownlie, nota 37, *supra.*, pp. 448-449.
- (107) *Ibid.*, p. 449.
- (108) Ver las notas 91-93 y el texto que las acompaña; ver en general, las notas 84-104, y el texto que las acompaña.
- (109) Renadava, nota 2, *supra.*, p. 75. Sin embargo, Benadava sigue un análisis dualista. Ver Benadava, nota 2, *supra.*, p. 14. Sobre la responsabilidad del estado en general por tal violación del derecho internacional, ver Llanos, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1980), pp. 459-475; sobre la responsabilidad por actos del Poder Judicial, ver *ibid.*, pp. 469-475.
Para un resumen de la práctica ante los tribunales internacionales en conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno, ver Llanos, nota 2, *supra.*, pp. 447-451, por ejemplo, Cour Permanente de Justice Internationale, Serie B, N° 10, p. 20:

"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". (p. 447).

- (110) Veloso, nota 2, *supra.*, p. 272.
(111) Irigoín y Muñoz, nota 2, *supra.*, p. 433.