

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DOMÉSTICO CHILENO

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

*Paula Millon Lorens**

*Rodrigo Céspedes Proto***

Resumen

Este trabajo analiza la influencia del derecho internacional en el derecho doméstico chileno a través del estudio de casos judiciales. El artículo abarca una serie de áreas del derecho como casos penales y abusos a los derechos humanos, derechos indígenas, derechos del niño y tratados de libre comercio en el marco OMC-GATT.

PALABRAS CLAVE: derecho internacional; derecho doméstico; derechos fundamentales; tratados; Constitución; juridicidad; jurisprudencia; interpretación; activismo judicial; abusos a los derechos humanos; derecho penal internacional; derecho humanitario; OIT-169; derechos indígenas; derechos del niño; libre comercio; OMC-GATT.

Abstract:

This article deals with the influence of international law in the chilean domestic system through case-law. This work analyses that influence in diverse branches of law from criminal law and human rights abuses to indigenous rights, rights of children, and free trade agreements under the framework of WTO-GATT.

* Candidata a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Profesora de técnicas de litigación oral y negociación, Universidad Andrés Bello. Artículo recibido el 23 de mayo de 2015 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2015.

** Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Lancaster. Research Associate, Law School, Manchester University. Correo electrónico: rodrigo.cespedes@manchester.ac.uk. Esta investigación es financiada por el European Research Council (Advanced Grant: 323656-STC).

KEY WORDS: international law; domestic law; constitutional rights; Constitution; legality; case-law; legal interpretation; judicial activism; human rights abuses; international criminal law; humanitarian law; ILO-169; indigenous rights; international rights of the child; international trade; WTO-GATT.

I. Introducción

La influencia del derecho internacional en nuestro derecho doméstico, en especial el público, ha sido particularmente dinámica estos últimos años. Varias ramas se han visto afectadas, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también práctico. Es claro, por ejemplo, que la normativa internacional sobre responsabilidad pecuniaria del Estado por crímenes de lesa humanidad ha añadido nuevo material a las teorías existentes en derecho administrativo; el procedimiento administrativo ambiental se ha visto modificado por la Convención OIT 169. Los tributos, ya sometidos por la Constitución a una rígida legalidad, se subordinan también a una suprallegalidad internacional y pueden ser impugnados por otros Estados¹. Las inversiones internacionales en Chile pueden ser protegidas por una suerte de revisión judicial internacional contra los atentados estatales². Nuestro principio de juridicidad, gracias a las normas internacionales, se

¹ Por ejemplo, los casos frente al ente OMC entre Chile y Gran Bretaña por el impuesto al lujo por el whisky. Este producto es, en su gran mayoría, importado y se le aplican tanto los derechos *ad valorem* como los del DL 825/74 (IVA y adicional). Por esta razón, los países exportadores de whisky estimaban que nuestro sistema impositivo discriminaba a esta mercancía ya que la producción chilena era y es escasa y, si bien la norma estaba planteada en sentido general, en la práctica solo se aplicaba a las importaciones, favoreciendo injustamente al pisco. La OMC, en el 2000, consideró este esquema tributario como una violación a las normas de igualdad de trato nacional del GATT. Por esta condena, se suprimió el impuesto adicional del Art. 42 letra f) del DL 825/74 y se modificó la letra a) de la misma disposición, para no discriminar entre bebidas alcohólicas, salvo por su graduación (un sistema mucho más objetivo). El 2002, a requerimiento de Argentina, la OMC analizó el sistema chileno de “bandas de precios” y estimó que no era transparente. Argentina tuvo más éxito que los importadores chilenos frente a nuestros tribunales. El sistema de bandas de precios fue considerado conforme a los principios constitucionales tributarios en “*Watt’s Alimentos con Fisco*”, RDJ T 90 Nr. 3 (1993), sec. 5, p 219. Inaplicabilidad. Comentado por Eduardo SOTO KLOSS.

² Por ejemplo el caso del famoso diario *Clarín*, requisado después del golpe militar sin indemnización alguna. El CIADI, ligado al Banco Mundial, concedió una indemnización en 2008 a su dueño basado en el Acuerdo entre España y Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, suscrito el 2 de octubre de 1991 y vigente desde el 29 de marzo de 1994. “*Pey Casado y Fundación Allende con Chile*”, Laudo Caso CIADI Nr. ARB/98/2. Aún se discute el monto.

ha vuelto más “denso”³. La acción de protección se extiende no sólo a los derechos constitucionales, sino también a los reconocidos por tratados de derechos humanos. Actualmente, el juez parece tener más material jurídico con el cual controlar al legislador o a la Administración.

La aplicación doméstica del derecho internacional es una tendencia en el derecho chileno y latinoamericano. Desde el retorno a la democracia, los sucesivos gobiernos chilenos han ratificado una multitud de tratados de derechos humanos, los que son aplicados regularmente por los jueces chilenos. Este fenómeno no es sólo aplicable a las violaciones a derechos humanos durante el gobierno del General Pinochet, sino que la aplicación doméstica del derecho internacional ha afectado varias áreas jurídicas. Este asunto ha sido una verdadera revolución. El derecho internacional de los derechos humanos no puede ya considerarse *soft-law* o confinarse sólo a la política internacional. El derecho internacional de los derechos humanos es definitivamente *hard-law* desde la modificación del Artículo 5.2 de la Carta Fundamental chilena⁴ y su posterior aplicación por los tribunales chilenos. Después que el General Pinochet fue derrotado en el referéndum de 1988, la Constitución fue reformada y se ratificaron varios tratados de derechos humanos, los que entraron a formar parte del ordenamiento jurídico chileno. En el pasado, los aspectos en que el derecho internacional tenía alguna importancia se limitaban a las extradiciones, los *exequaturs*, el transporte internacional o el asilo político. Actualmente, el derecho internacional está presente en la litigación cotidiana en áreas como derecho de familia, protección de niños, niñas y adolescentes, tributación⁵, responsabilidad del Estado⁶; derecho indígena⁷ o derecho penal⁸.

³ Paul P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, *Public Law Autumn*, pp. 467-487.

⁴ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

⁵ SCS (2003) Rol 375-2003, “*Ditec Ltda. con Aduana de Osorno*”, *Ius Publicum* N° 11/2003, pp. 215-ss.

⁶ SCAA de San Miguel (2008), Rol 660-2007, Recurso de protección: “*Cumsille con Fisco de Chile*”.

⁷ En materia de recursos naturales, SCS (2009) Rol 1.705-2009, casación fondo y forma “*Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana*”; en materia ambiental, por ejemplo, SCS (2012) Rol 10.090-2011, “*Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos*”.

⁸ En materia de responsabilidad penal adolescente y derechos del niño, ver “*L.E.T.M. con Juez de Garantía de Concepción*”, SCAA de Concepción Rol 89-2008, recurso de amparo. Desde luego, los casos sobre abusos a los derechos humanos durante el Gobierno Militar.

En resumen, los tribunales chilenos comenzaron a aplicar tratados como fuente del derecho “dura”, a veces con jerarquía suprallegal.

La manifestación más visible de este proceso es la respuesta judicial a los abusos a los derechos humanos, en particular desde la detención del General Pinochet en Londres (1998). Los tribunales chilenos han fallado causas utilizando instituciones como *ius cogens*, derecho penal internacional y derecho humanitario. Estas nociones han incluso permeado las consecuencias civiles de las violaciones a los derechos humanos. Fuera de este ámbito, la Convención sobre Derechos del Niño (1989) ha sido muy influyente en juicios penales y de familia. Los jueces aplican regularmente principios como autonomía progresiva y el interés superior del niño. La Convención OIT 169 (1989) sobre pueblos indígenas y tribales también ha tenido aplicación en casos penales y medioambientales. Finalmente, Chile ha ratificado varios tratados de libre comercio, los que han influido en aspectos tributarios. Todo esto revela un cambio de mentalidad de los jueces, quienes ahora fallan más acorde a principios que a reglas, siguiendo la terminología de Robert Alexy⁹.

Este trabajo reseña la influencia general del derecho internacional en el derecho doméstico chileno. Nos referiremos no sólo al derecho sustantivo, sino también a algunos aspectos procesales.

II. Potestades interpretativas del juez, la cultura jurídica chilena tradicional, la revolución interpretativa y el activismo judicial

El positivismo más recalcitrante y el formalismo¹⁰ parecen haber sido muy influyentes en la mentalidad de antiguos jueces chilenos. Como consecuencia, muchas veces la interpretación judicial ha tendido a privilegiar el tenor literal sobre el espíritu de la ley, aunque derive en una manifiesta iniquidad¹¹. El derecho entonces es aplicado de manera mecánica a manera de un

⁹ Robert ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 44-93. También su “The Construction of Constitutional Rights”, *Law & Ethics of Human Rights Vol. 4 Issue 1/2010, Rights, Balancing & Proportionality*, p. 20-32; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris Vol. 13 Nr. 3 September/2000*, p. 294-304. También Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, p. 72-103. También su *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986, pp. 333-350.

¹⁰ Ernest J. WEINRIB, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, pp. 949-1016.

¹¹ El clásico caso es “*Viuda Guzmán de Shirasawa con FFE*” *RDJ T 60 Nr. 9-10 (1963)*, sec. 1, p. 407. Casación fondo y forma. Un accidente ferroviario ocasiona la muerte de un padre de familia. Se concede una indemnización por sentencia la que fija una pensión periódica. Pocos años después, la inflación aumenta el costo de la vida y la

silogismo. El resultado es, a veces, la ausencia de justicia material. La letra de la ley y la intención del legislador han sido no pocas veces los métodos interpretativos más frecuentes (Artículo 19 del Código Civil chileno)¹². De esta manera, el juez es más un esclavo ciego del legislador que un hacedor de justicia. Así, el formalismo y el positivismo reducen al juez a una marioneta y restringen el verdadero sentido de la potestad jurisdiccional: hacer justicia. Afortunadamente, esa tendencia se ha revertido¹³. Muchos jueces además entendieron el principio de separación de poderes de manera muy absoluta, autolimitando sus potestades. El caso más emblemático es el

suma fijada por la sentencia se hace insuficiente. La viuda solicita se reajuste la suma ya que la indemnización no cumple con su objetivo compensatorio. No pide un incremento de pensión sino sólo que se actualice su poder adquisitivo. FF.EE. opone excepción de cosa juzgada: no se puede alterar en un juicio posterior lo resuelto en una sentencia ejecutoriada. El juez de primera instancia la rechaza fundado en que no se cumple la triple identidad: se solicita algo nuevo, la reajustabilidad. Como el derecho preexistente no la regulaba, el vacío legal es evidente y corresponde colmarlo con la equidad y los principios generales del derecho. La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema tienen un criterio diferente. Hay cosa juzgada y, aunque no la hubiera, el “tal hecho o circunstancia (el alza del costo de la vida) no es fuente de obligaciones, porque en nuestro derecho no es posible incluir entre las fuentes de las obligaciones que enumera el Art. 1.437 del CC la depreciación monetaria”. La iniquidad es evidente por falta de balance y la interpretación positivista, mecanicista, formalista llega a sus extremos.

¹² “Art. 19. Cuando el *sentido de la ley* es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.// Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.” Todo esto proviene de la dudosa idea de una prelación de métodos interpretativos y la falsa dicotomía entre *literalidad* y “espíritu de la ley” (los principios que la inspiran) que algunos atribuyen al Art. 19 del CC. Esta disposición contrapone el espíritu de la ley con el *sentido*, el tenor literal en realidad permanece ajeno. Sólo si el sentido es claro se impone por sobre el espíritu. Que algo tenga sentido significa que es coherente con las demás partes de un sistema, armónico con el todo y que tiene una lógica inteligible y razonable. Una norma puede ser, literalmente hablando, perfectamente clara y no tener ningún sentido porque no encaja en ese todo o carece de la lógica de lo razonable más elemental. Solamente en este caso recurriremos a su espíritu. Sobre el punto, ver el fallo del Tribunal Constitucional Rol 33/1985, en *RDJT 82 Nr. 2 (1985)*, sec. 6, p. 70.

¹³ Por ejemplo, “*Empresa de Transportes Sud Americana Austral Ltda. con Director Regional (subrogante) de Tesorería Regional de Magallanes y Director Nacional del SII*”, *RDJ T 90 Nr. 3 (1993)*, sec. 5, p. 136. Corte de Punta Arenas. Protección. El tribunal señala que “por un elemental principio de justicia, no puede pretenderse que, remanentes de dineros retenidos indebidamente y por años, pudieren ser devueltos en moneda del mismo valor, ni aún a pretexto de que se trata de materias regladas en el derecho público, y que en éste sólo puede hacerse lo que está debida y expresamente autorizado, sin advertirse que no sólo el derecho privado está construido en bases de justicia y equidad, sino también el derecho público, en cuya normativa, que regula la conducta y relaciones de los entes públicos, generalmente de gran poder e influencia, con los ciudadanos y nacionales en general, aquellos principios de equidad y justicia son aun más necesarios”.

control jurisdiccional sobre la Administración, que durante la vigencia de la Constitución de 1925 era bastante endeble, las más de las veces concediéndole una auténtica inmunidad al Estado y fundándola en subterfugios. Consecuencialmente, cualquier deficiencia en el derecho legislado no era imputable a la judicatura, sino al parlamento¹⁴. Esta mentalidad ha cambiado en parte gracias la Constitución de 1980 y al derecho internacional de los derechos humanos, integrante de nuestro sistema con rango supra-legal por aplicación del Artículo 5° de la Carta Fundamental. De alguna manera la importancia de los tecnicismos disminuyó en pro de la aplicación de los principios generales del derecho, el espíritu de la ley¹⁵. Muchos dogmas jurídicos pueden ser soslayados mediante una interpretación teleológica o finalista. Uno de ellos ha sido completamente destronado: en este momento, el derecho internacional puede ser invocado por los individuos, no sólo por los Estados. En síntesis, el derecho ha cambiado en parte por la incorporación de estos tratados, pero también por acción de los jueces.

Los jueces no sólo se conforman con fallar conforme a la ley sino que intentan decidir en la forma más justa posible. Muchas veces eso implica “doblar las reglas”, reacomodar la pirámide normativa y estar atento a la realidad social que los circunda. La interpretación de las normas juega en esto un rol fundamental¹⁶.

¹⁴ SCAA de Santiago “*Buzeta con Fisco*”, GAT N° 63 Primer Semestre/1942, Sec. Civil, p. 243-ss. Por Ley de Seguridad del Estado, el intendente paraliza, con uso de la fuerza pública, la construcción de un edificio que había sido autorizada por la Municipalidad. El particular deduce querrela de amparo ante tribunales ordinarios atendido que estima que el acto administrativo de paralización turba su posesión. La Corte señala que el intendente actuó en calidad de autoridad pública. Por lo tanto, “*no son competentes los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer de la correspondiente querrela de amparo deducida por el particular afectado en contra del Intendente*”... aquellos (actos de autoridad) se realizan en cumplimiento de funciones jurídicas del Estado. Y les corresponde “conocer de ellos a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo creados por la Constitución”. La Corte añade que, “*como aún no han sido establecidos por no haberse dictado todavía la ley que los organice y fije sus atribuciones, sólo le cabe en este caso al perjudicado el ejercicio de los recursos por vía graciosa (sic!) o jerárquica, contemplados en la Ley de Régimen Interior, para reclamar por escrito ante el mismo Intendente, o, en caso de que éste persistiere en su resolución, para ocurrir a la autoridad inmediatamente superior, pudiendo llegar, de grado en grado, hasta el Presidente de la República*”.

¹⁵ Rodrigo CÉSPEDES PROTO, *Los principios generales del derecho, un enfoque desde la perspectiva del derecho público*, pp. 25-66.

¹⁶ En los Evangelios, Jesús habla del espíritu de la ley, contraponiéndola a una interpretación tenor literal. En materia de interpretación musical, Claudio Arrau sostenía que el intérprete era responsable frente al compositor y a la obra, lo que exigía absoluta fidelidad al texto. En alguna entrevista, el maestro también dijo que el intérprete era una especie de *shaman*, poseído por el alma del compositor. Por eso, era necesario estudiar también el contexto de la obra. El pianista Alfred Brendel señalaba que pertenecía a la tradición de músicos en la cual la partitura le dice al intérprete cómo debe ejecutarla; el intérprete no

El activismo judicial¹⁷ supone que los jueces permiten que sus propias visiones de políticas públicas y de la realidad social se reflejen en sus fallos. Hasta cierto punto, estos jueces ven el ordenamiento jurídico como normas flexibles que pueden ser adaptadas para las nuevas necesidades sociales. Relacionado con este concepto está el de “judicialización de la política”: la intervención de los tribunales en áreas que tradicionalmente son competencia del gobierno o del parlamento. Los jueces se convierten entonces en actores políticos. Con la interpretación progresiva del derecho el juez, más que “boca de la ley”, se transforma en un agente más activo y creativo. De esta manera, el juez conecta dinámicamente la norma con la realidad social. Las normas se desligan de la intención del legislador y se convierten en un ente con vida propia (*living tree* o *living constitution*)¹⁸. Un claro ejemplo en Chile de esta interpretación progresiva puede verse en los casos sobre violaciones a los derechos humanos durante el Gobierno Militar, que analizaremos. Inicialmente los tribunales aplicaban la amnistía sin mayor investigación. En su opinión, el concepto de “guerra interna” propio de las Convenciones de Ginebra no se aplicaba a los hechos de 1973¹⁹. Esta interpretación cambia y se considera que el concepto de guerra es elástico y se puede aplicar a situaciones no consideradas expresamente por las Convenciones de Ginebra. Un golpe de Estado y las condiciones de 1973 en adelante eran similares a una guerra²⁰. En materia de familia, la aceptación de la prueba testimonial para desvirtuar las partidas del Registro Civil en los años 20 y la consecuente propagación y difusión

debe “ajustar” la obra ni decirle al compositor cómo debería haberla compuesto. Ambos pianistas tienen ideas similares. Leonard Bernstein tenía una idea diferente y sostenía que no interpretaría la música de Beethoven exactamente como Beethoven lo haría, pero seguiría “su espíritu”. Al otro lado del espectro, Glenn Gould sostenía que en el pasado, los compositores ejecutaban sus propias obras y experimentaban con ellas en los conciertos. Eso se perdió en el Siglo XX. En su opinión la obra musical podía contener elementos que el mismo compositor desconocía. Agradecemos al pianista y profesor de historia de la música, Stefano Ragni (*Conservatorio Francesco Morlacchi di Perugia; Università per Stranieri di Perugia*) por enseñarme teoría de la interpretación musical.

¹⁷ Bradley C. CANON, *Defining dimension of judicial activism, Judicature*, p. 236-247. Martin SHAPIRO, *Political Jurisprudence*, p. 294-345. Alec STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Martin SHAPIRO and Alec STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*.

¹⁸ La primera doctrina es de la Corte Suprema Canadiense y la segunda de la norteamericana. La Constitución debe ser interpretada progresivamente y amplia adaptándola a las nuevas circunstancias históricas. La Corte Suprema Americana tiene una idea similar, comparando la Carta Fundamental a un organismo vivo, dinámico y en evolución constante.

¹⁹ Por ejemplo, el caso *Uribe Tambley (1994)*, Rol 38.683-94.

²⁰ Por ejemplo, el caso *Urrutia Villa (2009)*, Rol 120.133-B.

de la nulidad de matrimonio (lo que prácticamente implicó incorporar a nuestro ordenamiento el divorcio vincular por mutuo consentimiento) podría considerarse una interpretación activista: el divorcio vincular era una necesidad social²¹. La moral social cambia con los tiempos y los jueces son reactivos a estas transformaciones. Un ejemplo de este fenómeno es “Contra *Vallejo Pacheco*” (Revista Pingüino)²². Esta revista publica ejemplares con desnudos femeninos parciales, por lo que se inicia procedimiento criminal por el delito de “ultraje al pudor y las buenas costumbres”. El juez de primera instancia señala que las fotografías en cuestión son obscenas y contrarias a las buenas costumbres; se trata de pornografía y no persiguen fin artístico. Por lo tanto, encuadra dentro del delito de ultraje al pudor y las buenas costumbres ya que se trata de conductas de significación sexual a vista del público y que causan escándalo por afectar la moral social. El fallo es revocado porque no hay escándalo, ya que se trata de conductas social y masivamente toleradas. La decisión destaca que, tanto el uso en las playas y piscinas por las mujeres de trajes de baño de dos piezas (bikini), como los espectáculos revisteriles, ya son admitidos por la sociedad y no cabe concebir como un ultraje a las buenas costumbres. Las fotos que aparecen reproducidas en la revista, en opinión del tribunal, no constituyen desprecio a la moral que “actualmente se tiene” sobre estas materias ni escandalizan al público. Este tipo de publicaciones, si se miran “con un criterio actual”, no demuestran una finalidad obscena o pornográfica o lúbrica, pese a ser “audaces y humorísticas”. El tribunal hace suya la moral social mayoritaria para emitir una decisión justa. Los jueces activistas tienden a considerar las normas preexistentes como vivas y elásticas y verse a sí mismos como el alma del derecho.

El juez es el sumo intérprete del derecho y quien coordina el material del ordenamiento jurídico. Con la incorporación del derecho internacional al derecho doméstico el asunto se vuelve más interesante: hay que determinar la jerarquía del material normativo internacional; ¿rango superior, similar o inferior a la Constitución?²³.

Sobre la materia analizaremos una gama variada de casos: abusos a derechos humanos durante el gobierno militar; Convención de Derechos del Niño; OIT 169 indígenas, recursos naturales y medio ambiente y dentro del esquema OMC-GATT, tratados de libre comercio y derecho tributario chileno.

²¹ Carlos DUCCI C, *Derecho Civil: Parte General*, pp. 89-91.

²² RDJT 61 Nros. 7-8 (1964), sec. 4, p. 313. Corte de Santiago, Recurso de Apelación.

²³ Hay gran literatura en Chile sobre el tema, así que no abundaremos en el asunto.

III. *El derecho internacional, instituciones procesales y las violaciones a los derechos humanos durante el gobierno militar*²⁴

Los casos de abusos a los derechos humanos durante el Gobierno Militar son la aplicación más espectacular y notoria del derecho internacional en el ámbito doméstico chileno²⁵. Como los acuerdos internacionales tienen prevalencia sobre el derecho nacional, ciertas instituciones dejan de aplicarse, como la prescripción, la amnistía establecida por el Gobierno Militar (Decreto Ley 2.191/1978²⁶), la retroactividad o la legalidad penal, verdaderos dogmas jurídicos que se cuestionan producto de la justicia transicional²⁷. En Chile, los jueces han jugado un rol clave en este proceso y los dogmas penales han sido relativizados de manera que el *nullum crimen nulla poena sine legge* ya no es un principio absoluto. Instituciones procesales también se han visto afectadas. La cosa juzgada y el *non/ne bis in idem* son básicos en el proceso penal chileno.

1. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL CHILENO

Los crímenes cometidos durante el gobierno del general Pinochet claramente atentaban contra los más básicos valores reconocidos por la comunidad internacional. La tendencia es que esos delitos no pueden ser amnistiados ni indultados y la prescripción está prohibida. Estos crímenes

²⁴ Alexandra HUNEEUS, *Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn*, p. 99-135. También, Lisa HILBINK, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Existe un interesante artículo de Javier COUSO, *The politics on judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition: 1990-2002*, p. 70-91. Sobre la experiencia Argentina, Gabriel CHAVEZTAFUR, *Using International Law to By-pass Domestic Legal Hurdles*, pp. 1061-1073.

²⁵ Misma tendencia en la extradición de Alberto Fujimori, Corte Suprema, Rol 2.242-06. Sobre todo si se lo compara con el caso *Walter Rauff*, RDJ T 60 (1963), p. 112. Lo mismo, en derecho comparado, el caso *Chile con Arancibia Clavel*, Corte Suprema Argentina, Rol 259-2004. Comentado por Fabián Raimondo en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1082; AR 2004).

²⁶ En *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que la amnistía de 1978 era inconsistente con la Convención. Este fallo es habitualmente citado por tribunales chilenos.

²⁷ Jon ELSTER, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, p. 1. Hay variada literatura sobre la materia ya que es un fenómeno mundial; están los casos de Sudáfrica, varios países latinoamericanos, los países ex comunistas, etc.

de lesa humanidad son considerados como una violación del *ius cogens*²⁸, norma que se considera como universalmente obligatoria y absoluta²⁹. El ordenamiento jurídico chileno no estaba preparado para lidiar con violaciones a los derechos humanos de esta envergadura, para esa tarea, los jueces consideraron el derecho penal internacional³⁰ y el derecho humanitario³¹ más apropiados que el doméstico. Los jueces, usando sus

²⁸ Nuestra Corte Suprema se ha referido a las normas de *ius cogens* como “derecho perentorio internacional (que) implica el rechazo *in limine* por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad... Esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y que las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas... La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia... La doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad... Las reglas (de) *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo... si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción del *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado *núcleo duro de normas de ius cogens* de derechos humanos, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes*... las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno”. “Contra Pinto Pérez”, *Gaceta Jurídica* Nr. 321 (2007), p. 228. Casación Fondo.

²⁹ Karen PARKER, *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*, pp. 412 y ss.

³⁰ El derecho penal internacional prohíbe y sanciona atrocidades como genocidio, crímenes de guerra, crimen de agresión y crímenes en contra de la humanidad. Una introducción en *An introduction to international criminal law and procedure* (Robert Cryer y otros), CUP Cambridge, 2007. El tratado más representativo es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del cual Chile es parte desde el 2009. Una introducción a la Corte Penal Internacional en William A. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, CUP, Cambridge, 2007.

³¹ El derecho internacional humanitario regula el tratamiento de las personas en casos de conflictos internacionales o guerras civiles. Básicamente regulado en los Convenios de Ginebra (1949). Una introducción en *How does law protect in war?, Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law, Vol. I: Outline of International Law* (varios autores), International Committee Red Cross, Geneve, 2006.

facultades interpretativas, combinan todas las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento y llegan a esta conclusión. Los casos analizados reflejan esta tendencia.

El meollo del asunto es que los jueces, utilizando el derecho internacional, relativizan las garantías constitucionales. Roxin complementa y amplía el principio *nullum crimen...* incorporando todas las garantías constitucionales penales bajo esta fórmula: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta scripta praevia ed certa*. Esta formulación incluye la legalidad del delito y de la pena; la prohibición de la analogía; la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (y, obviamente para crear delitos); la proscripción de la retroactividad penal y la interdicción de leyes penales y penas indeterminadas (leyes penales abiertas y en blanco)³². Todas estas garantías que están claras en la Constitución se relativizan con la aplicación de normas de derecho internacional a abusos de derechos humanos, como examinaremos en varios casos.

*Vergara Toledo con Ambler Hinojosa (2010)*³³ es un fallo donde un dogma procesal penal es cuestionado y soslayado por la Corte Suprema utilizando la superior jerarquía del derecho internacional. En 1985, Eduardo y Rafael Vergara Toledo, dos activistas de extrema izquierda, fueron abatidos por la policía en un “confuso incidente”. El Segundo Juzgado Militar de Santiago sobreescribió el caso sin mayor investigación y sin buscar a los responsables³⁴. En 2003, la Corte Suprema reabrió el caso por nueva evidencia y designó como Ministro en Visita a Carlos Gajardo Galdames. El magistrado rápidamente descubrió que la evidencia había sido manipulada y una de las víctimas había sido ejecutada de un tiro en la cabeza a corta distancia. Los acusados arguyeron como defensa la prescripción penal y cosa juzgada³⁵. Después de un largo juicio, la Corte Suprema sostuvo que, desde 1973, el país había vivido bajo estado de emergencia, con derechos políticos y civiles restringidos y persecuciones políticas. Si bien esta situación no es exactamente un “conflicto armado no-internacional” descrito por el derecho humanitario, se aproxima mucho a esta definición. La Corte considera que las nociones legales evolucionan con el tiempo y las Convenciones de Ginebra no consideraron un escenario como el chileno.

³² Klaus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 134-175.

³³ SCS Rol 7.089-2009, recurso de casación comentado por Rodrigo CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1946; CL 2010).

³⁴ Segundo Juzgado Militar de Santiago, Rol 351-1985.

³⁵ Ver el caso *Sandoval*, Rol 517-2004. LAFONTAINE, F., *No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile*, (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice*, p. 469-482. Comentado por Ximena FUENTES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 394; CL 2004).

Sin embargo, las nociones de guerra interna y crímenes de lesa humanidad han sido actualizadas por el *ius cogens* y nuevos tratados sobre derecho humanitario y derecho penal internacional. Por ejemplo, dentro de los últimos, el Art. 1(b) de la Convención ONU sobre la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (1968)³⁶; Art. 7 del Estatuto de Roma/Corte Penal Internacional (1998)³⁷ y el Art. 7 del Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda (1994)³⁸. Todos estos textos reconocen la posibilidad de que crímenes de lesa humanidad pueden producirse en ausencia de conflicto bélico. En opinión de la Corte, éste es el caso y la imprescriptibilidad es la regla general. El asunto de la cosa juzgada es aun más interesante. La Corte Suprema remarcó la idea que el juez militar no realizó una investigación exhaustiva y carecía de imparcialidad. Por lo tanto, la excepción de cosa juzgada no es una defensa válida. La cosa juzgada es una institución sagrada en Chile porque es considerada como garantía de la seguridad jurídica y la paz social. La cosa juzgada es asociada con el *non/ne bis in idem*, especialmente importante cuando el acusado es absuelto. Una institución tan indiscutida pudo ser soslayada sólo por las normas de derecho internacional. El hecho curioso es que la Corte parece basar su fallo en el “espíritu” de los Arts. 9 y 10 del Estatuto de Roma, el cual no estaba aún ratificado por Chile al momento de los hechos. La cosa juzgada y el *non bis in idem* aparecen en muchos

³⁶ “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las ‘infracciones graves’ enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos”. No está aún ratificado por Chile, la Corte lo aplica en calidad de norma de *ius cogens*.

³⁷ Define cuáles son los crímenes de lesa humanidad incluyendo desaparición forzada de personas, tortura, persecución de un grupo por razones políticas, violaciones, y otros actos inhumanos. El Art. 20 establece la imprescriptibilidad.

³⁸ Regula la responsabilidad penal de los individuos que han infringido las Convenciones de Ginebra (1949), las violaciones a los tratados o costumbres que regulan la guerra, y los que han perpetrado crímenes de lesa humanidad. Obviamente la Corte aplica esta regla como norma de *ius cogens*.

tratados de derechos humanos³⁹, pero no es absoluto y los crímenes de lesa humanidad, cuando son juzgados durante períodos de anormalidad, son la excepción. La Corte pone énfasis en que el Estado tiene el deber de investigar este tipo de violaciones a derechos humanos. El Máximo Tribunal parece entender que el ordenamiento jurídico chileno es un organismo vivo y la interpretación del derecho debe considerar la evolución de las sociedades.

Otro caso paradigmático es *Urrutia Villa con Ruiz Bunger (2009)*⁴⁰. En 1975, David Urrutia, un militante comunista, fue arrestado por agentes de la Fuerza Aérea. Detenido en una prisión clandestina, ubicada en una base de la Fuerza Aérea, fue interrogado bajo tortura y “desaparecido”. En 1995, sus restos fueron encontrados en instalaciones del Ejército. La Corte Suprema lo calificó como un crimen de lesa humanidad. En consecuencia, la prescripción y la amnistía no son aplicables incluso si a la fecha del delito el Tratado ONU sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (1968) no había sido ratificado por Chile. Las normas del tratado eran ya *ius cogens* en ese momento, que el tratado sólo cristalizó, y por lo tanto obligatorios según los Arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). La Corte sostuvo también que las Convenciones de Ginebra (1949)⁴¹ son siempre aplicables ya que un golpe de Estado es “un acto de guerra”. El Máximo Tribunal cita el caso *Barrios Altos* de la Corte Interamericana y señala que la amnistía chilena de 1978 (*Decreto Ley Nr. 2.191/1978*⁴²) y la prescripción son inaplicables⁴³. La Corte implícitamente declara que la prohibición de la irretroactividad penal (*lex retro non agit; nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*), un derecho constitucional (Art. 19 Nr. 3.7), no puede ser aplicada de manera estricta. La costumbre tenía un rol accidental en derecho penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), pero ahora parece estar en el centro de la discusión⁴⁴. El Gobierno

³⁹ Art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 4 Séptimo Protocolo, Convención Europea de Derechos Humanos; Arts. 17 (b) y 20 del Estatuto de Roma.

⁴⁰ SCS Rol 4.691-2007, Recurso de Casación.

⁴¹ En especial el Art. 3 de la Tercera Convención de Ginebra (ratificado por Chile en 1950), sobre el tratamiento a prisioneros de guerra, y el Protocolo II (1977), sobre protección de víctimas en conflictos armados no internacionales (ratificado por Chile en 1991).

⁴² Sobre la ley de amnistía chilena, ver SCS Rol 3125-04 “Contra Pinto Pérez”, Recurso de Casación, previamente analizado. Comentada por Ximena Fuentes en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1093; CL 2007).

⁴³ “*Barrios Altos con Perú*”, referido a la Ley Peruana de Amnistía, Ley 26.492/1995.

⁴⁴ Un análisis desde el punto de vista del *civil* y *common law*, en BARBOUR, Stephanie A., ‘Retroactivity Revisited: Justice After Normalized Violence’, *Trinity C.L. Rev.* Vol. 9

Militar publicó una Ley de Amnistía en 1978, que cubría todo los actos criminales de violencia política entre 1973-1978. Al mismo tiempo, todos los crímenes eran prescriptibles desde el punto de vista del derecho doméstico chileno. Después del retorno a la democracia, algunos jueces siguieron la “Doctrina Aylwin”, que permitía a los tribunales investigar los hechos para descubrir la verdad antes de declarar la amnistía y/o la prescripción. Después de 1998, los tribunales comenzaron a sortear la amnistía y la prescripción utilizando normas de derecho internacional. Todos estas sentencias lidian con aspectos de legalidad penal, (ir)retroactividad y el valor de la costumbre en materia penal. Parece que el principio *nullum crimen* no es ya absoluto. Muchos agentes de la DINA, y su heredera la CNI, han sido procesados y condenados soslayando ese principio en base al derecho internacional.

2. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado ha sufrido modificaciones importantes en los últimos 20 años. En la década de los 90 la Corte Suprema se inclinaba por la teoría de la responsabilidad de bases constitucionales, objetiva e imprescriptible. Con el nuevo milenio esta tendencia cambió y la corriente es la falta *del* servicio y la prescriptibilidad y la aplicación supletoria del derecho civil⁴⁵. En materia de prescripción y responsabilidad estatal, el problema de fondo es la supletoriedad del Código Civil y la aplicabilidad de los Artículos 2495 (la prescripción corre a favor y en contra del Estado) y 2332 del Código Civil (cuatro años de prescripción en acciones de responsabilidad extracontractual) a asuntos de derecho público. La opción es, o consideramos el derecho público como un área autónoma y cerrada, o podemos complementarlo con el derecho civil “pidiendo prestadas” algunas de sus reglas⁴⁶. Entonces el problema puede ser regulado, para algunos, sólo por las normas constitucionales y administrativas y, para otros, con la concurrencia de las reglas civiles sumadas a las primeras. ¿Qué sucede si, junto al ordenamiento autóno-

(2006), p. 28-48. Una explicación general en MOKHTAR, Aly, ‘Nullum crimen, nulla poena sine lege: aspects and prospects’, *Statute Law Review Vol. 41 (2005)*, pp. 41-75.

⁴⁵ Para una comparación entre ambos sistemas Eduardo SOTO KLOSS, Es la ‘falta de servicio’ el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración, pp. 103-ss. Del mismo, *Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro inserto extranjerizante*, pp. 95-ss.

⁴⁶ Alejandro VERGARA BLANCO, *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como derecho común*.

mo de derecho público y a las posibles normas complementarias civiles, concurren normas de derecho internacional? Los casos que comentamos versan sobre las consecuencias patrimoniales de esas violaciones a derechos humanos donde concurren normas de derecho internacional. La controversia discurre sobre si el “elemento internacional” característico de los crímenes de lesa humanidad se comunica a las repercusiones pecuniarias de dichos delitos, lo que a su vez influye en la prescriptibilidad de la responsabilidad estatal. Este fallo va al meollo del asunto, discutiendo las bases del derecho público y su contraste con el derecho privado y la influencia del derecho internacional⁴⁷.

Un ejemplo es *González Norambuena con Arellano Stark (2008)* o también llamado *Incidente de San Javier*⁴⁸. En 1973, varios individuos fueron secuestrados por militares, ejecutados y “desaparecidos”. Junto con el proceso penal, las familias solicitaron una indemnización. Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones decidieron que la acción civil estaba prescrita según las reglas del Código Civil. La Corte Suprema falló que la responsabilidad estatal se había originado en un crimen de lesa humanidad. Éste se cometió por funcionarios estatales en un período de anormalidad institucional. En opinión de la Corte, la prescripción del Código Civil es una regla de derecho privado que no se aplica a la responsabilidad del Estado. Un caso como éste debe decidirse conforme a normas de derecho público, especialmente principios de derecho internacional.

Un segundo caso es “*Contra Corbalán Castilla y otros*”, también llamado *Episodio Juan Soto Cerda*⁴⁹. En 1981 en la ciudad de Talca, la CNI montó un operativo en el cual resultaron detenidos cuatro individuos, los que fueron trasladados por agentes al Cuartel Borgoño. Posteriormente, se diseñó un plan para ejecutar a los detenidos simulando un “enfrentamiento”. Este plan consistió en robar un vehículo a un taxista y trasladar en él a los detenidos hasta las inmediaciones del camino Las Vizcachas, donde los cuatro detenidos fueron ejecutados y el automóvil incendiado. De esta manera, se fabricó un “enfrentamiento” entre personal de la CNI y estos cuatro supuestos “subversivos” para encubrir las ejecuciones. Así fue la “versión oficial” entregada por la CNI a los medios de prensa. La Corte de Santiago y la Corte Suprema confirmaron las condenas penales

⁴⁷ Alejandro VERGARA BLANCO, *La Summa Divisio Iuris Público/Privado de las disciplinas jurídicas*, pp. 115-ss. También Rodrigo CÉSPEDES PROTO, *La división del derecho en público y privado en la jurisprudencia judicial y administrativa chilena* (The public/private law division in the Chilean case law), pp. 79-130.

⁴⁸ SCS Rol 4.723-2007, Recurso de Casación.

⁴⁹ SCS Rol 3.841-2012, Recurso de Casación.

de los victimarios (homicidio calificado, catalogado como crimen de lesa humanidad). Paralelamente, el ministro de fuero acogió la demanda civil en contra de los delincuentes y el Estado, la que fue confirmada por la Corte de Santiago. Los ex agentes y el Fisco interpusieron casación en el fondo contra dicha sentencia. La segunda sala de la Corte Suprema rechazó un recurso de casación y condena al Fisco y a cuatro ex integrantes de la CNI a pagar una indemnización a familiares de ejecutados políticos. La condena penal había declarado que los crímenes eran de lesa humanidad, por lo tanto, imprescriptibles. Esta característica se comunica a la acción compensatoria. En consecuencia, las reglas civiles no son aplicables por contrariar la normativa internacional, que es parte del ordenamiento jurídico chileno a través del Artículo 5.2 de la Constitución. Por consiguiente, dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatorio e incoherente con la unidad del ordenamiento jurídico. La Corte estima que la prescripción regulada por el Código Civil no puede aplicarse por analogía a la Administración, que se rige por el derecho público. Agrega que no hay norma alguna que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; en ausencia de ellas, no es posible aplicar normas del Código Civil a la Administración. Utilizar el derecho civil como derecho común supletorio para la responsabilidad del Estado derivada de crímenes de lesa humanidad sería desproporcionado. El Artículo 4° del Código Civil, previó el desarrollo de otras ramas del derecho con principios propios, que se aplicarán “con preferencia a este Código”. Por lo tanto, el Código Civil es (sólo) supletorio para el derecho privado. El legislador moderno ha preferido descodificar a través de legislación especializada para adoptar, de manera más dinámica, la regulación de nuevas realidades o situaciones emergentes. El derecho público en general y el administrativo en particular han desarrollado principios y normas especiales (a modo de descodificación material) con postulados diversos y, a veces, en pugna con los del derecho privado. El derecho público es una rama emergente, definida y representativa de la supremacía de la finalidad centrada en la dignidad de la persona humana a quien el Estado debe servir. Consecuencialmente, el derecho público se aparta de los postulados del derecho privado y deben reconocerse igualmente sus particularidades. La falta de una regulación general de la prescripción en materia de derecho público impone al juez integrar la normativa existente. Podrá aplicar la analogía en el evento que el problema a resolver esté sujeto a iguales directrices. Pero, al no responder (el derecho público) a iguales paradigmas, la analogía es imposible y debe integrarse con los principios generales del área respectiva; en este caso, principios del derecho administrativo y del internacional público y no

del derecho civil. Los principios generales del derecho (en virtud de los Artículos 170.5 del Código de Procedimiento Civil y 38(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos. La normativa internacional no se limita a la reparación a Estados o grupos poblacionales, sino que a personas individualmente consideradas; reparación que se impone a los autores de los crímenes y al mismo Estado infractor. Las diferencias entre el derecho público y el privado, la formación de principios generales del derecho y, en este particular caso, la influencia del derecho internacional en el derecho doméstico influyen en el régimen de responsabilidad del Estado. El Estado cuenta con un tamaño y con unas potestades “peligrosas” para los derechos de las personas si no se lo controla. El Tribunal señala que, para que el Estado responda, sólo es necesario que exista un acto u omisión; daño y relación de causalidad entre los anteriores⁵⁰. Este fallo sigue la tendencia de *González Norambuena con Arellano Stark*, anteriormente comentado, que declara la responsabilidad estatal como objetiva e imprescriptible y regulada íntegramente por el derecho público (no extracontractual ni civil), con bases constitucionales y, en este caso, internacionales⁵¹. El fallo sostiene claramente que las reglas aplicables al Estado son especiales y distintas a las del sector privado. La sala penal ha sido consistente en este predicamento⁵², desafiando a la tercera sala e

⁵⁰ Como señala Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, pp. 244-ss.

⁵¹ La casuística, con una análisis de las normas internacionales, puede encontrarse, Gonzalo AGUILAR CAVALLO, *Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en Casos de Violaciones de los Derechos Humanos*, pp. 7-36.

⁵² Recientemente, ver la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema en el *Episodio de Tejas Verdes*, Rol 1424-13. “la alegación de prescripción de la acción civil debe ser rechazada, porque la responsabilidad del Estado que se pretende hacer efectiva deriva, por un lado, de la comisión de hechos ilícitos por parte de sus agentes y, por el otro, de normas constitucionales precisas y de leyes de igual rango, que han sido incorporadas al Ordenamiento Jurídico Nacional, como lo son las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquel relativo a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos... tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental... Cabe además agregar que las prescripciones del Derecho Privado, por regular una institución jurídica extintiva de responsabilidad, no es posible aplicarlas por analogía a la Administración, la que se rige por el Derecho Administrativo, integrante del Derecho Público. En este sentido debería justificarse por la demandada la existencia de

incluso al pleno⁵³. La teoría de la falta *del* servicio aquí queda “corta”. No es que la actividad estatal fue deficiente porque funcionó bajo determinados estándares; aquí los agentes de la CNI actuaron abiertamente contra los principios humanitarios más elementales en una acción coordinada y premeditada engañando a la opinión pública. Incluso para casos menos dramáticos, nuestros tribunales incipientemente ya han aplicado normas internacionales a este tipo de problemas, inclusive a casos de responsabilidad estatal no derivada de violaciones masivas a derechos humanos⁵⁴. La Corte señala que, por intermedio del Artículo 5.2 de la Constitución, el poder público es limitado por todos los derechos que forman parte del acervo cultural de la humanidad, que están por sobre la soberanía. La costumbre internacional ha impuesto el principio de que todo daño debe ser indemnizado, reconocido anteriormente por la Corte Suprema en “*Lauritzen con Fisco*”⁵⁵. Los Artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que recogen la norma internacional consuetudinaria, ordenan que la responsabilidad por esta clase de ilícitos quede sujeta al derecho internacional. Nuestra Corte Suprema cita a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en que se decide que la obligación de reparar a las víctimas por esos ilícitos emana del derecho internacional y los Estados no pueden excusarse con normas de derecho interno, como la prescripción (en este caso, invocando las reglas del Código

alguna norma que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado o de sus órganos institucionales, puesto que, precisamente, en ausencia de ellas, no corresponde aplicar normas del Código Civil a la Administración considerándolo como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico. Pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad internacional del Estado derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, resulta hoy desproporcionado, por cuanto no obstante la innegable importancia del legendario Código Civil, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el citado Código reconoce, al estipular en el Artículo 4° (Considerandos 11 y 12).

⁵³ SCS Rol 10.665-2011 del 21 de enero de 2013, “*González Galeno*” (hay votos de minoría). La mayoría sostiene que la responsabilidad del Estado es prescriptible según el Código Civil y la imprescriptibilidad de la acción no se comunica a la acción patrimonial.

⁵⁴ Corte de San Miguel (2008) Rol 660-2007, “*Cumsille con Fisco de Chile*”.

⁵⁵ *RDJT* 52 Nro. 9-10 (1955), sec. 1, p. 444. Corte Suprema. Se discute la indemnización a armadores daneses por privarlos temporalmente del goce de sus naves (“derecho de angaria”, una institución de derecho internacional público distinta a la requisición y la captura bélica) en atención a las dificultades que trajo la Segunda Guerra Mundial al tráfico marítimo y al abastecimiento. La Corte señala que la fuente de la obligación de indemnizar no proviene del contrato o de la responsabilidad extracontractual y se basa en principios de derecho internacional público. En el fondo, se impuso una carga pública en forma desigual, con efectos similares a una expropiación, y debía compensarse el desequilibrio.

Civil). El Artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados sostiene la misma idea. Nuestros tribunales⁵⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷ han sostenido incluso que el Estado tiene el deber y es responsable de investigar diligentemente este tipo de infracciones. El derecho internacional, por su superior jerarquía, puede ser usado para soslayar determinadas instituciones como la prescripción o la amnistía. Al mismo tiempo, los precedentes de cortes internacionales altamente persuasivas para interpretar el derecho doméstico.

La sala penal de la Corte Suprema mantiene el mismo criterio en su sentencia sobre el caso "*Torres de San Borja*"⁵⁸. Los hechos son también dramáticos. En 1973, de noche y comandados por oficiales, militares de la Escuela de Suboficiales del Ejército ingresan por la fuerza a diversos departamentos de la Torre San Borja. Allí, privaron de libertad sin causa legal a varias personas (algunos de nacionalidad argentina) con el propósito de ejecutarlos. Son conducidos por los soldados a un recinto clandestino de detención (Casa de la Cultura de Barrancas) hasta la noche del día siguiente. Las víctimas son sacadas del centro de detención por orden del oficial a cargo a un sector despoblado. Allí se ordena a las víctimas que "huyan" para simular una "fuga". Se les disparan, uno por uno, ráfagas de metralleta por la espalda. Los cadáveres son trasladados por otros militares al Servicio Médico Legal, ente que practica las autopsias en las que se establece y confirma la causa de las muertes. El Máximo Tribunal señala que la prescripción no es aplicable en crímenes de lesa humanidad. La imprescriptibilidad de la acción penal se comunica a la civil. En opinión de la Corte, cualquier distinción en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado es discriminatoria y contraria a la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico. Una interpretación diferente sería absurda y contraria al derecho internacional de los derechos humanos. Ésta integra el ordenamiento jurídico chileno en virtud del Artículo 5 de la Carta Magna. Por normas internacionales las víctimas y otros legítimos titulares tienen derecho a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos. La prescripción del Derecho Privado no es posible aplicarla por analogía a la Administración, la que se rige por el Derecho Administrativo, integrante del Derecho Público. No hay norma alguna que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones enca-

⁵⁶ Corte de San Miguel, Rol 660-2007 del 9 de Septiembre de 2008, "*Cumsille con Fisco*". El fallo destaca que el Estado tiene el deber de investigar cuando sus agentes infringen derechos fundamentales. La investigación no es una carga que recaiga en los individuos.

⁵⁷ "*García Lucero con Chile*" (2013).

⁵⁸ SCS Rol 2918-2013, "*Contra Urrich González y otros*", Recurso de casación.

minadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y, en ausencia de ésta, no corresponde aplicar normas del Código Civil a la Administración. Este cuerpo legal no es un derecho común supletorio a todo el derecho público.

Los dos últimos casos ya marcan una tendencia en materia de incorporación del derecho internacional al derecho doméstico chileno en general y también en cuanto al debate sobre el régimen de la responsabilidad estatal y la supletoriedad del derecho privado en asuntos de derecho público.

IV. Derecho internacional y casos no relacionados con abusos a los derechos humanos durante el Gobierno Militar

Los tratados de derechos humanos tratan diferentes materias y es lógico que influyan en otras áreas del derecho, menos visibles que las violaciones a los derechos humanos durante el Gobierno Militar. Analizaremos en especial derechos del niño, derechos de los indígenas y derechos derivados de tratados de libre comercio bajo el marco OMC-GATT.

1. DERECHOS DEL NIÑO

La ratificación en 1993 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) generó una cadena de reformas del Código Civil y la legislación de familia y de menores. Los jueces comenzaron a aplicar nociones como el interés superior del niño y autonomía progresiva regularmente. Por ejemplo, en *Laurie Sáez con San José School*⁵⁹. En este caso, una escuela privada consideraba dentro de su reglamento un promedio mínimo (5,5) como condición para continuar en el mismo colegio. Un estudiante no obtuvo el promedio mínimo por un decimal (5,4); como consecuencia, la escuela notifica que la matrícula no sería renovada para continuar. La madre del estudiante, Gloria Andrea Laurie Sáez, recurre de protección en contra de la decisión del colegio basada en los Artículos 3, 27 inc. 1° y 28 de la Convención de los Derechos del Niño. La defensa del colegio se basa en la deficiente hoja académica del estudiante y en aspectos contractuales, en particular el reglamento interno que exige para todos los alumnos un promedio de 5,5. La Corte sentencia que la no renovación de la matrícula es un acto arbitrario, basada en el principio del interés

⁵⁹ Recurso de Protección, Rol 59-2011. Comentada por Rodrigo CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1728 CL 2011).

superior del menor y el Artículo 19 Nro. 2 de la Constitución (igualdad y prohibición de la discriminación). El Tribunal enfatiza que lo académico no es el único factor a considerar y que, en conjunto, su rendimiento está “en el límite de lo aceptable”; por lo tanto, los derechos del menor han sido violados. En opinión de la Corte, los niños son especialmente vulnerables, poseen directamente todos los derechos de un adulto y no son personas meramente incapaces representadas por los mayores. El Tribunal estima que la Convención no es una mera declaración de intenciones, sino un tratado que compromete al Estado en su conjunto y que genera efectos vinculantes. Este acuerdo internacional contiene reglas claras que generan deberes jurídicos y no provisiones vagas. El Tribunal sostiene que el “interés superior del menor” es un principio clave tanto para interpretar el derecho como para integrar vacíos legales y que el significado de este principio es simple: la completa satisfacción de los derechos del menor y su prevalencia sobre cualquier interés o beneficio colectivo o utilitario. El Tribunal considera que el menor está creando su propia identidad en esa escuela, pues es un “sujeto en desarrollo” y es en su mejor interés que este ambiente no cambie si no hay un motivo relevante. La eventual expulsión debería ser el último recurso y en este caso la medida ha sido desproporcionada y ejecutada en forma automática sin ninguna reflexión ni razonabilidad. Finalmente, la Corte estima que el estudiante fue tratado como un objeto y no como una persona vulnerable que necesita protección. Además, hay un trato discriminatorio con respecto a los demás estudiantes que infringe el principio de igualdad. Este fallo demuestra que el derecho internacional, en especial en materia de derechos humanos, puede jugar un rol protagónico en la resolución de un caso judicial. La aplicación doméstica de la Convención de los Derechos del Niño muchas veces pasa inadvertida por tratarse de asuntos “domésticos”. Conceptos como el “interés superior del menor” o la “autonomía progresiva” se aplican por los tribunales habitualmente. La jerarquía superior de la Convención es evidente así como su carácter de *self-executing hard-law*. El principio de la libertad contractual y la libertad de enseñanza se encuentran, por tanto, restringidos y ceden ante derechos más importantes o más severamente afectados. La libertad o autonomía garantizadas tienen un límite: si su ejercicio es abusivo, cae en lo arbitrario. Los colegios tienen autonomía y pueden “organizarse” según una filosofía educacional propia e impartir disciplina, pero acorde con los principios jurídicos elementales y las limitaciones clásicas. La educación no es un simple “negocio”; se trata de una necesidad pública suministrada por el Estado y por colegios privados en un “marco de derecho público”. Por lo anterior, el contrato y el reglamento escolar deben interpretarse armónicamente de acuerdo a normas de más alto rango, derivadas de la

Constitución⁶⁰ y los tratados internacionales. El ordenamiento jurídico está integrado por fuentes de diversa jerarquía y la interpretación de las reglas inferiores debe ser consistente con las normas superiores (si hay abierta oposición, priman las últimas). La decisión jurisdiccional debe construirse de manera que no exista contradicción entre las normas de diverso nivel. El Art. 19 Nro. 10.2 indica que la educación tiene por fin “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida”; la Corte parece tomar en cuenta este objetivo al indicar que lo académico es sólo una parte del proceso formativo. De esta manera, el Tribunal utiliza una interpretación *funcional* o *finalista* y por lo tanto, progresiva. El resultado no sería razonable, conveniente ni justo si se aplica literalmente el contrato y el reglamento escolar. El “interés superior del menor”, su prioritario y ulterior bienestar, es una noción central en la decisión.

En un sentido similar, en “*Liceo Augusto D’Halmar*”⁶¹ aplica el principio del interés superior del menor a asuntos de disciplina escolar y debido proceso. El liceo Augusto D’Halmar canceló las matrículas de varios alumnos por haber participado en sucesivas “tomas” del colegio, lo que ocasionó daños de cierta envergadura en la infraestructura. El sostenedor del liceo es la Corporación de Desarrollo Municipal de Ñuñoa. Los recurrentes accionan contra el Alcalde, el Director de la corporación educacional comunal y el Director del liceo estimando que el acto administrativo que cancela la matrícula es una simple represalia que, además, no cumple con las exigencias del manual de convivencia escolar, por cuanto no se explicitan claramente los motivos de la decisión, no existió posibilidad de plantear descargos ni recurrir administrativamente frente a la medida disciplinaria. En su opinión, los derechos vulnerados son la igualdad y no discriminación, el derecho de propiedad y el debido proceso, en particular, el derecho a no ser juzgados por comisiones especiales, imprecisión en los cargos imputados e indefensión. La decisión es, por tanto, arbitraria por ser caprichosa, desproporcionada y carente de justificación racional. Asimismo, consideran ilegal la medida, ya que infringe la Ley N° 19.532 y el DFL N° 2/1998 que prescriben directamente un justo y racional procedimiento en la imposición de sanciones. El Director del liceo, a su vez, señala que la ocupación del liceo fue ilegal, ocasionó graves daños a la infraestructura y los estudiantes fueron varias veces desalojados por Carabineros. Agrega que en algunos casos se utilizó la figura de la “repetencia” para expulsarlos, por factores “estrictamente académicos”, no relacionados

⁶⁰ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, RDJ T 93 N° 3/1996, pp. 107-ss.

⁶¹ SCS Rol 3.279-2012, Recurso de protección.

con las tomas. El reglamento interno establece normas para estudiantes y apoderados que en ningún caso son ilegítimas y contiene las sanciones de condicionalidad, suspensión y cancelación de matrícula. La Corte de Apelaciones de Santiago da lugar al recurso con costas, deja sin efecto la cancelación de matrícula, ordena el reintegro de todos los alumnos sancionados y su acceso a la matrícula para el año 2012. La Corte destaca que los recurrentes son menores y el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) prescribe que el interés superior del menor es la consideración primordial en todo tipo de medidas que los afecten. Este tratado es parte del ordenamiento jurídico chileno en virtud del Art. 5° de la Constitución. En este caso, el interés superior del niño tiene prioridad sobre cualquier otra consideración en la resolución en todo tipo de conflictos entre estudiantes menores y autoridades educacionales. El Tribunal estima que si bien los establecimientos educacionales gozan de cierta autonomía, no pueden castigar a menores por medio de un tribunal *ad hoc* infringiendo derechos fundamentales como la igualdad o afectando su derecho a la educación. El tribunal agrega que todo tipo de medidas sancionatorias deben interpretarse restrictivamente y aplicarse con estricto apego a la ley. La Corte finaliza señalando que el mérito para sancionar estudiantes debe perseguir fines constitucionalmente válidos, respetando los derechos fundamentales en general, así como hacer eficaz el derecho a la educación, cuyo fin es aun más trascendente: la protección del menor. Las sanciones aplicadas importan un castigo abusivo y desproporcionado, sin que se divisen beneficios para los menores o la sociedad en general. El interés superior del menor es para la Corte de Apelaciones el criterio para resolver el asunto. La Corte Suprema confirma la sentencia apelada, pero elimina algunos considerandos (4-7). El Máximo Tribunal centra su decisión en infracción de la igualdad. En este caso, todos los estudiantes se encontraban en una situación similar; sin embargo, la autoridad escolar decidió sancionar a unos pocos sin ninguna base racional. De esta manera, claramente se los está discriminando. La segunda idea que funda el fallo es el debido proceso. En efecto, es claro que la imposición de sanciones no fue precedida por una investigación disciplinaria donde los estudiantes pudieran ejercer un efectivo derecho a defensa y recursos en contra del castigo frente a una autoridad jerárquica imparcial. La sanción no determina en qué forma los estudiantes participaron en la “toma” o los daños a la infraestructura. La carencia de procedimiento y de justificación de la decisión constituye una arbitrariedad. Esta arbitrariedad es reforzada porque la cancelación de matrícula fue notificada verbalmente y justificada en la “repetencia” y en la falta de asunción de responsabilidad por parte de los apoderados por los daños producto de la toma. El Máximo

Tribunal equipara arbitrariedad a la falta de un justo y debido proceso. El principio de interés superior del menor consagrado en la Convención de Derechos del Niño adquirió suma relevancia en el fallo.

Similar, pero referido a tratamientos médicos a menores de edad, es el caso *R.L.G.N.*⁶². La Corte de Apelaciones de Valdivia decidió que si un menor es suficientemente maduro, puede legítimamente rechazar un tratamiento médico. El menor en cuestión padecía de leucemia. Luego de un período de remisión, la enfermedad retornó con mayor agresividad. Los médicos recomendaron una quimioterapia más agresiva que la precedente y la amputación de un testículo. El menor, con la venia de su familia, rechazó someterse al tratamiento. Un juez de familia intervino y forzó el tratamiento. La Corte de Valdivia revocó la sentencia y sostuvo que el paciente era suficientemente maduro (11 años) para apreciar las consecuencias del tratamiento, que ya había experimentado. La Corte estimó que la legislación no regulaba un caso semejante y que este vacío podía ser llenado con el principio de autonomía progresiva consagrado en la Convención de los Derechos del Niño⁶³.

Las potestades del juez para resolver conforme a derecho le dan relevancia al derecho internacional en la decisión de un caso concreto. Es el juez quien establece la prelación de fuentes. En estos fallos, el razonamiento principalmente se centra en principios de derecho internacional.

2. DERECHO AMBIENTAL, RECURSOS NATURALES E INDÍGENAS

El derecho ambiental ha experimentado una gran expansión desde los años 80. Los derechos de las minorías indígenas han estado en la discusión los últimos años. Ambos temas tienen una enorme influencia del derecho internacional de los derechos humanos. La Convención OIT 169 sobre pueblos indígenas fue ratificada por Chile en 2008. Este tratado ha jugado un importante rol en disputas sobre medio ambiente, recursos naturales y materias penales. Analizaremos casos donde es claro que los individuos y las comunidades son titulares de derechos establecidos en tratados. La OIT 169, en opinión de los jueces chilenos, amplía las garantías domésticas.

⁶² Corte de Valdivia, Rol 103-2009. Comentada por Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009*, pp. 399-440.

⁶³ Es similar al caso inglés *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (HL).

Entonces, el derecho internacional sirve para complementar instituciones nacionales. En otros casos, el derecho internacional está en oposición al doméstico, y prevalece porque el juez lo estima de superior jerarquía.

*Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana (2009)*⁶⁴ es un caso representativo de las consideraciones anteriores. En el norte de Chile, los aymarás, una etnia indígena, han vivido por siglos. El agua naturalmente es escasa y esencial para sobrevivir. Dos comunidades contiguas (*Chusmiza* y *Usmagana*) habían utilizado un manantial por siglos. Una empresa embotelladora de agua mineral (*Agua Mineral Chusmiza SAIC*) creó una planta embotelladora cerca de la fuente de agua y registró el 100% de los derechos de agua. Cuando las comunidades indígenas intentaron registrar sus propios derechos la empresa se opuso argumentando que la protección concedida por la ley indígena se extendía sólo a los manantiales ubicados dentro de la propiedad indígena. Los indígenas estimaron que sus derechos establecidos en la OIT 169 fueron violados. La Corte Suprema chilena sostuvo que los derechos indígenas fueron violados. El Máximo Tribunal señala que el registro de los derechos de agua puede ser concedidos por acto de autorización o por uso inmemorial. En el caso de los indígenas, el registro de sus derechos de aguas es una formalidad por vía de prueba, un simple reconocimiento de un derecho creado mucho tiempo atrás. Por lo tanto, la falta de registro no es un obstáculo para el goce de derechos de aguas por parte de la comunidad indígena, el cual se creó antes del nacimiento del Estado chileno. En cuanto a la provisión de la Ley Indígena debe interpretarse en concordancia con la Convención OIT 169 (Arts. 13-19). Para ese propósito, propiedad o territorio indígena debe entenderse como “la tierra que perteneció a los indígenas antes de la Colonización”. En este caso, el tribunal interpreta una regla doméstica en consonancia a una norma internacional, ampliando su ámbito de aplicación.

Otro caso significativo es *Puelman Nanco con COREMA Región de la Araucanía (2010)*.⁶⁵ En Chile, todo proyecto debe someterse a *Evaluación de Impacto Ambiental* bajo la Ley 19.300 sobre medio ambiente. En este caso, una piscicultura cerca de la *Comunidad Indígena Palguín Bajo* inició este procedimiento para instalarse. Como parte del procedimiento se hizo una consulta general a la comunidad y finalmente a la COREMA (*Comisión Regional del Medio Ambiente*). El líder de la comunidad indígena cuestionó la legitimidad de la medida basado en que el proyecto podría contaminar

⁶⁴ SCS Rol 1.705-2009, Recurso de Casación. Comentada por Rodrigo CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1881 CL 2009).

⁶⁵ SCAA de Temuco, Rol 2.840-2008, Recurso de Protección.

un lugar de culto. Se invoca como garantías violadas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y libertad religiosa. La Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que la Convención OIT 169 (Art. 6) establece un paso procesal adicional en el sistema de impacto ambiental, la consulta específica a indígenas, modificando la normativa nacional. Este paso adicional es obligatorio para la Administración. Los derechos establecidos en la ILO 169 pueden ser invocados directamente por los individuos. La Corte estima que los indígenas son grupos vulnerables y que la ILO 169 creó una suerte de discriminación positiva. No obstante, la Corte Suprema revocó la sentencia porque los derechos de los indígenas no fueron directa y seriamente violados⁶⁶.

La Corte Suprema chilena cambió esta jurisprudencia y ha adoptado la interpretación de la Corte de Apelaciones de Temuco en dos casos recientes. El primero trata de un complejo de molinos de vientos para producir electricidad en el sur de Chile, *Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos (2012)*⁶⁷. La Corte Suprema sostuvo que la Convención OIT 169 establece un paso adicional en el procedimiento administrativo ambiental que pueda afectar comunidades indígenas. Al no considerar este paso extra, el acto administrativo que aprobó el proyecto torna la decisión en ilegal. La consulta a los indígenas no sólo debe informarles, sino también darles la posibilidad de influir y moldear el proyecto, lo que no se cumplió en este caso. Lo mismo en *Comunidad Indígena Aymará de Cultane con Corema de Tarapacá (2012)*, sobre la autorización ambiental de un proyecto minero⁶⁸. En opinión de la Corte, el Art. 6 de la OIT 169 exige a los Estados la consulta a los pueblos indígenas en cada medida legislativa o administrativa que pueda afectarles.

V. Tratados de libre comercio y sistema tributario

Desde los años 70 Chile ha liberalizado su economía. La consecuencia obvia para el comercio exterior es la disminución y eliminación de trabas y tributos⁶⁹. Esto no es sino manifestación de la globalización y una mayor

⁶⁶ SCS Rol 1.525-2010, Recurso de Protección.

⁶⁷ SCS Rol 10.090-2011, Recurso de Protección.

⁶⁸ SCS Rol 11.040-2011, Recurso de Protección.

⁶⁹ Aparte de éstas, existen barreras para-arancelarias como los “obstáculos técnicos al comercio” (hay un acuerdo específico al respecto y un comité que supervisa) como certificaciones de calidad, exigencias ambientales, normas de seguridad, exigencias sanitarias, etc. En resumen, estándares técnicos muy restrictivos. Entre otras barreras

integración mundial.⁷⁰ Legalmente esta tendencia se manifiesta en tratados multilaterales globales, multilaterales regionales y bilaterales. Nuestro país es parte del GATT-OMC⁷¹ y bajo esta estructura ha ratificado pactos con países fuera de nuestra zona⁷². Al mismo tiempo es parte de la ALADI⁷³ y bajo su marco ha suscrito acuerdos con Estados miembros⁷⁴. La ratificación de estos tratados ha generado algunos problemas jurídicos⁷⁵ que influyen en nuestra jurisprudencia local. Veremos algunos casos donde estos tratados han sido motivo de discusión por nuestros tribunales en materia tributaria⁷⁶.

En el caso *Cía. Molinera San Cristóbal con SII*⁷⁷, la Corte de Santiago sostuvo que el GATT creaba una excepción a la legislación interna.

destacan también los contingentes, derechos específicos (y las consecuentes bandas de precios), el *dumping*, los subsidios, etc.

⁷⁰ Es común hablar de “aldea global”, el término fue acuñado por primera vez por el filósofo canadiense Herbert Mc Luhan (1911-1980) y trasciende los aspectos meramente económicos. En palabras simples, “globalización”, en el campo económico, significa concebir como mercado al mundo entero y no centrarse sólo en el nacional o regional. El término “integración” implica “reducir a la unidad” o “completar un todo con sus partes”, lo que consiste en reducir las fronteras, sean éstas aduaneras o de cualquier tipo, Lautaro RÍOS MORALES, *Globalización, Integración y Unidad Iberoamericana*, RDJT 98 Nro. 1/01, pp 23. El autor señala que algunos sostienen que existe una rama del derecho nueva, independiente del derecho internacional: el derecho de la integración.

⁷¹ La OMC sustituye e institucionaliza al GATT después de la reunión de Marrakech, Marruecos, en abril de 1994, según lo acordado en la “Ronda Uruguay”. Originalmente, el GATT pretendía lograr la liberalización tributaria del comercio internacional de mercancías. La “Ronda Uruguay” abordó otros aspectos como el comercio de servicios, la propiedad intelectual, los subsidios, medidas compensatorias, etc. El GATT tiene varios acuerdos complementarios (aparte del constitutivo de la OMC, El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, GATT propiamente tal, llamado GATT-94 para diferenciarlo de la OMC como organización internacional): Antidumping; Subsidios y Medidas Compensatorias; Salvaguardias; Normas de Origen; Propiedad Intelectual; Acuerdos sobre Servicios; Solución de Controversias; etc. (incorporados a la legislación chilena por el DS de RREE Nr. 16/95), cada uno de los cuales tiene un comité de trabajo asignado.

⁷² Canadá, Australia, la Unión Europea, Sud Corea, China y EE.UU.

⁷³ El Tratado de Montevideo de 1980 dio origen a la ALADI y, además, creó una PAR.

⁷⁴ Venezuela, Bolivia, México, Colombia, Ecuador, Mercosur y Perú.

⁷⁵ Rodrigo CÉSPEDES PROTO, *Integración económica y algunos problemas tributarios*, pp. 339-358.

⁷⁶ Dejamos de lado otros aspectos como la aplicación de la Convención de Varsovia sobre transporte aéreo (1929, con modificaciones en 1955 y 1975) que ha dado lugar a interesante experiencia. También dejamos de lado el tema de las sobretasas, derechos compensatorios y antidumping. Al respecto ver la excelente investigación de Mauricio ÁLVAREZ MONTTI, *Las Prácticas Desleales y otras Medidas Proteccionistas en la Importación de Mercancías en el Derecho Chileno*.

⁷⁷ RDJT 85 Nr. 1 (1988), p. 11. Reclamo tributario.

La recurrente importó productos de Argentina y EE.UU, miembros del GATT. Para hacerlo pagó un impuesto (Artículo 10 de la Ley 18.211) por la operación bancaria asociada a la importación, la compra de divisas. Argumentaba que esto no se ajustaba a derecho porque infringía el principio del trato nacional: se discriminaba a favor del producto local. La Corte sostiene que el gravamen afecta indirectamente el precio de los productos importados y los coloca en una situación desfavorable. El tributo discriminaba en contra de los productos importados. Además, un acuerdo internacional bilateral no podía ser desconocido por una fuente unilateral como la ley de acuerdo al Artículo 27 de la Convención de Viena (1969). De este modo, el impuesto creado por la ley doméstica sólo se aplicaba a importaciones de países no miembros del GATT. Por lo tanto, el SII debía devolver el impuesto indebidamente percibido.

Un caso interesante es *Ditec Ltda. con Aduana de Osorno (2003)*⁷⁸. Una empresa canadiense importa automóviles desde Canadá, aprovechándose de las ventajas dadas por el tratado de libre comercio (1996) entre ambos países. En el trámite de la importación, el Servicio Nacional de Aduanas cobró el “impuesto al lujo”, un impuesto especial *ad valorem* similar al impuesto al valor agregado (un impuesto interno) que se aplica a la importación de automóviles de lujo (*Decreto Ley Nr. 825/1974*). Aduanas aplicó este impuesto porque el tratado sólo elimina los “impuestos al comercio exterior” y el impuesto al lujo es un “impuesto doméstico”. Los demandantes estimaron que el tratado generó una excepción al pago del impuesto al lujo, que grava importaciones (no se fabrican autos en Chile). La Corte Suprema estimó que el impuesto, por su naturaleza, era “al comercio exterior” y, por lo tanto, el tratado lo elimina en caso de importaciones entre ambos países. El tratado se impone sobre la legislación interna porque tiene jerarquía superior. Por lo demás, la Corte remarca que los Estados no pueden usar su legislación interna como excusa para incumplir tratados internacionales. El fallo destaca que los individuos son titulares de derechos creados por tratados, incluso si son acuerdos de libre comercio. La naturaleza del hecho gravado es la pauta que sigue la Corte. De este modo, cada vez que se grava una operación que signifique un traspaso de fronteras, ya sea bienes o servicios, nos encontramos ante un “tributo externo”; en caso contrario, nos encontramos frente a uno “interno”.

⁷⁸ SCS Rol 375-2003, Recurso de protección, en *Ius Publicum Nro. 11/2003*, pp. 215-ss (Comentarios de Eduardo SOTO KLOSS y Rodrigo CÉSPEDES PROTO). En contra, Jaime GARCÍA ESCOBAR, *¿Es aplicable el Impuesto al Lujo?*, pp. 349-354.

En la causa *Otero Alvarado con Fisco*⁷⁹ se demanda al Estado por pago de lo no debido⁸⁰. El actor funda su pretensión en el pago de un tributo inaplicable a la importación de un automóvil desde Canadá: el impuesto al lujo (Art. 46 del DL 825/74) es un impuesto *externo o de aduana* y, por lo tanto, no se aplica a las importaciones desde Canadá en atención a que el tratado de libre comercio exime de estos gravámenes⁸¹. El demandante agrega que, por el tenor literal de la disposición, no grava las ventas internas sino sólo las importaciones (lo que había sido reconocido por el propio SII en oficio Nr. 759 (16/02/01)). El Estado señala que el impuesto al lujo es un tributo *interno*, atendido el cuerpo legal donde está regulado (DL 825/74) y la fiscalización corresponde al SII. El tribunal acoge la pretensión del actor y ordena restituir el monto pagado por concepto de impuesto al lujo. El tratado tiene preferencia sobre la legislación interna y, por el principio de especialidad crea una exención tributaria. Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago porque este tributo era *interno*, fuera del concepto de arancel aduanero, y la excepción creada por el tratado no lo cubría⁸². La Corte Suprema revoca el fallo y reafirma la doctrina del tribunal de primera instancia agregando como parte de su argumentación el principio de igualdad entre el producto nacional y extranjero y la esencia de este tributo, en este caso, la importación⁸³.

En *Derco S.A. con SII*,⁸⁴ los tribunales fallan sobre una importación de vehículos del Japón; en este fallo se apartan de la consistente jurisprudencia anterior. La Corte Suprema establece que en la contradicción entre el impuesto al lujo y el GATT, el juez debe preferir la legislación interna porque es posterior y especial en relación al tratado. El impuesto al lujo es además *estrictamente interno*. La jurisprudencia posterior no ha sido coherente y, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó las causas de protección que invocaban el TLC con la Unión Europea y con Canadá.⁸⁵ Dichos gobiernos iniciaron trámites para protestar formalmente por violación de obligaciones internacionales. En razón de lo anterior y por el tratado con EE.UU., se dictó la Ley 19.914, que derogó los Arts. 46 y 46

⁷⁹ Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, Rol 4748-2001.

⁸⁰ El actor había anteriormente presentado un recurso de protección contra el SII, pero fue declarado extemporáneo por la Corte Suprema (Rol 2164-2001), se revoca el fallo de la Corte de Apelaciones de Stgo., que había acogido la tesis del recurrente.

⁸¹ Firmado en Stgo. el 05/12/96, promulgado por el Decreto Supremo de RREE Nr. 1.200 de 05/07/97.

⁸² SCAA de Santiago Rol 1.316-2002, recurso de apelación y casación en la forma.

⁸³ SCS Rol 638-2007, Recurso de Casación en el fondo.

⁸⁴ SCS Rol 15.838-1993, Recurso de Casación en el fondo en reclamo tributario.

⁸⁵ Roles Nros. 234, 236 y 311 del 2004.

bis del DL 825/74 a partir del año 2007 (en el período intermedio la tasa disminuiría progresivamente). De hecho, frente a estos fallos, el Gobierno comenzó a adecuar la legislación interna dado que los tribunales no aplicaban directamente los tratados, ya que no se consideraban *self-executing*. En el caso de la importación de whisky, la legislación debió adaptarse después de una decisión adversa de la OMC⁸⁶. Los países exportadores de whisky estimaban que nuestro sistema impositivo discriminaba a esta mercancía ya que la producción chilena era y es escasa y, si bien la norma estaba planteada en sentido general, en la práctica sólo se aplicaba a las importaciones (favoreciendo al pisco). La regla violaba el principio del trato nacional. Por esta razón, se suprimió el impuesto adicional del Art. 42 letra f) del DL 825/74 y se modificó la letra a) de la misma disposición, para no discriminar entre bebidas alcohólicas, salvo por su graduación (un sistema mucho más objetivo). El sistema de Bandas de Precios y los derechos específicos⁸⁷ también tuvo que ser modificado en atención a otra decisión adversa de la OMC a requerimiento de Argentina⁸⁸.

VI. Conclusiones

El derecho internacional tiene una enorme influencia en la adjudicación de casos en Chile. Los tratados son parte del sistema de fuentes y los jueces cada vez que fallan un caso deben decidir sobre la prelación de fuentes. Si las fuentes son contradictorias, el juez prefiere el tratado por ser una fuente superior. En otros casos, las fuentes son compatibles, el derecho internacional puede servir para ampliar las garantías existentes.

La influencia del derecho internacional es patente en varias ramas del derecho chileno, algunas más espectaculares que otras. En todas estas ramas, los tribunales han sostenido que los individuos son titulares de derechos cuya fuente son tratados, incluso en acuerdos de libre comercio. Los Estados no son el único actor en derecho internacional.

En materia penal, el principio *nullum crimen nulla poena sine praevia scripta lege* no es absoluto. La excepción son los crímenes de lesa humanidad. Los tribunales han hecho primar los tratados y, por lo tanto, han aplicado *ius cogens* o disposiciones de tratados en forma retroactiva. En el caso de la Convención de Derechos del Niño, el tratado ha servido como

⁸⁶ AB-1999-6. OMC, WT/DS110/AB/R y WT/DS87/AB/R, 13/diciembre/1999.

⁸⁷ Interesante es recordar “*Watt’s Alimentos con Fisco*”, RDJ T 90 Nro. 3/1993, sec. 5, pp 219-ss. Inaplicabilidad. Comentado por Eduardo SOTO KLOSS.

⁸⁸ OMC, WT/DS207/AB/R, 23/septiembre/2002.

cristalizador de principios que resumen disposiciones aisladas del derecho chileno como el interés superior del menor o su autonomía progresiva. La ILO 169 ha tenido gran importancia en asuntos ambientales y de recursos naturales relacionados con indígenas, ampliando la aplicación de normas nacionales.

En materia económica el asunto es más complicado. Los tribunales tienden a privilegiar y aplicar directamente los tratados bilaterales de libre comercio, no así tratados multilaterales como la OMC-GATT⁸⁹.

Bibliografía

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en Casos de Violaciones de los Derechos Humanos", en *Gaceta Jurídica* 341, 2008, pp. 7-36.
- ALEXYS Robert, "A Theory of Constitutional Rights", *Oxford University Press*, Oxford, 2002, pp. 44-93.
- ALVAREZ MONTTI, Mauricio, *Las Prácticas Desleales y otras Medidas Proteccionistas en la Importación de Mercancías en el Derecho Chileno*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2002.
- BARBOUR, Stephanie A., "Retroactivity Revisited: Justice After Normalized Violence", 9 *Trinity C.L. Rev.*, 2006, pp. 28-48.
- CANON, Bradley, "Defining dimension of judicial activism", *Judicature* Vol. 66 N° 6 December-January/1983, pp. 236-247.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "Los principios generales del derecho, un enfoque desde la perspectiva del derecho público", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 5/2011, pp. 25-66.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "La división del derecho en público y privado en la jurisprudencia judicial y administrativa chilena" (The public/private law division in the Chilean case law), en *Revista de Derecho Administrativo PUC* N° 6/2012, pp. 79-130.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "Integración económica y algunos problemas tributarios", en *Derecho Mayor* N° 3/2006, pp. 339-358.
- COUSO, Javier, *The politics on judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition: 1990-2002*, 10 *Democratization*, Vol. 10, N° 4, 2003, pp. 70-91.
- CHAVEZTAFUR, Gabriel, "Using International Law to By-pass Domestic Legal Hurdles", in 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, Vol. 6, N° 5, pp. 1061-1073.

⁸⁹ Es la interesante tesis de Mauricio ALVAREZ MONTTI, *Las Prácticas Desleales y otras Medidas Proteccionistas en la Importación de Mercancías en el Derecho Chileno*.

- CRAIG, Paul P., "Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework", *Public Law Autumn/2007*, pp. 467-487.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno", *RDJ T 93 N° 3/1996*, pp. 107-137.
- DUCCI, Carlos, *Derecho Civil: Parte General*, Santiago, 1988.
- DWORKIN, Ronald, "A Matter of Principle", *Harvard University Press*, Cambridge, 1985, pp. 72-103.
- DWORKIN, Ronald, "Law's Empire", *Hart Publishing*, Oxford, 1986, pp. 333-350.
- ELSTER, Jon, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, CUP, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, "¿Es aplicable el Impuesto al Lujo?", en *Revista Actualidad Jurídica* N° 9 Enero de 2004, pp. 349-354.
- HILBINK, Lisa, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, CUP, 2007.
- HUNEEUS, Alexandra, *Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn*, 35 *Law & Social Inquiry*, 2010.
- MOKHTAR, Aly, "Nullum crimen, nulla poena sine lege: aspects and prospects", 41 *Statute Law Review*, 2005, pp. 41-75.
- PARKER, Karen, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 412-444.
- ROXIN, Klauss, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Madrid, 1997.
- SHAPIRO, Martin, "Political Jurisprudence", *Kentucky Law Journal* Vol. 52/1964, pp. 294-345
- SHAPIRO, Martin, and STONE SWEET, Alec, *On Law, Politics, and Judicialization*, OUP, Oxford, 2002.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "Es la 'falta de servicio' el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración", *Ius Publicum* N° 28, 2012, pp. 103-120.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro inserto extranjerizante", *Ius Publicum* N° 25, 2010, pp. 95-119.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica, Santiago. 1996.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, OUP, Oxford, 2000.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como derecho común*. Abeledo Perrot. Santiago. 2010.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, "La Summa Divisio Iuris Público/Privado de las disciplinas jurídicas", *Revista de Derecho UCN* año 17 N° 1/2010, pp. 115-128.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad". Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia

de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36 N° 2/2009, pp. 399-440.
 WEINRIB, Ernest, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 *Yale LJ*, 1988, pp. 949-1016.

JURISPRUDENCIA

Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, Rol 4748-2001.
 SCAA de San Miguel, Rol 660-2007 “*Cumsille con Fisco de Chile*” (2008).
 SCAA de Temuco, Rol N° 2.840-2008, Recurso de Protección.
 SCAA de San Miguel, Rol N° 660-2007, “*Cumsille con Fisco de Chile*”(2008).
 SCAA de Valdivia, Rol N° 103-2009. Comentada por ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ, “Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad”. Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia de Valdivia.
 SCS Rol 375-2003 “*Ditec Ltda. con Aduana de Osorno*”(2003), Recurso de protección, *Ius Publicum Nro. 11/2003*.
 SCS Rol 10.665-2011 “*González Galeno*”(2013), pleno (hay votos de minoría).
 SCS Rol 2918-2013, “*Contra Urrich González y otros*”. Recurso de Casación.
 SCS Rol 1.316-2002, Recurso de apelación y casación en la forma.
 SCS Rol 638-2007, Recurso de casación en el fondo.
 SCS Rol 375-2003, protección, en *Ius Publicum Nro. 11/2003*, p 215-ss (Comentarios de Eduardo Soto Kloss y Rodrigo Céspedes Proto). En contra, JAIME GARCÍA ESCOBAR, “¿Es aplicable el Impuesto al Lujo?”, *Revista Actualidad Jurídica N° 9 Enero/2004*, p. 349-354.
 SCS Rol 1.525-2010. Recurso de protección.
 SCS Rol 10.090-2011. Recurso de protección
 SCS Rol 11.040-2011. Recurso de protección.
 SCS Rol N° 1.705-2009. Recurso de casación. Comentada por RODRIGO CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1881 CL 2009).
 SCS Rol 3.279-2012, Recurso de protección.
 SCS Rol 375-2003, “*Ditec Ltda. con Aduana de Osorno*” (2003), *Ius Publicum Nro. 11/2003*, p 215-ss.
 SCS Rol 4.723-2007. Recurso de casación.
 SCS Rol 3.841-2012. Recurso de casación.
 SCS Rol 4.691-2007, Recurso de casación.
 SCS Rol 7.089-2009. Recurso de casación. Comentado por Rodrigo Céspedes en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1946; CL 2010).

- SCS Rol 2.242-06. *Misma tendencia en la extradición de Alberto Fujimori*.
- SCS Rol 517-2004 “*caso Sandoval*”, LAFONTAINE, F., “No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The *Sandoval* Case before the Supreme Court of Chile”, (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice*, 469-482. Comentado por Ximena Fuentes en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 394; CL 2004).
- SCS Rol 3125-04, “*Contra Pinto Pérez*”, Recurso de Casación. Comentada por XIMENA FUENTES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1093; CL 2007).
- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009”, *Revista Chilena de Derecho Vol. 36 Nro. 2/2009*.
- SCS Rol 1.705-2009, “*Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana*” (2009), Recurso de casación fondo y forma.
- SCS Rol 10.090-2011, “*Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos*” (2012), Recurso de protección.

OTROS

- DS de RREE Firmado en Santiago. N° 1.200 de 05/07/97, el 05 de Diciembre de 1996.
- LAW'S EMPIRE*, Hart Publishing, Oxford, 1986.
- The Construction of Constitutional Rights”, *Law & Ethics of Human Rights Vol. 4 Issue 1/2010, Rights, Balancing & Proportionality*, p 20-32; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris Vol. 13 Nr. 3 september/2000*.