

# Derecho Internacional y Derecho Interno

**Fernando Gamboa Serazzi**

Embajador

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

En las postrimerías del siglo XX hemos asistido a una de las más importantes discusiones jurídicas sobre la primacía de ciertas normas de derecho. El tema no era una novedad. Desde la Edad Media hasta nuestros días la humanidad ha estado dividida, no sólo sobre el origen de normas y principios, sino también sobre el sistema y prelación de ellas para aplicarlas a los sujetos internacionales.

Las diversas teorías derivadas de estas posiciones dieron origen a una diversidad de ellas, pero las principales se basaron en el llamado sistema monista y otras en el sistema dualista. Mientras esta última sostiene la existencia de una diversidad entre las normas internas y las internacionales, la primera explica su existencia en una unidad normativa, tanto interna como internacional, en la cual la mayoría de este grupo de juristas le otorga una primacía a las normas internacionales sobre las de derecho interno.

Estas discusiones se vienen dando desde la Edad Media, acentuándose en tiempos en la defensa casi absoluta de las soberanías nacionales, hoy en día –nuevamente– con enfoques actualizados, buscando posiciones realistas y tratando de establecer un orden que no debilite aun más las soberanías estatales, mientras otros luchan por imponer aquellas normas internacionales para su aplicación a toda la humanidad sobrepasando, o mejor dicho imponiendo, su primacía de aplicación sobre las normas internas de los Estados.

A fines de la última década, hemos visto con asombro como esta lucha ha tomado muchas veces posiciones políticas de momento para demostrar su eficacia.

Este hecho ha ensombrecido una sana discusión jurídica, saliéndose de los cauces académicos, para tomar recursos peligrosos si estos últimos le hicieron caer un posiciones pasionales derivadas de situaciones políticas que han conmocionado al mundo de nuestros días y han dado por el suelo con la implantación –por ahora– de un mundo basado en la justicia y en la paz.

El caso del general Pinochet, ex Presidente de Chile y senador vitalicio de la República, al ser detenido en Londres por una petición de un tribunal español, no sólo volvió a dividir casi por mitades al pueblo chileno, sino que el mundo, conmocionado por las graves violaciones a los derechos humanos en diversas naciones de varios continentes (El Tibet en Asia; Ruanda, Burundi, el ex Zaire y otros en Africa; en la propia Europa en la ex Yugoslavia) vio en este caso, en América Latina y concretamente en Chile, la posibilidad de descargar su conciencia tomando al ex mandatario chileno como un chivo expiatorio para juzgarlo por diversos delitos presuntamente cometidos por él y su régimen, dado que Chile –así dividido– y como país débil ante los fuertes de la humanidad actual, hacía posible establecer un ejemplo para el mundo, para que nadie en el futuro osara destruir la democracia y violar los derechos más sagrados de la propia humanidad.

Desde finales de la Segunda Guerra Mundial los países triunfantes que derrotaron al Eje asumieron el rol de juzgar y conducir a los criminales en esos países que habían cometido crímenes de guerra y grandes violaciones contra grupos humanos que violentaban la conciencia de la humanidad. Los tribunales de Nüremberg y Tokio dieron comienzo a una nueva era jurídica, que se ha caracterizado por establecer y condenar a delitos que antes –en la mayoría de los Estados– ni siquiera estaban contemplados en sus códigos penales.

Nacen así diversas y muy importantes convenciones, como aquellas que condenan el genocidio (auspiciadas por Naciones Unidas) y otras, como las que establecen los delitos en lesa humanidad, contra la tortura, el secuestro y varios otros casos de gran interés.

Esta alabable posición de Naciones Unidas, determinada a borrar de la faz de la tierra estos abominables delitos, ha significado que desde aquellos años 40 hasta nuestros días se sigan dando importantes pasos para consolidar un sistema normativo que, pasando por las fronteras de los Estados y con el apoyo de éstos, pueda castigar a los violadores de estas normas.

En el plano netamente jurídico, despojado de sus ingredientes políticos, resulta fundamental para los juristas de nuestros días luchar por hacer cada vez más nítida y menos controvertida la aplicación de estas nuevas normas.

A raíz de lo anterior, se han suscrito en casi todos los países, entre los cuales nuestra patria, por los sucesos de los años 70 y siguientes, valiosas e interesantes discusiones doctrinarias que han sacado a la palestra los temas de la dualidad normativa o de la aplicación prioritaria de las normas y

principios internacionales, haciéndolos prevalecer sobre las disposiciones nacionales.

La notoria contradicción entre los tratados y las leyes internas en nuestro país, que ha suscitado un grave problema a nuestros tribunales, los cuales han obrado según el tiempo y tendencias ideológicas de sus integrantes en una u otra forma, ha dado lugar a una numerosa literatura interpretativa, lo que deja muy en alto la calidad de nuestros juristas, que han tomado conciencia de la gravedad de sus conclusiones.

Más aún, la contradicción ha ido más allá de nuestras leyes, ya que ha tocado muy en especial también a nuestra Carta Fundamental. Ello ha sucedido no sólo en Chile, sino que en muchos países de diversos continentes, después de la Gran Guerra, al adoptar en sus constituciones una posición sobre la aplicación de las normas internacionales, sean las construidas en tratados o en el campo consuetudinario. La gran mayoría de estas leyes fundamentales han consagrado la prioridad del derecho internacional sobre el derecho interno. Otras, en cambio, sin renegar de los acuerdos internacionales, han fijado procedimientos de adecuación o primacía de sus textos como una defensa de una cierta soberanía estatal en el campo jurídico.

El problema de la primacía de un derecho sobre el otro fue planteado por primera vez en la magistral obra de Triepel titulada "*Volkerrecht und Landesrecht*" en 1899.

Triepel, al separar rigurosamente el derecho internacional del derecho interno, lo basaba en la voluntad colectiva de los Estados (*Vereibarung*), mientras en el derecho interno, su origen quedaba establecido en las constituciones políticas de estos sujetos y en realidades empíricas a las que constantemente acude Triepel en su obra.

Hubo luego autores como el italiano Anzilotti, que llegó a ocupar la residencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que aceptaron la tesis de Triepel. Con posterioridad varios autores alemanes e italianos se agregaron a esta escuela jurídica.

Años después Hans Kelsen y los expositores de la llamada Escuela de Viena abordaron el problema basado en un plano de abstracción mayor aún, desembocando en un monismo radical (Alfred Verdross, entre los más destacados después de Kelsen). Para ellos, toda la estructura jurídica dependía de una norma fundamental, definida por Kelsen como hipótesis necesaria, o gran norma hipotética, de la cual se derivan todas las demás normas, hasta la de menor categoría.

Lamentablemente, hasta la fecha, en el ámbito doctrinario no ha existido unanimidad respecto a estos temas. Por un lado, especialmente algunos constitucionalistas, rechazan la superioridad de las normas internacionales, en especial los tratados, alegando que éstos últimos tienen en muchos países, incluido Chile, el mismo valor normativo que una ley. No existiría una relación jerárquica entre las leyes y los tratados, sino tan sólo una distribución de competencias.

Para varios internacionalistas, en cambio, existe un gran apoyo a la jerarquía monista, en la cual los tratados estarían por sobre las leyes.

No les bastan en su afirmación las teorías kelsenianas, sino basan además su criterio en un texto positivo internacional, esto es, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados de 1969, el cual expresa: "una parte no podría invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

El artículo 46, establece:

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

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

Las disposiciones legales confirman positivamente la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno; más aún la Convención de Viena de 1969 sobre Tratados ha sido ratificada por una gran mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra Chile.

No obstante estas dispares posiciones entre juristas, bueno es reconocer que en la práctica se han necesitado graves problemas de interpretación por no haber existido –a mi entender– una mayor claridad en el ámbito positivo, lo que urgiría una aclaración y rectificaciones a nivel tanto internacional como nacional.

Un caso decidido en 1992 por la Corte Suprema argentina nos da un ejemplo del efecto que pueden brindar decisiones de tribunales



internacionales y los tratados sobre la forma de actuar de órganos jurisdiccionales internos.

El caso “Ekmedjian contra Sofovich” –citado por Thomas Buergenthal en su libro “*La jurisprudencia internacional en el derecho interno*”– nos dice que se origina en la demanda presentada por el recurrente por habersele negado ilegalmente el derecho de replica en relación con un programa de televisión que, según él, le resultó moralmente ofensivo y lo lesionó profundamente. La demanda se basó en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado que fue ratificado por Argentina en 1984. El demandado sostenía que esa disposición no era directamente aplicable o *self-executing* y, por ende, no creaba un derecho de réplica directamente exigible en Argentina.

La Corte Suprema Argentina, en su punto esencial, se refiere al artículo 14.1 de la Convención Interamericana, que transcribió: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.”

En otra opinión anterior de 1988, la misma Corte había expresado que la frase “en las condiciones que establezca la ley” señalaba la necesidad de promulgar legislación para dar cumplimiento al artículo 14 .

En cambio, en este nuevo fallo, la Corte sostuvo que “la convención concedía al particular un derecho de réplica directamente exigible, que Argentina estaba en la obligación de hacer efectivo ese derecho, y que sus tribunales tenían la autoridad necesaria para ello” (citado por Buergenthal, libro cit., pág. 77).

La Corte argentina llegó a esta nueva conclusión basándose ahora en una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 1986.

La Corte de San José interpretó el citado artículo 14.1 en la siguiente forma: “que el artículo 14.1 de la convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1 (de la Convención), los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.”

Nos dice Buergenthal; “que la Corte Suprema arribó a estas conclusiones después de un exhaustivo análisis del rango normativo que gozan los

tratados según el derecho argentino. Para lograrlo, se ha apartado en grado dramático del derecho existente sobre la materia. Antes de su fallo, los tratados y las leyes federales gozaban del mismo rango normativo en Argentina, prevaleciendo el de fecha más reciente en caso de surgir un conflicto". En el presente caso la Corte Suprema rechazó esa interpretación y determinó que los tratados debidamente ratificados ya no podían ser revocados por legislación posterior. Fundamentó esa conclusión en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en lo que parece ser una interpretación novel de la Constitución de Argentina" (obra cit., pág. 79).

Para los chilenos, no es dable olvidar las opiniones de aquellos redactores de la Constitución Política de 1980.

Ya en la sesión 368, de mayo de 1978, don Enrique Ortúzar señaló que quedaría pendiente el problema relativo "a si el tratado, como norma jurídica, tendrá valor por encima de la ley interna. Lamentablemente, el Sr. Ortúzar y otros legisladores del momento olvidaban el compromiso de nuestro país contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

En la práctica, sin embargo, se presentan problemas que por lógica, indicarían que la generalidad del principio pudiera tener algunas excepciones.

¿Qué pasa por ejemplo cuando debería aplicarse una ley penal posterior al tratado que beneficia al reo, que está consagrada en textos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica?

De nada vale, a mi juicio, que la doctrina chilena mayoritariamente haya sostenido la igualdad entre leyes y tratados. Desde luego, su aprobación es parecida o igual, pero con una importante excepción: los tratados son aprobados o rechazados por el congreso, pero no pueden ser modificados.

Otro factor que por lógica jurídica y por no caer en responsabilidades posteriores del Estado infractor de un tratado, nos indica que parece absurdo que una ley posterior a un tratado, que sea contraria a este último, lo haga inaplicable, toda vez que la ley tiene su origen y validez sólo en un Estado y en el tratado hay compromisos entre dos o más sujetos internacionales.

Es verdad que en Chile la mayoría de la doctrina a través de nuestra historia ha sostenido que el tratado es jerárquicamente equivalente a la ley. Ello

lo han sostenido juristas de la talla de Andrés Bello, Jorge Huneeus, Alejandro Silva Bascuñan, Patricio Aylwin y varios otros.

El que tan distinguidos tratadistas hayan sostenido esa tesis podría explicarse si se hubieran expresado antes de 1969, pero con posterioridad, estoy por creer que algunos de ellos, hoy vivos, pudieren haber cambiado de criterio.

Cuando el problema se torna más grave es cuando un tratado modifica un texto constitucional, considerado este último como la ley fundamental en que se funda la existencia y fundamento del Estado.

Un tratado que construya disposiciones contrarias a un texto constitucional no debería por principio ser negociado, adherido ni firmado por los representantes del Estado cuya Constitución vaya a ser modificada. Menos aún aprobado por su Parlamento ni ratificado por su Ejecutivo.

Cuando ello ocurriese estaría modificando un texto constitucional de un modo más fácil que por una reforma interna, que requiere quórum especiales y dictámenes sobre su incompatibilidad con el texto internacional del tratado, por los organismos internos pertinentes.

Este problema sería fácilmente subsanable con la exigencia de que su aprobación debería contar con el quórum requerido exigido por la propia Constitución para el caso de pretender ser reformada.

Al respecto, conviene recordar lo resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional, la cual manifestó 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 N°44, pág.24).

Tampoco podría el tribunal de un Estado invocar la Constitución Política de éste, si debiera aplicar disposiciones de un tratado vigente y ratificado por dicho Estado.

Sin embargo, en este caso no habría responsabilidad interna del Estado del tribunal, pero podrían activarse acciones de responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado, al estar otros sujetos internacionales involucrados.

¿A qué nos lleva como conclusión este tipo de dificultades? Resulta absurdo que un Estado se mantenga en esta dualidad de obligaciones contradictorias, que implican un serio inconveniente para el tribunal que debe

dictar un fallo, sabiendo por una parte que en esta sentencia hace incurrir a su propio Estado en una responsabilidad internacional y, por la otra, puede dejarse influir por factores ajenos a la justicia, como por ejemplo, políticos y fallos del modo más adecuado a sus posiciones.

Todos sabemos lo que ha significado la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978, que sería contraria con algunas disposiciones de algunos tratados suscritos y ratificados por nuestro país. El cambio de tribunales o más bien, de ministros que deban conocer el caso, evoluciona de acuerdo a criterios políticos más que a criterios estrictamente jurídicos. Sin embargo, no debemos rechazar la idea –de buena fe– que los nuevos magistrados han comprendido la evolución del derecho internacional al respecto y han decidido obrar con diferente criterio al tradicional.

En Chile, la Constitución Política establece el control constitucional de los tratados otorgándole atribuciones al Tribunal Constitucional. Este queda facultado para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se necesitan durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. En ello, nuestra Constitución está de acuerdo con el criterio de la Convención de Viena sobre tratados.

La Constitución de 1980 alude a la incorporación de los tratados internacionales en los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1. El Art. 82 N° 2 alude al control preventivo de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional.

Aprobado un tratado por Chile conforme a nuestro procedimiento constitucional, esto es, por el Congreso Nacional, este último, sin embargo, pierde toda posibilidad para participar en una posible denuncia del tratado que sólo corresponde al Presidente de la República.

Una vez incorporadas en el ámbito interno, las normas internacionales pasan a integrar el derecho chileno.

¿Qué pasa si, con posterioridad, la Constitución fuese modificada y entrara en contradicción con algún tratado vigente para Chile? ¿Primaría acaso la nueva Constitución sobre el tratado, que es norma vigente no sólo para Chile, y en el cual han intervenido otros Estados?

A juicio del suscrito, y coincidiendo con algunos autores, la existencia de normas de carácter "*ius cogens*", que exigen el cumplimiento obligado de los tratados hechos de buena fe, impediría que en forma unilateral un Estado, al modificar su Carta Constitucional, anulara un tratado que tiene carácter internacional, pues significaría pasar por sobre la voluntad de otros Estados.

Debo recordar, en este punto, que aprobado un tratado, siempre debería contar con el control del Tribunal Constitucional para no crear, desde un comienzo, discordancias con la Carta Fundamental, exigiéndose los quórum especiales en el Parlamento, similares a cualquier ley que pretenda modificar la Constitución. Lamentablemente aquí existe un vacío constitucional, porque lo expresado por ésta en su artículo 82 N° 1 sólo se refiere a las leyes orgánicas constitucionales y a aquellas leyes interpretativas de textos de la Constitución.

Un tema que ha sido bastante polémico es el relativo al reconocimiento constitucional chileno al respeto de los derechos humanos, conforme al artículo 5° de nuestra constitución. Por su inciso 2°, el Estado de Chile queda comprometido a respetar y promover tales derechos, ya consagrados en diversos textos internacionales de los cuales nuestro país también es parte integrante.

Su violación, en nuestro país, acarrea responsabilidad internacional del Estado, siempre que le sea imputable a éste esa violación.

¿Puede en este caso, el Estado de Chile, habiendo acuerdo entre Ejecutivo y Parlamento, alterar por modificación constitucional a través de leyes internas, el compromiso constitucional del art. 5°?

A juicio del suscrito, ello sería violatorio de compromisos internacionales contraidos por nuestro país, que por ser además normas de *ius cogens*, anularían frente al derecho internacional todo acuerdo en contrario.

Para finalizar este artículo, sólo deseo destacar las fundadas posiciones adoptadas en defensa de sus tesis por tan destacados juristas nacionales, que corresponden a diferentes visiones de cómo afrontar estos trascendentales cambios que han transformado las relaciones tradicionales entre el derecho interno y el derecho internacional.



