

CONSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ¹

SUMARIO: I. Dualismo y monismo en las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. II. La Constitución de cada Estado y no el derecho internacional determina la mayor o menor cercanía con las doctrinas dualistas o monistas. III. La Constitución de cada Estado determina la jerarquía de los tratados dentro de su ordenamiento jurídico. IV. La aplicación del derecho internacional ante los órganos del Estado. V. La magistratura ante los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno. VI. La jurisprudencia chilena de los tribunales de justicia en materia en la relación entre derecho interno y derecho internacional, bajo la Constitución de 1925. VII. La Constitución de 1980 y la incorporación de los tratados en materia de derechos humanos, luego de la reforma de 1989. VIII. Características de la constitucionalización de derechos humanos a través de tratados internacionales. IX. Características especiales de los tratados sobre derechos humanos. X. Conclusiones específicas. XI. Conclusión general. XII. Anexo.

I. DUALISMO Y MONISMO EN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

En las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional se estudia el tema de la independencia o interconexión entre ambos sistemas jurídicos.

El dualismo como doctrina fue fundada por el jurista alemán Triepel, sosteniendo que las personas no pueden nunca ser obligadas ni beneficiadas por las normas de derecho internacional. Sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con los otros Estados. Para que las normas del derecho internacional alcancen a los individuos deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno. Para Triepel “el derecho internacional y el derecho interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino

¹ Abogado, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Profesor titular de Derecho Constitucional de las Universidades de Valparaíso, Central, Diego Portales y Universidad Nacional Andrés Bello de Santiago. Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile.

sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca”.²

La oposición por razones de las fuentes y del contenido entre el derecho interno y el derecho internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos como estados existan en las relaciones internacionales.

La doctrina monista sostiene que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Esta concepción fue desarrollada por Kelsen, Verdross y Kunz.

Para Verdross la regla *pacta sunt servanda* es la regla fundamental del derecho internacional y esta regla es superior a la voluntad de los Estados, y también lo son aquellas normas que deriven de ella, es decir, el derecho de gentes.

Verdross autocalifica a su doctrina de monismo moderado, ya que la primacía del derecho internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el derecho internacional tienen la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al derecho internacional, y, en el caso de que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del Estado que las estableció.³

Para Kunz, la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores. “En el Derecho Internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del derecho nacional que esté en contradicción con una norma del derecho internacional supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del derecho internacional general ”.⁴

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno.

Cabe señalar que la práctica y la jurisprudencia internacionales no consagran el dualismo ni el monismo. La jurisprudencia de la jurisdicción internacional confirma que ella es una jurisdicción de reparación y no de anulación. Si una norma interna es contraria a una norma internacional, el Estado res-

2 Triepel, *Droit international et droit interne*, París-Oxford, 1920, p. 110.

3 Verdross, “Droit international public et Droit interne”, *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*, 1952, pp. 219-230.

4 Kunz, *Teoría del derecho internacional*, La Habana, Academia de Derecho Comparado e internacional, 1954, vol. II, p. 361.

ponsable podrá recibir sanciones de distinto tipo: diplomáticas, económicas, obligación de indemnización o de proporcionar una satisfacción adecuada, pero no produce la anulación de la norma afectada, sino que sólo pone en juego la responsabilidad internacional del Estado afectado.

Asimismo, la práctica y la jurisprudencia se niegan a admitir que el derecho interno y el derecho internacional sean sistemas jurídicos separados, sin integraciones entre ellos.

A su vez, hay una tendencia generalizada en el derecho constitucional comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno.

II. LA CONSTITUCIÓN DE CADA ESTADO Y NO EL DERECHO INTERNACIONAL DETERMINA LA MAYOR O MENOR CERCANÍA CON LAS DOCTRINAS DUALISTAS O MONISTAS

Hay países que sostienen la tesis dualista respecto de la incorporación de los tratados internacionales, como el caso de Inglaterra.

En otros, especialmente en constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se encuentran disposiciones que establecen que los tratados o las reglas generales del derecho internacional son parte del derecho del estado. En otros países, la jurisprudencia ha establecido el principio de que “el Derecho Internacional es parte del derecho del Estado” (*part of the law of the land*) y han aplicado inmediatamente disposiciones de los tratados que son susceptibles de ejecución inmediata (*selfexecuting*) como el caso de Uruguay entre otros países.⁵

Ya la Constitución de Weimar de 1919 en su artículo 4 sostenía que “las reglas universales reconocidas del derecho Internacional valen como parte integrante del derecho alemán”. La Ley Fundamental de Alemania Federal de 1949 establece que “las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Prevalcen sobre las leyes y hacen nacer derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”. A su vez, el artículo 100 de esta Carta Fundamental de Alemania establece que “si hay duda acerca de si una regla de derecho internacional forma parte del derecho constitucional federal, y si crea inmediatamente derechos y obligaciones para los individuos, la jurisdicción requerida deberá diferir la decisión al Tribunal Constitucional Federal”.

⁵ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *La Convención Interamericana de derecho humano como derecho interno*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, pp. 28-31.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

La Constitución italiana del 1o. de febrero de 1948, en su artículo 10 dispone que “El orden jurídico italiano se conforma a las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas.”

A su vez, la Constitución de Austria establecida por ley constitucional del 1o. de mayo de 1945, en su artículo 9 prescribe que “las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal”.

La Constitución del Perú de 1979, artículo 101, ordena que “los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el Tratado y la Ley, prevalece el primero”.

La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46 señala, “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

III. LA CONSTITUCIÓN DE CADA ESTADO DETERMINA LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DENTRO DE SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

En esta materia el derecho constitucional comparado nos muestra diversos sistemas.

1. *Los sistemas que colocan en un mismo plano jerárquico a los tratados y a las leyes internas (Austria, Bélgica, Italia, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, etcétera).*
2. *Los sistemas que establecen la superioridad del tratado respecto de la ley.*

En esta perspectiva pueden considerarse los siguientes ejemplos:

La Constitución francesa de 1958 establece en su artículo 55: “Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte”.

La Constitución peruana de 1979, en su artículo 101, establece que “en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

La Constitución de Costa Rica, en su artículo 7 señala “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados

por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

La Ley Fundamental de Alemania Federal en su artículo 25 señala la primacía de las normas generales del derecho internacional sobre las leyes, pudiendo los jueces internos rechazar las normas que no estén en armonía con el derecho internacional, decisión que es controlada por la Corte Constitucional federal de Karlsruhe (artículo 100, inciso 2).

3. Los sistemas que establecen los tratados con rango constitucional

Así, la Constitución del Perú de 1979, establecía en su artículo 103 que “Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”. A su vez, el artículo 105 señalaba que “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Dicha constitución ha sido reemplazada por la carta de 1993, que eliminó de su texto la disposición comentada.

La Constitución de Nicaragua de 1987, en su artículo 46, integra en la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 4o. señala que “La República Federal de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II. Prevalencia de los Derechos Humanos.”

A su vez, la misma Constitución, ordena en el artículo 5o. numeral 1o., que las normas que definen “los Derechos y Garantías Fundamentales tienen aplicación inmediata” los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

Como sostiene Cançado Trindade, “el caso de los Tratados de Protección Internacional de los Derechos Humanos en que Brasil es Parte, los Derechos Fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5(2) y 5(1) de la Constitución Brasileña de 1988, a integrar el elenco de los de-

rechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno”.⁶

4. *Los sistemas que dan a los tratados rango supraconstitucional*

La Constitución de Holanda de 1953, reformada en 1966, establece: “Las leyes en vigor en el territorio del Reino no serán aplicables si fueran incompatibles con las disposiciones de tratados que tengan fuerza obligatoria para toda persona y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes” según dispone el artículo 66. A ello debemos agregar la norma del artículo 63 que estipula “Cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un tratado podrá dejar sin efecto las disposiciones de la Constitución”.

La Constitución de Guatemala de 1985 en el artículo 46 establece el principio general ya considerado de que “en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”, considerando que la Constitución es derecho interno.

La Constitución de Colombia de 1991, prescribe que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno: los derechos y los deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Así, la Constitución de cada Estado resuelve el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional.

IV. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

La aplicación del derecho internacional por los Estados y la vinculación entre ambos derechos es resuelto por cada Estado, ya que el derecho internacional no establece un sistema de aplicación general sobre la materia.

Al respecto pueden distinguirse distintas modalidades:

⁶ Cançado Trindade, Antônio, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, ed. IIDH, 1993, p. 240.

1. La Constitución establece una cláusula de sujeción general al derecho internacional público

2. El procedimiento de reenvío. Éste consiste en que un ordenamiento jurídico ordena frente a una situación dada, la aplicación del otro ordenamiento jurídico.

Así puede haber un reenvío del derecho interno al derecho internacional, como es el caso de las extradiciones, como también puede existir un reenvío del derecho internacional al derecho interno, al establecerlo así el respectivo tratado.

3. El procedimiento de incorporación. Éste consiste en el hecho que una norma internacional pasa a formar parte automática del derecho interno. Caso del artículo 5 inciso 2, de la Constitución Política de la República de Chile.

4. El procedimiento de la transformación. Se produce cuando las normas internacionales pasan a ser nacionales por imposición del derecho interno del respectivo Estado, al exigir éste a sus órganos la sola aplicación de normas internas excluyendo a las de carácter internacional.

V. LA MAGISTRATURA ANTE LOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

El juez nacional es un órgano del Estado que deriva su función y sus atribuciones del ordenamiento jurídico nacional, debiendo aplicar dichas normas en el desarrollo de su actividad jurisdiccional.

Si el juez nacional aplica el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el derecho internacional puede generar un hecho ilícito que comprometa la responsabilidad internacional del Estado. El Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, como lo establece expresamente la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 en su artículo 27, de la cual nuestro país es parte. A ello debemos agregar que si un tribunal internacional es llamado a conocer y fallar la controversia surgida, dicho tribunal resolverá la materia conforme al derecho internacional, para el cual el derecho interno del Estado constituye un hecho cuya validez internacional se aprecia de acuerdo con el derecho de gentes.

Respecto a esta última materia, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que “es un principio del derecho de Gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un Tratado” (serie B, núm. 17, p. 32). Asimismo ha sostenido que “Un Estado no puede invocar

frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el derecho internacional a los Tratados vigentes” (serie A/B, núm. 44, p. 24).⁷

En tal sentido, el juez debe intentar armonizar en el mayor grado posible ambos derechos en una interpretación sistemática y finalista. Así lo estableció el Autoacordado de la Corte Suprema de Chile del 11 de abril de 1967.

A su vez, el juez debe examinar atentamente la intención de las Partes en el tratado, en términos de qué derechos y obligaciones se establecen y si éstos se han o no acordado para ser ejercidos por las personas. Luego debe examinarse si los derechos que otorga el tratado son de aplicación inmediata (operativos o *selfexecuting*) o si requieren de medidas nacionales de implantación.

En materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección de los derechos de las personas. Optará siempre por aquella interpretación que protege en mejor forma los derechos. Las limitaciones deben ser interpretadas en forma restrictiva, como lo dispone específicamente el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

A su vez, los tribunales encargados de aplicar los derechos pueden resolver muchos problemas si tienen la voluntad efectiva de asegurar el respeto de los derechos humanos, especialmente, los que les corresponde ejercer control de la constitucionalidad a petición de parte o de oficio, pueden utilizar el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, determinando la existencia de una vulneración constitucional por la inactividad de algunos órganos del Estado.⁸

Finalmente, los jueces pueden aplicar con suficiente voluntad y en cumplimiento del principio de buena fe, una interpretación que permita siempre la mayor protección de los derechos, incluso llenando las insuficiencias y vacíos, dando completitud que la norma requiere, salvaguardando así el honor y la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional y realizando el fin querido por el ordenamiento constitucional que es el de asegurar, garantizar y promover los derechos humanos (artículos 1 y 5 de la Constitución).

Ello requiere de una formación cultural de los operadores jurídicos que supere los preconceptos y resistencias a la aplicación de las normas de un orden internacional o supranacional, dándoles operatividad inmediata. El fan-

⁷ Llanos Mansilla, Hugo, *Teoría y práctica del derecho internacional público*, Santiago, Ed. jurídica de Chile, 1977, p. 485, nota 474.

⁸ Vanossi, Jorge Reinaldo, “La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad en el orden interno de los Estados”, *Revista IIDH*, núm. 16, julio-diciembre de 1992, San José, Costa Rica, p. 108.

tasma de la soberanía sigue ejerciendo su influencia aun cuando las Constituciones especifican que los derechos humanos, constituyen una imitación a ella.

VI. LA JURISPRUDENCIA CHILENA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN MATERIA EN LA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL, BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1925

Bajo la Carta de 1925, el artículo 43, núm. 5, establecía la atribución exclusiva del Congreso de aprobar o desechar los tratados que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación, los cuales tendrían en el Congreso los mismos trámites de una ley.

El presidente de la República, a su vez, firmaba y ratificaba los tratados. Tal ratificación podrá hacerla sólo después de la aprobación del Congreso.

1. *La primacía del derecho internacional consuetudinario*

La Corte Suprema chilena ha reconocido la primacía del derecho internacional consuetudinario sobre el derecho interno chileno en caso de conflicto, en 1955, en la causa “Lauritzen con Fisco”. En efecto, en dicho caso la Corte sostuvo en el considerando 49: “que aún el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos”, a su vez en la sección XI del fallo que trata de la indemnización la Corte Suprema afirmó “este fallo tiene la importancia de reconocer que las normas del derecho internacional son de aplicación preferente a las leyes locales”. Finalmente, el fallo en el número 159 expresó “Que no es el caso tampoco, como sostiene la defensa del Fisco, pensar que pueden cobrar función jurídica los principios de la mora que establece nuestro derecho civil, porque se ha demostrado en este caso, los principios del derecho internacional prevalecen sobre el derecho interno”.

La misma Corte Suprema en 1959, en un caso de extradición activa consideró: “Que por lo tanto, y de acuerdo con el citado artículo 637 del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios del derecho internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principio que, por otra parte, priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado”.⁹

La Corte Suprema reafirmó la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno chileno en un caso en 1969, dejando sin efecto una sentencia

de un juzgado del trabajo, en contra de la República de China, por salarios y beneficios de un empleado chileno, reconociendo el principio de derecho internacional, universalmente reconocido, que las naciones soberanas ni sus gobernantes están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de otros países.¹⁰ El mismo principio mantuvo en sus fallos de 1975 en un juicio contra el embajador de Cuba, para declarar nula la compraventa en 1972 de una propiedad que servía como local de la misión cubana, sosteniendo que el juez carecía de jurisdicción para conocer de esa demanda y para pronunciar la sentencia, aplicándole al juez titular que conoció de la materia la medida disciplinaria de dos meses de suspensión de sus funciones.¹¹

A su vez, la Corte Suprema en un caso sobre el ejercicio de las profesiones liberales, expresó que “es inaceptable en derecho que un Tratado Internacional puede ser modificado por acto unilateral de uno de los contratantes”.¹²

Estas sentencias muestran que la Corte Suprema ha determinado en variadas oportunidades acerca de la supremacía de los principios del derecho internacional y las normas de derecho consuetudinario como formando parte, en cuanto *jus gentium*, del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas.

El último caso señalado nos muestra que también el derecho convencional internacional prevalece sobre el derecho interno en caso de conflicto, de otra manera se violaría el derecho internacional y se comprometería el honor del Estado chileno.

Durante la vigencia de la Constitución de 1980, entre mayo de 1981 y 1989, lapso en que se desarrolla la etapa de transición del régimen de facto y la plena vigencia del ordenamiento constitucional, durante el cual se mantiene un régimen autoritario militar y hasta que éste entrega el poder luego de su derrota en el plebiscito de 1988, lo que la obligó a desarrollar las 54 reformas constitucionales en 1989, que abren paso a la elección democrática de diciembre de 1989.

Durante este lapso de ocho años, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en materia de aplicación del derecho constitucional internacional que contienen normas de derechos humanos, sin que ello implique que se trata de tratados específicos de derechos humanos, se expresó en forma heterogénea.

10 Caso embajada de la República de China, *Revista Fallos del mes*, septiembre de 1969, pp. 223-224.

11 Caso Presidente del Consejo de Defensa del Estado, *Revista Fallos del mes*, junio de 1975, p. 90.

12 Fallo de la Corte Suprema en el caso de un costarricense, que invocaba los beneficios concedidos por la convención sobre ejercicios de las profesiones liberales, firmado en México en 1902.

En efecto, algunas sentencias aplican preferentemente el tratado sobre la ley:¹³

Así la Corte Suprema, en fallo de 28 de diciembre de 1983, acoge un recurso de queja recaído sobre sentencia de la Corte de Apelaciones, estableciendo en su considerando tercero, lo siguiente:

Que es un hecho no discutido en dicho proceso, que el recargo del 100% de los tributos con que se gravó la patente anual del automóvil reclamante, resultó indebidamente aplicado, toda vez que dicho gravamen respecto de determinados vehículos motorizados no podía ser exigible, por cuanto contravenía lo dispuesto en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio GATT, vigente desde marzo de 1949, Tratado Internacional que una vez suscrito por Chile no puede sufrir derogaciones, modificaciones o suspensiones por medio de disposiciones contenidas en preceptos legales de orden interno.

A su vez, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 7 de marzo de 1988, concluye en la superior jerarquía del tratado sobre la ley interna, sosteniendo en su considerando cuarto:

Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, acto unilateral de una sola de las partes, como es el caso de la ley N 18.211, que, en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado acuerdo GATT.¹⁴

A su vez, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional hasta 1988, han sostenido la primacía de la Constitución sobre las disposiciones de los tratados internacionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1987, en el caso Almeyda, estableció en su fundamento 28:

Que la prevalencia en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta, por lo demás, del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significa permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 a 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalí-

¹³ Fernández Saldías, Luz María y Marcela, "La protección de los derechos humanos en Chile. La reforma al artículo V de la Constitución", *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas*, Chile, Universidad de Valparaíso, 1993.

¹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, parte 2, sección 2, p. 12.

simos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario.

Finalmente, la Corte Suprema, en sentencia del 14 de noviembre de 1988, en su considerando 13, señaló

Que tratándose de garantías constitucionales, cuyo ejercicio están expresamente amparados con un recurso establecido en la propia Constitución, forzoso es concluir que corresponde entender que las normas de esta última prevalecen en función de lo que disponga una Convención de carácter internacional que jurídicamente tiene valor la ley, y que, por lo tanto, conforme a nuestra jerarquía legal no puede disponer más allá de la Constitución que se reconoce universalmente como a la “Suprema Ley”.¹⁵

VII. LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, LUEGO DE LA REFORMA DE 1989

La Constitución de 1980 consideró normas similares en materia de aprobación de los tratados internacionales en su artículo 50, que los que establecía la Constitución de 1925.

Sin perjuicio de ello, estableció la novedosa y trascendente norma del artículo 5 de la Constitución que establece la limitación de la soberanía por los derechos humanos: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

A su vez, la reforma constitucional de 1989, agregó a este inciso 2 del artículo 5, una oración final que introduce en el derecho interno, a nivel constitucional, una cláusula de incorporación de los tratados de derecho internacional de derechos humanos a la Constitución, esta oración final es la siguiente: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

1. *La concepción armónica y finalista que se desprende de la Constitución para asegurar los derechos humanos*

El artículo 5 de la Constitución de 1980, reformado en 1989 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un reforzamiento en la defensa de los dere-

¹⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, núm. 3, septiembre-diciembre de 1988, parte 2, sección 5, p. 259.

chos humanos, como asimismo, una alteración en la jerarquía normativa, al menos, en lo que se refiere a los tratados en materia de derechos humanos.

Esta perspectiva ha generado un fuerte debate en el ámbito académico sobre el sentido y alcance de la reforma del artículo 5 inciso 2 de la Constitución. En las próximas páginas desarrollaremos nuestro punto de vista la que compartimos con otros académicos especialistas en la materia.¹⁶

Una primera afirmación que puede realizarse es que el constituyente estableció como fundamentos normativos en materia de derechos humanos los siguientes:

1. Recoge la afirmación contenida en el artículo primero inciso primero de la Constitución y en todas las convenciones sobre derechos humanos de que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

2. Ordena en el inciso cuarto del artículo primero de la Constitución que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Dicha promoción debe realizarse “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”.

3. Asume que el ejercicio de la soberanía, es decir, la potestad pública, incluido el poder constituyente derivado tiene límites y ellos son “los derechos esenciales de la persona humana”. Esta disposición del constituyente de 1980 fue reforzada en 1989, al agregar, el inciso segundo del artículo quinto, en su oración final: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

4. A su vez, el artículo 19 inciso primero señala “La Constitución asegura a todas las personas” los derechos que en tal disposición se enumeran; asimismo, el numeral 26 de dicho artículo expresa: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o contemplen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni promover condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio”.

16 Medina, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Santiago de Chile, Ediciones Comisión de Reparación y Reconciliación, 1993, pp. 14-54; Mohor, Salvador, “Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5o., inciso 2 de la Constitución de 1980”, *La Revista de Derecho*, Universidad Central, 1991, pp. 227 y ss.; Díaz, Rodrigo, *La reforma al artículo 5o. de la Constitución Política*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1991; Troncoso, Claudio, *La incorporación de derecho internacional de derechos humanos al derecho chileno*, Trabajo inédito. Traducción de su tesis para postular al grado de Master en Derecho Internacional en la Universidad de Heidelberg, Alemania, 1992; Silva Bascañan, Alejandro, “Reformas sobre derechos humanos”, *Revista Chilena de Derechos*, Universidad Católica de Chile, vol. 16, septiembre-diciembre de 1989; Fernández Saldías, Luz María y Marcela, *La protección de los derechos humanos en Chile. La reforma al artículo V de la Constitución*, op. cit., Valparaíso, Chile, 1993.

El constituyente, a través de estas disposiciones, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano. Por tanto, el constituyente solo se limita a reconocer tales derechos, a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos.

Si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser persona, y por tanto, tales derechos tienen las características de universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en la sesión 203, de mayo de 1961: “la protección constitucional se refiere no solo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”, como asimismo, se reconoció que tales derechos no son sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, “sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana”. Una afirmación similar hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5o., pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores.

Así, la Constitución establece en el artículo 5 inciso 2, en forma expresa dos modalidades de institucionalización de derechos: la propia norma constitucional y el tratado internacional. Esta última modalidad permite incorporar a la Constitución material los derechos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o las que no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.

La expresión “tratado” debe entenderse en el sentido que le dan los cultores de la disciplina respectiva. En este caso es el Tratado sobre derecho de los tratados, la Convención de Viena de 1969, la que señala en su artículo 2º una concepción amplia sobre lo que son los tratados, identificándolos como acuerdos internacionales entre estados, realizados por escrito y regidos por el derecho internacional.

Cabe también señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, absolviendo una opinión consultiva de la República del Perú, respecto del contenido del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos, precisó que al referirse a “otros tratados de derechos humanos”, el artículo 64 comprendía “toda disposición, concerniente a la protección de los derechos

humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral de cual sea su objeto principal, o de que sean o puedan ser partes del mismo estados ajenos al sistema interamericano”.¹⁷

El que los órganos del Estado deban garantizar los derechos establecidos por la Constitución y los tratados, implica tomar todas las medidas necesarias por los titulares de los órganos del Estado, en especial, de los tribunales a través de sus facultades conservadoras para que estos derechos puedan ser disfrutados y ejercidos con la mayor amplitud posible por las personas sujetas a la jurisdicción de ese Estado. Los órganos estatales, deberán desarrollar una conducta positiva, que asegure una eficaz garantía al ejercicio de los derechos, tal como lo establece la sentencia de la Corte Interamericana, en el caso Velázquez contra Honduras, considerandos 166 y 167.¹⁸

No debemos olvidar que el sentido de la reforma constitucional de 1989 es la de fortalecer los derechos humanos y elevar de categoría los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos en relación a los demás tratados, los que tienen una naturaleza distinta.

En términos generales, ya un informe jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores del 7 de febrero de 1963, planteando la posición oficial del gobierno de Chile establecía que el tratado en general debe aplicarse preferentemente frente a una ley posterior o anterior.

A su vez, la Comisión de estudios de la nueva Constitución, no logró obtener consenso sobre la incorporación de una norma que determinara la jerarquía de los tratados, aun cuando los comisionados Jaime Guzmán y Alejandro Silva Bascuñan dejaron constancia de que los tratados en todo caso tenían una jerarquía superior a la ley. Así consta en la sesión del 20 de junio de 1974 de dicha Comisión de Estudios.

No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos ya que estos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los estados parte, sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el sólo hecho de ser persona. Los Estados partes por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía. No pueden desvincularse unilateralmente

¹⁷ Citado por Medina, Cecilia, *op. cit.*, p. 24.

¹⁸ *Ibidem.*

de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos.

Es por tanto, un grave error conceptual no distinguir claramente entre la ley y un tratado internacional, como asimismo, la distinta naturaleza y finalidad de los tratados en general respecto de los tratados en materia de derechos humanos.

2. *Consecuencia de la institucionalización de derechos humanos mediante tratados internacionales*

Ratificado por el presidente de la República, previa aprobación del Congreso, un tratado internacional en materia de derechos humanos, y siempre que se encuentre vigente en el ámbito internacional y nacional, produce las siguientes consecuencias en el ordenamiento jurídico nacional:

a) De acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la Constitución, los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte, en nuestra opinión, de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídicas. Ningún órgano del Estado puede desconocerlos. Todos están obligados a respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.

Respetar los tratados establece el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado, como asimismo, por todas las personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado. Esta obligación es de carácter *erga omnes* o general, exigible incondicionadamente a todos los agentes y órganos del Estado.

Promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impidan el goce de los derechos.

Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5º de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre estos del artículo 1º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, que establecen el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso Nicaragua-Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de los Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos

convenios “en todas las circunstancias”, lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los convenios dan expresión concreta.¹⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez-Rodríguez, en sentencia del 29 de julio de 1988,²⁰ y el caso Godínez-Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989,²¹ consideró que el artículo 1º, párrafo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece para los Estados Partes la obligación de “respetar y garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los Estados Partes están obligados a

organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el reestablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.²²

A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por la “falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.²³

b) La vulneración de los derechos humanos introducidos por vía del tratado internacional, constituye una transgresión tanto de la Constitución como del tratado internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes.

c) El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecido por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente derivado del capítulo XIV de la Constitución.

Diversas constituciones establecen procedimientos secundarios de reforma constitucional al autorizar la cesión de facultades o atribuciones que la Cons-

19 Véase, Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, p. 52.

20 Sentencia caso Velázquez Rodríguez. Serie C núm. 4.

21 Sentencia caso Godínez Cruz. Serie C núm. 5.

22 Véase Serie C núm. 4, párrafo 166, pp. 68-69, Serie C núm 5, párrafo 175, p. 72.

23 Véase Serie C núm. 4, párrafo 172, pp. 7071, Serie C núm. 5 párrafo 181 y 182, pp. 73-74.

titución encomienda a órganos nacionales por medio de tratados internacionales. A manera de ejemplo, pueden señalarse las constituciones de Luxemburgo, artículo 49; Bélgica, artículo 25 bis; España, artículo 93. Incluso algunas constituciones autorizan cesión de soberanía por simple ley, como ocurre con las Constituciones de Alemania, artículo 24; Italia, artículo 11; y Grecia, artículo 28.

La expresa autorización de tales sesiones o transferencias de poderes, implica un procedimiento tácito y secundario de reforma constitucional. Se sustraen competencias o atribuciones a órganos nacionales, cambiando o modificándose la estructura del poder en el texto de la Constitución, mediante un procedimiento diferente del señalado en las respectivas constituciones para su reforma.

En el fondo, hay un reconocimiento cada vez más fuerte de la crisis de la soberanía y del Estado Nacional, de la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, todo lo que muestra y deja en evidencia una nueva estructuración del poder en la sociedad contemporánea. El constitucionalismo nacional, propio del Estado-Nación, cede posiciones ante un constitucionalismo supranacional e internacional, del cual forman parte los órganos judiciales supranacionales y los internacionales que protegen los derechos humanos y a escala planetaria.

d) Incorporado el derecho o su protección por medio del tratado, éste adquiere aplicación inmediata. Si fuera necesaria reforma constitucional, no se estaría cumpliendo el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos a todos los órganos del Estado, ya que quedaría a voluntad o no de dicho órgano acatar el mandato constitucional, vulnerando las normas de *ius cogens: bona fide y pacta sunt servanda*.

e) Una reforma constitucional sólo podría modificar un tratado en materia de derechos humanos, en la medida que implique una mayor protección y garantía de tales derechos, no pudiendo desmejorar su situación jurídica.

VIII. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE TRATADOS INTERNACIONALES

La institucionalización de derechos humanos mediante tratado es más efectiva y radical que el que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos.²⁴ En efecto, no sólo puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, sino que puede incorporar preceptos

²⁴ Véase a este respecto, Mohor, Salvador, *op. cit.*

que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales preexistentes. El criterio para juzgar tales derechos, no es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano. Corresponde al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder constituyente derivado.

Por tanto, a través del tratado puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, en contradicción con normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos por sobre aquellos que los desconozcan o den menor protección. En virtud de la norma que los derechos humanos naturales constituyen un límite a la soberanía, es deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos.

En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente, además, con el tenor literal del artículo 5, sino aquella que sostiene que el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana que es la que determina el derecho natural. Por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que el propio constituyente, dejó constancia en la historia fidedigna del precepto, que el Estado debe asegurar y promover tales derechos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución. La dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1o. en armonía con el artículo 5, inciso 2), constituyen bases esenciales de la institucionalidad.

Por otra parte, las normas del tratado referentes a derechos humanos aparecen mucho más vinculadas al carácter de universal de los derechos humanos y permite, por esa vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humana. El propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5, prevé que la lista de derechos que asegura no es taxativa y que, por tanto puede ampliarse por otros tratados.

Las normas de los tratados en materia de derechos humanos no quedan fuera del control de constitucionalidad. El criterio con el cual debe efectuarse dicho control debe tener como principio rector el asegurar y mejorar la pro-

tección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común que es la finalidad de la actuación del Estado (artículo 1o., inciso 4).

Así las normas en materia de derechos humanos de un tratado sólo pueden ser declaradas inconstitucionales por atentar o menoscabar la esencia de los derechos (artículo 1, artículo 5o., inciso 2 y artículo 19, núm. 26), ya que al introducir un nuevo derecho se puede transgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado; por deteriorar los derechos ya incorporados a la Constitución, o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente.

Es así, que la voluntad del Constituyente es de otorgarle a las normas en materia de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, un tratamiento distinto de las otras normas de los tratados internacionales, siendo su jerarquía en el ordenamiento interno superior a la ley y al constituyente derivado, pero subordinado al constituyente originario, que estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos, y especificó que ellos limitaban la soberanía o potestad del Estado.

Lo anteriormente expuesto implica la incorporación al derecho interno, entre otros tratados y convenciones en materia de derechos humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; la Convención Americana de Derechos Humanos o Convención de San José de Costa Rica.

IX. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

La incorporación de estos tratados al derecho interno nos debe hacer reflexionar acerca de sus características especiales. Así, los tratados tradicionales tienen un efecto típico de reciprocidad, como el término o suspensión de un tratado por iniciativa de una de las partes, a causa del incumplimiento de las obligaciones por otra; este efecto no es aplicable a las convenciones relativas a la protección de la persona humana.

La Corte Internacional de Justicia dejó constancia de las particularidades antes señaladas cuando, en relación con la convención del genocidio señaló:

En tal convención, los estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.

La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas sus disposiciones.²⁵

A su vez, la convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 en su artículo 60, excluye toda forma de reciprocidad para las disposiciones relativas a protección de las personas en los tratados humanitarios, lo que se aplica también a las convenciones en derechos humanos.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisó que estos instrumentos

no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.²⁶

Cabe a los Estados en virtud de estas convenciones en materia de derechos humanos respetarlos y garantizarlos adecuadamente, lo que obliga al Estado a asegurar la efectividad de los derechos humanos con todos los medios a su alcance o las violaciones a los derechos reconocidos en tales instrumentos deben ser considerados como ilícitos por el derecho interno. Si eventualmente una persona sujeta a su jurisdicción sufre una infracción o perturbación indebida y los medios o recursos internos no restablecen sus derechos, queda abierto el camino para invocar la protección internacional. Entre estos está el camino de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene jurisdicción contenciosa sancionatoria.²⁷

Como la propia Corte ha establecido, los Estados están obligados a reparar los daños causados, así como a investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, identificar a los culpables y aplicarles las sanciones pertinentes. De no hacerlo queda comprometida su responsabilidad internacional.²⁸

25 Opinión consultiva *CIJ Recueil*, 1955, p. 23, citado en Burgenthal, T., Grossman, C. y Nikken, P., *Manual internacional de derechos humanos*, Caracas-San José, Editorial Jurídica, Venezolana e IIDH, 1990, p. 172.

26 Opinión consultiva OC2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, pfo. 29.

27 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, IIDH, 1986.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos . Caso Velázquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, Caso Godínez Cruz. Sentencia 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5.

1. *La obligatoriedad y autoejecutividad de la Convención Americana según la Corte Interamericana*

La Convención Americana establece un régimen de protección internacional de carácter convencional, coadyuvante o complementario de lo que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, como señala el preámbulo de la Convención Americana. Esta circunstancia hace inconcebible que la exigibilidad de las obligaciones contraídas tuviere que postergarse en espera de disposiciones de ese mismo derecho interno. Es precisamente la insuficiencia o ineficacia de los recursos nacionales lo que explica y justifica la salvaguardia internacional.

El artículo 1.1 de la Convención Americana como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

establece el compromiso de los propios Estados Partes de:

respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” ... En consecuencia; si por cualquier circunstancia ... (un derecho protegido) no pudiere ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección en ella previstos.²⁹

Así el artículo 2 de la Convención Americana, como lo sostiene la Corte “...recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otro orden”.³⁰

Son las autoridades judiciales y administrativas de un Estado las competentes para decidir si una norma internacional, de origen convencional o consuetudinaria es ejecutable por sí misma. Sin embargo puede ocurrir que el asunto sea decidido por un Tribunal Internacional, como ocurrió con el artículo 14 de la Convención respecto del cual hay un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así la conclusión a que llegue el tribunal internacional, debe primar sobre la posición de los jueces internos, de manera que los jueces internos debieran interpretar el alcance de los derechos humanos y garantías a la luz de la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes.

²⁹ Opinión consultiva OC7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párrafo 28.

³⁰ *Ibid.*, pfo. 36.

Como sostiene Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, “el carácter ejecutable por sí mismo de una norma internacional constituye, en definitiva, una cuestión regida por el derecho internacional, ya que se trata nada menos que del cumplimiento o la violación de una norma de derecho internacional”.³¹

Mientras el ordenamiento jurídico del Estado no acate las normas internacionales, el Estado en cuestión estará violando el derecho internacional.

La Corte Interamericana se ha pronunciado a favor del carácter de ejecución inmediata de la Convención Americana de Derechos Humanos, al afirmar que el sistema que ella establece esta “dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”.³²

Lo expuesto no excluye que ciertos derechos puedan aparecer concebidos para ser realizados progresivamente y no sean exigibles de inmediato, como son los derechos económicos, sociales y culturales que deberán implementarse “en la medida de los recursos disponibles” (artículo 26).

2. *La jurisprudencia de los tribunales emanada después de la reforma del artículo 5 inciso 2 de la Constitución de 1989*

Esta jurisprudencia se agrupa en seis materias diferentes.

Claudio Troncoso en un trabajo inédito consultado, expone algunas de estas sentencias, agrupadas en dos materias que son: Libertad provisional y Ley de cheques en relación con la prisión por deudas y el tema de la imprescriptibilidad de los derechos humanos,³³ que aplican los principios analizados anteriormente.

El autor mencionado cita en su trabajo las siguientes sentencias:

a) Libertad provisional y Ley de cheques

Sentencia de la Corte Suprema de 2 de Mayo de 1991, que confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que le otorga al procesado la libertad provisional en causa por giro doloso de cheques fijándole una fianza de \$500.000. no cumpliendo los requisitos establecidos por el Artículo 44 de la ley antes citada. La Corte estimó que de otra manera se trataría de una prisión por deudas. La Corte señaló: “Lo resuelto se encuentra además en concordancia

31 “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno” en *Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, p. 49.

32 Opinión consultiva OC/7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, pfo. 24.

33 Troncoso, Claudio, *La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho chileno*, trabajo inédito, no publicado en Chile.

con el artículo 7 núm. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos denominado Pacto de San José de Costa Rica”, aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1992, que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5 de la Constitución Política, que establece que nadie será detenido por deudas y no cabe duda que si aceptara la interpretación del recurrente la permanencia en el recinto carcelario (del procesado) habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad.³⁴

Sin embargo, en fallo de 25 de junio de 1991 la Corte Suprema cambia de posición, señalando lo siguiente:

En el numerando 7 el comentado artículo 7º del “ Pacto de San José” asegura el derecho de que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta contrariada por el artículo 44 de la ley de cheques, en cuanto la caución que establece, desde que dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil sino de una simple condición legal, para que los individuos privados de la libertad por los delitos descritos en esta ley puedan obtener su excarcelación, asegurando de ese modo su comparecencia al juicio.³⁵

b) Sentencia del juez de Castro: imprescriptibilidad de los derechos humanos.

Resolución del juez de Castro de 2 de febrero de 1992 por el cual se somete a proceso a un individuo por la responsabilidad que pudiere haberle en los hechos en que resultó muerto Héctor Arturo Hidebrando Santana Gómez, quién fue detenido por efectivos de la tenencia de Quellón, el 16 de septiembre de 1973.

La resolución señala:

Que es público y notorio que en esa fecha acontecieron actos de muerte similar a los descritos en el fundamento anterior, a raíz de una inflexión institucional, en que las Fuerzas Armadas y de Orden tomaron el control del país, pero que en caso alguno, aún en Estado de Emergencia ameritaban lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos. El derecho a la vida, el derecho a un debido proceso tienen el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y en consecuencia, por ninguna razón pueden verse afectados por la acción estatal. Estos derechos, como otros de igual naturaleza, son declarados inderogables, puesto que dimanen de la persona, que tienen atribuciones superiores al Estado, el cual debe estar permanentemente al servicio de su defensa.

³⁴ Fallos del mes núm. 390, mayo de 1991, p. 132.

³⁵ Fallos del mes núm. 391, junio de 1991, p. 244, Sentencia repetida el 10 de septiembre de 1991.

Fallos del mes, núm. 394, septiembre de 1991.

Así, por emanar de la esencia misma del ser humano tienen la característica, entre otras, de ser imprescriptibles. No caducan ni se pierden por el transcurso del tiempo, ni por el hecho de no poder ejercerse, de manera que ni el decreto de amnistía 2,191, ni el transcurso del plazo, afectan su plena vigencia.³⁶

Esta sentencia fue apelada a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que la confirmó.

Más recientemente han habido otras cuatro materias que han sido objeto de tribunales superiores en que se han aplicado directamente los tratados ratificados por Chile y vigentes en materia de derechos humanos:

c) Discriminación racial

La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en abril de 1993, resolviendo un recurso de apelación del “Centro de Salud y Recreación Gunter Mund y Cía. Ltda.” respecto de una multa aplicada por un juez local en fallo de primera instancia al haberse impedido el ingreso al local de una dama de nacionalidad coreana, señala:

El hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar a un lugar público, sea gratuito o pagado, basado en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra circunstancia étnica, social o cultural implican un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en las sociedades modernas relativas a derechos humanos, contenidos en la Carta de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos que son leyes de la República en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2o. de nuestra Carta Fundamental.

Tal acción sostiene el Tribunal, basada en el hecho que

las costumbres alimentarias de personas de esa nacionalidad hace que tengan mal olor o que grupos de personas de esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menos cierto que, además, de significar la conducta de los responsables del Centro de Salud Gunter Mund una discriminación racial, resulta además injusta y atentatoria a la dignidad humana.

d) Derecho a la vida

En sentencia Rol número 156-192, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha dos de julio de 1992, determinó en un recurso de protec-

³⁶ Citado por Troncoso, Claudio, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

ción interpuesto por el Intendente de la Región Metropolitana en favor de personas que se encontraban en huelga de hambre, lo siguiente:

1) Que el artículo 5° de la Constitución en su inciso segundo establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución entre los cuales se encuentra fundamentalmente el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas;

2) Que es un hecho establecido en estos antecedentes que las personas referidas en la presentación se encuentran en un estado de grave peligro para su vida por cuanto voluntariamente se han negado a ingerir alimentos en forma sistemática desde el día 5 del mes pasado en el lugar señalado en lo expositivo de este fallo.

3) Que en esta contingencia de este fallo haciendo uso de esta Corte de sus facultades conservadoras resuelve lo siguiente:

a. se instruye al Director del Servicio de Salud Metropolitano Central para que disponga el traslado inmediato de las personas mencionadas en el recurso a un establecimiento asistencial médico a fin de que se les suministre la atención médica necesaria para su recuperación.

b. que para el evento a producirse oposición se Decreta ya el auxilio y fuerza pública para el cumplimiento de lo decretado.

e) Respeto a la vida privada y honra de las personas en relación libertad de expresión e información.

En causa Rol número 983-93, de recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 31 de mayo de 1993, luego confirmado por la Corte Suprema, por fallo del 15 de junio de 1993, aplicando directamente los Pactos Internacionales en materia de derechos humanos, señaló:

9o.) Qué lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigente en nuestro país, siendo suficiente para esta magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19 números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permite la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y también la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de autos.

Todavía más, el artículo 4° de este Pacto permite en circunstancias excepcionales, que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad

de expresión o información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.

También cabe mencionar los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que aun cuando contempla el derecho a la libertad de expresión en forma amplísima, pues no permite ninguna forma de censura previa, ésta debe interpretarse en los términos señalados en el considerando 7º, teniendo presente que en la especie no se trata de medidas restrictivas dispuesta por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la ley y que corresponden al rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia.

f) Libertad provisional de menores

Respecto a la libertad provisional de menores, hay una cantidad importante de sentencias de las Cortes de Apelaciones que se fundamentan en la Convención de Derechos del Niño

Que tratándose de una menor de edad que delinquiró a los 17 años, mayor motivo tienen aún los jueces para inclinarse en favor de la excarcelación, sobretodo, si se considera que de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre Derechos del Niño —publicada en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990—, la prisión de un niño y se entiende por tal al menor de 18 años de edad (artículo 1) se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que procede. Disposición que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República que ordena respetar y promover los derechos establecidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. (Sentencia Rol núm. 19558-a-94. Corte de Apelaciones de Santiago).

Así, hoy es indiscutible que los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son parte del derecho chileno y aplicables de inmediato si se trata de derechos civiles y políticos. Esto constituye una obligación para todos los órganos del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales a los que les cabe un papel fundamental en esta materia.

El punto que aún presenta polémica académica es el del rango con que se incorporan dichos tratados, que contienen derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico. Existe una posición mayoritaria en el ámbito académico que sostiene que ellos tienen jerarquía de Constitución material. Los tribunales, no han tenido oportunidad aún de resolver algún caso de conflicto entre norma constitucional y tratado internacional de derechos humanos.

En todo caso, resumamos nuestra posición respecto del análisis efectuado, planteando algunas conclusiones específicas y una conclusión general.

X. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

De los diversos aspectos expuestos anteriormente, se pueden extraer las siguientes conclusiones, las que compartimos parcialmente con otros especialistas³⁷ en la materia:

1. Las concepciones dualistas y monistas han dominado la discusión de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. En los países con mayor tradición dualista, los derechos humanos incorporados por la correspondiente cláusula de recepción son de un rango infraconstitucional, mientras que aquellos países con tradición de carácter monista, tienen la tendencia de otorgar al derecho internacional de derechos humanos un rango similar o superior a la Constitución.

2. Los derechos humanos en derecho internacional pueden ser considerados *ius cogens* o principios generales del derecho internacional, derecho consuetudinario o derecho convencional. Los tribunales superiores en Chile han reconocido la aplicación directa y automática, del derecho internacional convencional luego de someterse a los trámites de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial. (artículo 50, núm. 1 de la Constitución).

3. Una gran cantidad de autores en el plano doctrinal y jurídico sostienen que los derechos humanos asegurados en la Declaración Universal y en los Pactos Internacionales, al menos en sus aspectos medulares comunes, constituyen *ius cogens*, existiendo consenso en que, forman parte de esta categoría el genocidio, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, la piratería, los crímenes contra la humanidad y el principio de no discriminación, entre otros, los que, como tales, siempre deben ser aplicados por el Estado de Chile y sus órganos, aún cuando no hay jurisprudencia nacional al respecto.

4. En el derecho chileno, el sistema de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, tiene los siguientes aspectos importantes:

37 Troncoso, Claudio, *La incorporación del derecho institucional de los derechos humanos al derecho chileno*. Trabajo inédito, (trad. de su tesis de Master en derecho internacional), mayo de 1992; Silba Bascañan, Alejandro, "Reformas sobre derechos humanos", *Revista chilena de derecho*, vol. 16, Universidad Católica, septiembre-diciembre, 1989; Mohor, Salvador, "Elementos de juicio para la interpelación del artículo 50., inciso 2 de la Constitución de 1980", *La Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Central, 1991, pp. 227 y ss.; Díaz, Rodrigo, *La reforma del artículo 50. de la Constitución Política*, Chile, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile; 1991; Medina, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Santiago de Chile, Ed. Corporación de Reparación y Reconciliación, 1993, pp. 14-54.

a) El derecho consuetudinario se incorpora automáticamente y con preeminencia al derecho interno, tal como lo reconoce la variada jurisprudencia citada, si bien es necesario reconocer la existencia de algunos fallos en sentido contrario

b) El derecho convencional internacional en general, y dentro de éste, el derecho convencional de derechos humanos requiere de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial para incorporarse al derecho chileno.

c) La Constitución no determina expresamente el rango de los tratados internacionales en ninguna de sus disposiciones. La Constitución sólo sostiene que los tratados deben someterse a los trámites de una ley, pero no dice que tengan rango de ley. Así el problema corresponde dilucidarlo al intérprete de la Constitución. En general, la jurisprudencia ha sido variada, pero existe, una preeminencia de aquella que considera de superior jerarquía al tratado en relación con la ley.

d) En Chile, los derechos humanos se consideran como límites a la soberanía estatal (artículo 5º inciso 2º), protegiendo nuestro ordenamiento jurídico los derechos que “garantiza la constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

e) En Chile, como en otros Estados, los derechos humanos y las normas que los contienen constituyen la expresión de la idea de derecho sostenida por el Constituyente, la que no puede ser afectada por el poder constituyente instituido o derivado. Este último sólo puede mejorar la situación de los derechos y sus garantías, pero no disminuirlos o destruirlos, no pudiendo nunca afectar la esencia o substancia de los derechos asegurados (artículo 19, núm. 26 de la Constitución).

f) Nuestro derecho constitucional ha reconocido la existencia de normas que contienen derechos, los que al limitar la soberanía, se ubican sobre la potestad constituyente derivada, constituyendo normas que se imponen a éste, siendo de alguna manera derechos supraconstitucionales.

g) Consideramos que las normas del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, se incorpora a la Constitución material, en cuanto ella reenvía directamente a tales tratados como normas que contienen los derechos que limitan la soberanía estatal. Por tal razón, las normas internas que contravengan los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, pueden ser objeto de requerimiento ante el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 de la carta fundamental o de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de conformidad al artículo 80 de la ley fundamental. Las normas en materia de derechos humanos de los tratados se integran al bloque dogmático de la Constitución.

5. Los órganos del Estado deben garantizar los derechos introducidos por los tratados internacionales incorporados a la Constitución vía artículo 5o. y adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que se requiera para ese fin y tienen prohibida toda acción u omisión que lesione tales derechos.

6. Si por un hecho imputable al Estado se ha vulnerado un derecho protegido, el Estado tiene la obligación internacionalmente exigible de restablecer el derecho infringido, indemnizar los daños y sancionar a los responsables.

7. Si el Estado no cumple con esta obligación queda abierto el camino de la protección internacional.

8. Las decisiones judiciales internas del Estado, al interpretar en forma incorrecta las normas de un tratado de derechos humanos, dejan de cumplir con la obligación internacional del Estado y comprometen su responsabilidad, ya que los tribunales nacionales no son los últimos intérpretes de la obligación de los Estados en materia de derechos humanos. Los últimos intérpretes en esta materia son los tribunales internacionales en materia de derechos humanos; en el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

9. La protección internacional opera con carácter subsidiario o complementario, en casos de incumplimiento por el Estado de los compromisos asumidos, teniendo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un carácter jurisdiccional sancionatorio respecto del Estado infractor.

XI. CONCLUSIÓN GENERAL

El análisis efectuado muestra una tendencia creciente al reconocimiento de la insuficiencia del Estado para cumplir sus fines, como asimismo, la supremacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, afectando el sentido y alcance de la soberanía estatal. Así se bosqueja una nueva estructura de poder supranacional y supraestatal, generándose un orden público internacional y supraestatal cada día más evidente. Este tiene como sujeto básico la dignidad de la persona, y tiene como fin el reconocimiento, garantía y promoción efectiva de los derechos humanos, tal como los ha definido la comunidad internacional y los órganos reguladores de los sistemas de protección del derecho internacional de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos trasciende así el ámbito nacional existiendo un consenso sobre la necesidad de su garantía supranacional, conjugándose en forma creciente el derecho internacional y el derecho interno en la protección de la dignidad y de los derechos de la persona humana, todo lo que obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos.

XII. ANEXO

Santiago, treinta de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE

PRIMERO: Que en orden a determinar si es aplicable la amnistía establecida por el Decreto Ley núm. 2191 en este caso concreto, a Osvaldo Romo Mena, procesado por el delito de secuestro, es necesario tener presente lo siguiente:

- a) Que el secuestro es un delito que tiene característica de permanencia;
- b) Que no se ha acreditado en autos la muerte de los ofendidos Bárbara Uribe Tambley ni de Edwin Francisco, Van Jurick Altamirano;
- c) Que el delito al tener el carácter de permanencia se ha continuado cometiendo con posterioridad al lapso cubierto por el Decreto ley núm. 2191.

SEGUNDO: Que lo expuesto es concluyente en orden a que no se da la concurrencia de los presupuestos que permitan declarar la amnistía en esta causa por secuestro;

TERCERO: Que por otra parte, es necesario precisar si son aplicables en estos autos, los convenios de Ginebra del año 1949 sobre derecho humanitario internacional, ya que de serlo, los delitos por ellos contemplados son imprescriptibles y no sujetos a amnistía;

CUARTO: Que los Convenios de Ginebra forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, ya que fueron aprobados por el Congreso Nacional, promulgados por el Decreto núm. 752 y publicados en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, los que se encuentran vigentes para efectos internos desde esta última fecha hasta el presente.

QUINTO: Que los Convenios de Ginebra sino se aplican en caso de guerra, debiendo precisarse si en Chile existía un estado de guerra interna al momento de ser secuestrados y luego torturados, Barbara Uribe Tambley y Edwin Francisco Van Jurick Altamirano, el 10 de julio de 1974, como consta de los autos tenidos a la vista en las declaraciones de Vivian Limbert escrita a fs. 137 y siguientes, declaraciones de Graciela Mathieu escritas a fs. 171 y siguientes. declaraciones del inculpado Romo Mena de fs. 161 y 186, declaraciones de Samuel Fuenzalida Devia escritas a fs. 216, 279 y 316, declaraciones de Ofelia Nistal Nistal escritas a fs. 211 y declaraciones de Cristian Van Jurick Altamirano escritas a fs. 146 a 147 y fs. 227 y siguientes, respectivamente. Para estos efectos, cabe tener presente lo siguiente:

a) Que el Decreto Ley núm. 5, del 12 de septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre del mismo año, determinó la existencia de un estado de guerra interna, habiéndose decretado el Estado de Sitio el 18 de septiembre de 1971, que bajo el sistema jurídico imperante a la fecha, tenía lugar sólo en caso de guerra interna o externa, Estado de sitio que rigió en situación de guerra interna hasta el 10 de septiembre de 1974 a lo menos.

b) Que el artículo 418 del Código de Justicia Militar, vigente a la fecha, establecía que: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarado oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiera la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

El Decreto Ley núm. 640, de septiembre de 1974 posterior a los hechos analizados, estableció que la declaración de Estado de sitio hacia aplicables las normas del título III del libro I del Código de Justicia Militar, referente a los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra, como también el título IV del libro II del Código de Justicia Militar que aplica el procedimiento penal en tiempo de guerra, lo que ya había operado desde el 11 de septiembre de 1973.

c) Que, entre el 11 de septiembre de 1973 al 10 de septiembre de 1974 rigió el Estado de sitio, ello significa que hubo conmoción interior provocadas por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas que operaban en forma abierta o clandestina y durante todo el periodo rigieron los tribunales, los procedimientos y las penalidades de tiempo de guerra, como asimismo, había una acción militar al mando de un jefe especialmente nombrado al efecto, con atribuciones para dictar bandos.

d) Que la Corte Suprema de Justicia, en el caso Chanfreau, concluyó que durante 1974 en Chile hubo una situación de guerra. Que en tal realidad, son plenamente aplicables los convenios de Ginebra de protección de los derechos humanos de las fuerzas enemigas organizadas y de la población civil afectada y se sancionan los crímenes de guerra, los cuales constituyen una forma de abuso de la fuerza producida dentro de una situación material creada por un conflicto armado, pudiendo ser éste interno o internacional .

SEXTO: Que es necesario determinar el sentido y alcance que tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, ya que en nuestra Constitución Política de la República no hay norma expresa que le de una categoría determinada entre las fuentes del derecho, por lo que ello debe determinarse por vía interpretativa.

Para estos efectos es necesario tener presente, lo siguiente:

a) Que en el ordenamiento jurídico nacional es la Constitución Política la única habilitada para determinar la existencia de otras normas, por lo que las normas de derecho internacional tendrían validez en la medida que la Constitución lo decidiera. Pero también la carta fundamental, como norma fundamental, puede remitirse a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez, que resultarán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la Constitución.

b) Que la Constitución Política de la República regula el procedimiento de incorporación e integración en el ordenamiento jurídico nacional de las normas internacionales, las que una vez cumplido el procedimiento determinado por la carta fundamental, convierte a la norma internacionalmente válida en norma internamente aplicable.

c) Que la carta fundamental chilena sólo contiene normas de incorporación del derecho convencional internacional; en efecto, el artículo 32 núm. 17, otorga al presidente de la República la atribución de concluir, firmar y ratificar los tratados internacionales, y el artículo 50 núm. 1 de la Constitución, establece que son atribuciones exclusivas del Congreso “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación, la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

Ello significa que el tratado forma parte del derecho interno una vez aprobado por el Congreso, luego debe ser ratificado por el presidente de la República y publicado en el Diario Oficial. Además la Constitución en su artículo 82o., núm. 2, otorga al Tribunal Constitucional la atribución de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, el que verifica el cumplimiento del principio de supremacía constitucional. Concretada la incorporación del tratado validamente celebrado al ordenamiento jurídico nacional solo dejará de ser parte de éste al ser objeto de denuncia, la que debe ajustarse a las condiciones, requisitos y procedimientos previstos en el propio tratado, o en su defecto, a lo estipulado por el convenio de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, en sus artículos 54 y siguientes.

d) Que debemos tener presente el hecho de que como establece el artículo 50o., núm. 1 de la Constitución, es para su aprobación por el parlamento que el tratado debe someterse a los trámites de una ley, lo que es muy distinto a sostener que los tratados se sometan a los trámites de una ley. Nadie puede desconocer la distinta naturaleza de ambos tipos de normas y su ámbito de aplicación. En efecto, mientras la ley es un acto jurídico emanado de la voluntad unilateral de un Estado a través de los órganos colegisladores, el tratado

internacional en un acto jurídico bi o multilateral que depende de la voluntad de diversos Estados y que un Estado Parte no puede, unilateralmente, dejar sin efecto, las obligaciones y derechos que emanan del tratado.

e) Que para la doctrina nacional los Tratados o Convenios Internacionales están ubicados necesariamente en una jerarquía superior a la ley, en la medida que el Estado al incorporar el tratado a su ordenamiento interno, de acuerdo al procedimiento previsto por la Carta Fundamental, quiere que sus órganos cumplan los tratados mientras no exista voluntad de denunciarlos; que, en tal sentido, se expresaron en la Comisión de Estudios de la Constitución en su sesión el 20 de junio de 1974, los comisionados Alejandro Silva Bascuñan y Jaime Guzmán Errázuriz, sin que la comisión llegara a establecer una norma expresa que determinara la jerarquía de los tratados en la Constitución.

f) Que los argumentos expresados en los literales anteriores son válidos en el contexto de la Carta Fundamental de 1925, ya que las disposiciones constitucionales que regulan la incorporación y aplicación de los tratados internacionales bajo dicha carta, son prácticamente idénticos a los que establece la Carta de 1980.

g) Que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se ha ido asentando en el sentido de dar primacía a los tratados sobre la ley interna, tanto bajo la Carta de 1925, como bajo el imperio de la Constitución actual. Algunos ejemplos de ello constituyen las sentencias Lauritzen con Fisro de 1955; el caso de extradición activa de 1959 (*Revista de derecho y jurisprudencia*, t. LVI, 2ª parte, sección cuarta, p. 66); el caso embajada de la República de China (*Fallos del mes*, septiembre de 1969 (pp. 223 y 224); el caso Presidente del Consejo de Defensa del Estado y Embajada de Cuba de 1975 (*Revista fallos del mes*, junio de 1975, p. 90); el fallo sobre ejercicio de las profesiones liberales (aplicación de la Convención México de 1902); los casos de aplicación de la Convención de Derechos del Niño en materia de libertad provisional (sentencia Rol núm. 19.55894, Corte de Apelaciones de Santiago), entre otros.

h) Que los convenios o tratados internacionales deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del derecho internacional de buena fe (*bonna fide*), reglas de derecho internacional que se consideran *jus cogens*, y además, derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipulados en la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, la que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, la cual establece en su artículo 27 que, el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabi-

lidad internacional del Estado. A su vez, el artículo 31 de la misma Convención que codifica una norma de derecho consuetudinario internacional establece que “un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

i) Que la Constitución Política de la República no fundamenta la validez de la norma internacional, sino sólo su aplicabilidad. Una vez incorporado el tratado o (falta página 7).

acuerdo con los procedimientos establecidos en el respectivo tratado o en las reglas del derecho internacional.

n) Que, por lo tanto, ante una contradicción entre ley y tratado, el problema no se plantea en el ámbito de la validez de tales normas sino que se plantea en el terreno de la aplicabilidad, ámbito dentro del cual debe decidir el juez ordinario, aplicando preferentemente el tratado.

ñ) Que el incumplimiento de un tratado internacional en su contenido, cuando éste es incorporado válidamente al ordenamiento jurídico nacional, no sólo constituye una vulneración del derecho internacional que afecta el honor o la seguridad del Estado de Chile, sino que, además, constituye una clara vulneración del propio mandato del constituyente, que quiere que los tratados sean respetados y cumplidos por las autoridades del Estado, mientras no se hayan denunciado regularmente de acuerdo con las normas del propio tratado internacional.

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, la Constitución establece como pilares esenciales de su ordenamiento jurídico en sus artículos 1, 5 inciso 2 y 19 numeral 26 “la dignidad de la persona humana y los derechos humanos esenciales que emanan de ella, a cuya luz debe interpretarse todo el ordenamiento jurídico”.

a) Que el constituyente en el artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental, determinó que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos esenciales que emanan de la naturaleza humana, lo que, de acuerdo a la historia fidedigna de la Constitución, no son sólo aquellos expresamente establecidos en el texto constitucional, sino cualquier otro existente o que se reconozca como tal en el futuro, como quedó constancia en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión número 203 de mayo de 1976.

b) Que, a su vez, el Constituyente de 1989, agregó, con el objeto de reformar la garantía de los derechos y establecer objetivamente el Flexo fundamental de derechos asegurados, como asimismo, para elevar de jerarquía a los tratados internacionales de derechos humanos, la frase final del inciso 2

del artículo 5º de la Constitución: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Finalmente, es necesario considerar el principio de Supremacía Constitucional y el principio de vinculación directa de la Constitución, establecidos en el artículo 6 de la Constitución Política de la República, en sus incisos 1: “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas”, y 2 “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. A su vez, el inciso 3º corona dicha disposición sosteniendo que “la infracción de esta norma generará la responsabilidad y sanciones que determine la ley”.

c) Que los convenios o tratados internacionales en materia de derechos humanos se diferencian de los demás tratados internacionales como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instancia suprema en materia de derechos humanos en Chile, en haber nuestro Estado ratificado el protocolo complementario de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, otorgándole a esta última jurisdicción en caso de denuncia de violaciones de derechos humanos en Chile. Dicha Corte resolviendo en virtud de una opinión consultiva que le fuere formulada por un Estado Parte de la Convención ha señalado que

los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (opinión consultiva OC82. Serie A N2, párrafo 29).

Fundamento que hacemos nuestro. A su vez, es necesario precisar desde la perspectiva del derecho convencional internacional establecido en la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 60, que se encuentra ratificado por Chile y vigente, que se excluye todo tipo de reciprocidad para las disposiciones relativas a protección de las personas en los tratados humanitarios, lo que se aplica también a las convenciones de derechos humanos.

d) Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que “es un principio de derecho de Gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un Tratado” (Serie B, núm. 17, página 32) y que “un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse a las obligaciones que impone el derecho internacional a los Tratados vigentes” (Serie A/B, núm. 44, p. 24). Criterios interpretativos que esta Corte comparte ampliamente.

e) que en materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección a los derechos de la persona humana, valor y principio fundamental y clave esencial para la interpretación de todo nuestro ordenamiento constitucional como también lo establece la Constitución Política de la República en sus artículos 1º, 5, inciso 2 y 19, número 26, en una interpretación sistemática y finalista. Existe así una plena armonía entre el derecho convencional internacional vigente en Chile en materia de derechos humanos y la carta fundamental.

f) Que en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5 inciso 2 de la Constitución, existen derechos constitucionales implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los que pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son constitución en sentido formal si son constitución en sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto, al poder constituyente derivado y a los poderes constituidos o instituidos.

g) Que, el constituyente al establecer la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales como la base y centro del conjunto del ordenamiento constitucional y del orden jurídico, con lo que los constituye como los principios jerárquicamente superiores que deben presidir la labor de interpretación jurídica del ordenamiento normativo nacional, una vez consolidado el principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución como lo determina el artículo 6 de la carta fundamental.

h) Que la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución y a la obligación de respetar y promover los derechos humanos, no solamente establece el deber de los órganos de Estado de no lesionar el ámbito individual o institucional protegido por tales derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de ellas, los que constituyen un componente esencial del orden público nacional.

i) Que, en tal sentido, las leyes valen en la medida que se respeten y garanticen los derechos humanos, lo que se deduce del principio de vinculatoriedad de los órganos del Estado a los derechos fundamentales que se extrae del artículo 5o., inciso 2º de la Constitución en relación con el artículo 1 y 19, núm. 26 de la Constitución.

j) Que la obligación positiva de proteger y garantizar la efectividad del respeto a los derechos fundamentales que recae sobre todos los poderes públicos y personas, ha determinado que el Estado protege tales derechos penalmente, siendo esta protección penal parte del derecho fundamental mismo, de donde se deduce el derecho esencial de la persona a la protección penal establecida por el ordenamiento jurídico nacional, ya sea a través de normas del derecho internacional convencional en materia de derechos humanos y derecho humanitario internacional o de normas unilaterales producidas por la voluntad del Estado que forman parte del ordenamiento jurídico.

k) Que a mayor abundamiento, puede sostenerse que la vinculatoriedad directa de la Constitución en materia de derechos humanos y la significación retroactiva de ella en materia de derechos humanos fundamentales, se explica en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales hechos o actos sean contrarios a la Constitución Política de la República.

l) Que ante una eventual colisión o, conflicto, entre el principio de la seguridad jurídica y el principio de justicia y de fuerza vinculante de los derechos humanos, lleva necesariamente a la preocupación por la justicia en el caso concreto y declarar la invalidez o inaplicación de los actos o normas emanadas de los poderes políticos que los desconozcan o que sean el resultado del procedimiento en el curso del cual tales derechos esenciales hayan sido ignorados.

OCTAVO: Que, siendo los convenios de Ginebra, normas obligatorias para el Estado de Chile desde abril de 1951, y teniendo sus disposiciones una protección de los derechos humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflicto entre fuerzas organizadas de carácter armado internas al Estado, situación esta última vigente en el país en 1974, como consta del fundamento 5, de acuerdo con lo cual y teniendo presente los argumentos del fundamento 6 y 7, en relación a la aplicación de las normas de los tratados internacionales, en especial, de aquellos que garantizan derechos humanos, éstos prevalecen sobre las normas legales anteriores o posteriores de carácter interno, mientras el Estado de Chile no haya denunciado los convenios internacionales por medio del procedimiento establecido en ellos mismos.

NOVENO: Que al ser plenamente aplicables los convenios de Ginebra de 1949, debemos considerar en su artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, el cual determina que

en caso de conflicto armado sin carácter internacional que se desarrolle en el territorio de un Estado parte, la obligación de dicho Estado de aplicar, a las personas que no participen directamente en las hostilidades o las personas que hayan quedado fuera de combate por diversas razones, un trato humanitario, quedando prohibidos en todo tiempo y lugar los atentados a la integridad corporal, las mutilaciones, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, las torturas y suplicios y los atentados a la vida.

El artículo 146 del mismo, sobre protección a personas civiles en tiempo de guerra, establece la obligación del Estado Parte de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o de haber ordenado cometer, cualquiera de las infracciones graves, haciéndolo comparecer a tales personas ante los propios tribunales de esa Parte, fuera cual fuere la nacionalidad de ellas. A su vez, el artículo 147 de la convención sobre la protección a las personas civiles en tiempo de guerra establece que “las infracciones graves a que alude el artículo precedente son cuantos implican uno u otro de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el hecho de causar de propósito grandes sufrimientos o de ejecutar atentados graves a la integridad física o a la salud...”, lo que se refuerza en el protocolo II, relativo a los conflictos armados sin carácter internacional. Concluyendo el artículo 158 de la misma Convención de que “Ninguna Alta Parte contratante podrá exonerarse a si misma, ni exonerar a otra parte contratante, de las responsabilidades en que hayan podido incurrir ella misma u otra parte contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior” (recopilación de leyes. Contraloría General de la República, edición oficial, t. XXXVIII, pp. 581). Ello implica que las autoridades de un Estado Parte no pueden dictar normas internas que contravendrán el cumplimiento de buena fe de los convenios o tratados internacionales en análisis, desde la entrada en violencia de los mismos. De esta manera, tales delitos que constituyen infracciones graves de la convención, son imprescriptibles y no sujetos a amnistía. Tampoco corresponde aplicar la amnistía como forma de extinguir la responsabilidad penal, como determina el Decreto Ley número 2,191 en armonía con el artículo 93 del Código Penal. El intento de un Estado por alterar la condición criminal y la responsabilidad consiguiente de los actos que vulneran las leyes de la guerra

y los derechos de las personas durante ella está fuera de la competencia del Estado, mientras este sea parte de las convenciones de Ginebra sobre derecho humanitario, ello sería más grave aún, si con ello se persigue encubrir una responsabilidad no sólo individual, sino también de agentes del Estado o funcionarios públicos, lo que constituiría una situación de autoabsolución que repugna a toda noción jurídica básica de respeto de los derechos humanos y del respeto del derecho consuetudinario y convencional internacional de derechos humanos, junto con vulnerar los valores y principios básicos de nuestro propio ordenamiento constitucional como hemos sostenido en el fundamento o considerando séptimo de esta resolución.

DÉCIMO: Que, es plenamente aplicable por encontrarse aprobada por el Congreso Nacional, ratificada por el Estado de Chile y vigente, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988, habiéndose retirado algunas reservas anteriores a través del Decreto Supremo núm. 39, de fecha 7 de enero de 1991 y publicado en el Diario Oficial del 13 de marzo de 1991. Convención que establece la obligación de todo Estado parte, de acuerdo al artículo 4, de velar porque “todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a la legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto, de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”, agregando el párrafo segundo de dicha disposición, la obligación imperativa para el Estado Parte de castigar “esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad, debiendo disponer el Estado Parte todo lo necesario para instruir su jurisdicción sobre tales delitos como establece el artículo quinto de la Convención citada”. De tal forma que tales delitos deben ser juzgados de acuerdo con la jurisdicción penal ejercida en conformidad con las leyes nacionales como establece el artículo quinto párrafo 3, investigando siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un delito de tortura, debiendo las autoridades competentes, entre ellas, las judiciales, proceder a una investigación pronta e imparcial, como lo establece el artículo 12 de la Convención. Así de acuerdo a las disposiciones citadas, no cabe la prescripción de la acción penal ni la amnistía sobre los delitos de tortura, ya que existe la obligación impuesta por el tratado, que forma parte del ordenamiento jurídico interno, con un valor superior a la ley, que obliga a los órganos del Estado, y especialmente a los tribunales de justicia de respetar y promover los derechos y obligaciones contenidos en el tratado para el Estado de Chile, quien no puede dejar de investigar ni de ejercer jurisdicción sobre los delitos de tortura que se hayan determinado y en los cuales estén personas individualizadas como

autores, cómplices o encubridores del delito analizado, el cual esta suficientemente acreditado en los autos, como lo determina el propio *juez a quo*, en su resolución de fojas setecientos doce y siguientes de fecha diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

UNDÉCIMO: Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se ha incorporado al derecho interno con fecha 29 de abril de 1989, el que en su artículo 5 párrafo 2, establece el deber de los Estados Parte del Pacto de no admitir restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes internas, convenciones, actos administrativos o costumbres, lo que hace inaplicable la prescripción de la acción penal a crímenes graves de guerra o delitos de lesa humanidad que violen derechos humanos esenciales, como son el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, los que se encuentran garantizados por la Constitución y reforzados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 6 Párrafo 1º y artículo 7.

DUODÉCIMO: Que si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce la amnistía, ésta la circunscribe sólo al ámbito de quienes fueren condenados a muerte, con el objeto de preservar el bien jurídico de mayor valor que es la vida humana. De acuerdo a este razonamiento, no puede ser invocada la amnistía para impedir la sanción de individuos o agentes del Estado que, debiendo proteger y garantizar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, hubieren actuado violentando tales derechos. A ello debemos agregar el principio de que las normas jurídicas deben ser interpretadas en la manera que mejor favorezca a la protección de los derechos, por tanto, las excepciones deben ser siempre consideradas en sentido restrictivo.

DECIMOTERCERO: Que forma parte también de nuestro ordenamiento jurídico la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por las dos normas del Congreso Nacional, ratificada el 21 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, de acuerdo con ella, cual existe el deber de todos los órganos del Estado, y en especial de los Tribunales de Justicia, de aplicar el artículo 1o., párrafo 1º de dicha Convención, este establece: “Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”, norma que establece la autoejecutividad de los derechos contenidos en dicha Convención como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo algunas disposiciones de dicha Convención que requieren desarrollo legislativo, las que el Estado Parte se obliga a concretar, ya que de no hacerlo se constituye una

infracción de la Convención que puede ser sancionada en sede jurisdiccional supranacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De acuerdo con la disposición citada, los Estados Parte tienen la obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos y de castigar a los responsables como lo ha determinado en sede jurisdiccional la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso

Velásquez Rodríguez, señalando: “una ley de amnistía que prohíbe investigación, establecimiento de responsabilidad y competencia por agentes del Estado que resulten responsables, violaría la obligación establecida bajo el artículo 1(1) de la Convención. Leyes de amnistía de tal alcance, de ser declaradas válidas, transformarían leyes nacionales en impedimentos legales al cumplimiento de la Convención Americana y otros instrumentos internacionales”. Razonamiento que comparte este Tribunal, el cual al sostener la mayor jerarquía y preferente aplicación de los tratados de derechos humanos sobre las leyes internas y por entender que los derechos humanos fundamentales son parte de la constitución material de acuerdo al artículo 5 de la carta fundamental, al constituir un límite a la soberanía del Estado por expresa disposición del constituyente, estos deben aplicarse preferentemente a las disposiciones de derecho interno.

DECIMOCUARTO: Que el derecho a la justicia frente a las violaciones criminales de derechos humanos no admiten suspensión de acuerdo al artículo 15, inciso segundo, al establecer “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento” de cometerse fueren colectivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, derecho que no admite suspensión alguna, ni aun bajo estado de guerra interna o externa. Frente a tal norma no puede sostenerse en su contra el principio de legalidad o de no retroactividad de la ley, ya que la justicia debe ser ejercida de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, los que priman y deben referirse a la legislación interna en caso de conflicto con ella, y aún en caso de peligro para la vida misma de la nación, como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en su artículo cuarto párrafo 6o.

DECIMOQUINTO: Que, esta Corte se encuentra vinculada por la institución política de la República y por los pactos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo sustraerse de tal obligación constitucional establecida en las bases de la institucionalidad, artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes,

como asimismo, exponer la seguridad y el honor del Estado de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la carta fundamental y de la nación chilena.

DECIMOSEXTO: Que el artículo 413 del Código de Procedimientos Penal establece como requisito del sobreseimiento definitivo que la investigación se encuentre agotada respecto de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente.

DECIMOSÉPTIMO: Que de los antecedentes que se enumeren en el auto de procesamiento de fs. 378, se desprenden fundadas presunciones para estimar que le ha correspondido a Osvaldo Enrique Romo Mena, no sólo una participación como autor en el delito de secuestro sino también en el de asociación ilícita establecido en el artículo 292 y 293 del Código Penal, respectivamente, el que de acuerdo a los actuales antecedentes del proceso, no es posible determinar la fecha de su inicio y vigencia, el cual se habría continuado desarrollando con posterioridad al lapso de la amnistía determinada por el Decreto Ley número 2191.

DECIMOCTAVO: Que una vez efectuadas las diligencias solicitadas y las demás que determine el juez de la causa, éste atribuirá las responsabilidades pertinentes a quienes fueren responsables de los delitos que se constaten respecto del secuestro de Bárbara Uribe Tambley y Edwin Francisco Van Jurick Altamirano.

Por estos fundamentos, disposiciones internacionales, convenciones internacionales y disposiciones legales citadas y visto, además, los artículos 413, 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Penal, se confirma La resolución de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, escrita a fojas 400 vta. de estas compulsas, con declaración de que el inculpado Romo Mena será sometido a proceso por el *juez a quo*, también por el delito de asociación ilícita, en virtud de los mismos fundamentos de la resolución de veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, escrita a fs. 378.- Se previene que la ministro señora Guzmán, concurre al fallo confirmatorio teniendo únicamente presente los fundamentos de la resolución en alzada y lo dispuesto, en el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal. Regístrese y devuélvase con su original. núm. 38,683-94.

Redactó el abogado integrante don Humberto Nogueira Alcalá y la prevención su autora.