



Revista de derecho (Coquimbo)

ISSN: 0717-5345

ISSN: 0718-9753

Universidad Católica del Norte

Noguera Alcalá, Humberto

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al derecho interno chileno, información comparativa y consideraciones sobre su regulación constitucional

Revista de derecho (Coquimbo), vol. 29, 20, 2022

Universidad Católica del Norte

DOI: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4785>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371074917020>

- ▶ [Cómo citar el artículo](#)
- ▶ [Número completo](#)
- ▶ [Más información del artículo](#)
- ▶ [Página de la revista en redalyc.org](#)

UNEM 

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto




La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al derecho interno chileno, información comparativa y consideraciones sobre su regulación constitucional

International custom as a source of International Law, its incorporation into Chilean domestic law, comparative information and considerations on its constitutional regulation

Humberto Nogueira Alcalá ¹  <https://orcid.org/0000-0001-9262-5048>

¹ Universidad de Talca, Talca Chile. Profesor titular. Departamento de Derecho Público. Centro de Estudios Constitucionales Doctor en Derecho, Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica.

 nogueira@utalca.cl



Resumen:

Se analiza la costumbre y sus características básicas como fuente del Derecho Internacional, como ella se incorpora al ordenamiento jurídico nacional en ausencia de una norma positiva constitucional, considerando la jurisprudencia de los tribunales chilenos. Asimismo se considera la información comparativa de las constituciones que regulan la incorporación del derecho consuetudinario internacional al derecho interno en el constitucionalismo europeo y la regulación de su fuerza normativa, finalmente, se proponen las reglas constitucionales que podrían regular la incorporación del derecho consuetudinario internacional y su fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: derecho internacional consuetudinario; fuerza normativa; jurisprudencia; recepción constitucional.

Abstract:

Custom and its basic characteristics as a source of International Law are analyzed, how it is incorporated into the national legal system in the absence of a positive constitutional norm, considering the jurisprudence of the Chilean courts. Likewise, the comparative information of the constitutions that regulate the incorporation of international customary law into internal law in European constitutionalism and the regulation of its normative force are considered, finally, the constitutional rules that could regulate the incorporation of international customary law and its normative force in our legal system.

Keywords: international customary law; normative force; jurisprudence; constitutional reception.

Fecha de recepción: 08 de marzo de 2021 | Fecha de aceptación: 24 de junio de 2021

Introducción

El presente artículo, plantea como pregunta de investigación como se incorpora y que fuerza normativa tiene la costumbre en el ordenamiento jurídico chileno. El objetivo general es el de analizar las características básicas de la costumbre en el derecho internacional y su uso y fuerza normativa en el derecho chileno, en especial, su impacto en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en ausencia de disposición constitucional sobre la materia, como asimismo, incorporar al texto constitucional las regulaciones que determinen el reconocimiento formal de la costumbre internacional y su fuerza normativa. Los objetivos específicos son los de caracterizar el derecho consuetudinario internacional en sus aspectos básicos; el determinar la forma de incorporación al derecho chileno de la costumbre internacional como su fuerza normativa, examinando la jurisprudencia de la Corte Suprema ante la inexistencia de una norma constitucional positiva sobre la materia en Chile; el considerar información comparativa de derecho constitucional europeo que regula la costumbre internacional y su fuerza normativa en las respectivas constituciones; y, finalmente, se propone una regulación constitucional de la costumbre internacional y su fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico, para dar certeza y seguridad jurídica de las obligaciones que emanan de ella para el Estado chileno.

El artículo está organizado en un primer acápite sobre aspectos básicos del reconocimiento normativo de la costumbre en el derecho internacional, su concepto y caracterización; un segundo acápite analiza la incorporación del derecho consuetudinario internacional al derecho interno chileno mediante su reconocimiento jurisprudencial, en ausencia de regulación normativa constitucional; un tercer acápite pasa revista a algunas Constituciones europeas que regulan la incorporación de la costumbre internacional además del derecho convencional internacional; el cuarto acápite propone una regulación constitucional del derecho consuetudinario internacional para Chile, para finalizar con las conclusiones.

1. La costumbre internacional como fuente del derecho internacional, conceptualización y caracterización

En este primer acápite del artículo, desarrollaremos los aspectos básicos referentes a la consagración normativa de la costumbre internacional y su carácter de fuente formal en el derecho internacional, como su evolución adaptándose a la realidad actual; su concepto y elementos constitutivos; los tipos de costumbre internacional; y la relación entre costumbre y tratados internacionales. Dichos aspectos nos entregan la conceptualización básica para una

adecuada comprensión de los acápites siguientes del presente artículo, para quienes no son especialistas en la materia.

1.1. La costumbre internacional y su reconocimiento como fuente formal del Derecho Internacional y su evolución

El artículo 38 apartado 1º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945), en su literal b), se refiere a la costumbre internacional considerada por la doctrina como fuente formal del Derecho Internacional, junto con los tratados mencionados en el literal a) y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas consideradas en el literal c). Al respecto se ha señalado, "...que las fuentes realmente autónomas son solo dos: la costumbre y los tratados. Porque ya sabemos que los principios generales de derecho constituyen una categoría normativa común a los Derechos Internos y al Derecho Internacional" (Pastor Ridruejo, 2020, p. 67).

Como se ha expresado, "...la contribution respective de la coutume et du traité au développement du droit international est tributaire d'une part des transformation du pouvoir, d'autre part de l'intensité et de la complexité des rapports internationaux" (Visscher, 1955, p. 353)¹.

El desarrollo de normas consuetudinarias se ha ido adaptando a las exigencias de la realidad contemporánea, lo que ha posibilitado la formación de cuerpos de costumbres con un carácter más social y democrático en relación a lo que era la costumbre en el derecho internacional clásico, a lo cual han contribuido la actividad desarrollada por las organizaciones internacionales representativas de la comunidad de Estados.

La tendencia actual es ir "...cristalizando en convenciones generales las prácticas y normas consuetudinarias, todavía importantes materias del derecho internacional público continúan rigiéndose exclusivamente por la costumbre internacional" (Vargas Carreño, 2012, p. 87), constituyendo una fuente relevante del derecho internacional.

1.2. Concepto de costumbre internacional y elementos constitutivos que la integran

La costumbre internacional es un derecho generalmente no escrito derivado de una práctica general aceptada como derecho. La costumbre internacional es el resultado de una práctica

1 ...la contribución respectiva de la costumbre y el tratado al desarrollo del Derecho Internacional es tributaria, de una parte, de las transformaciones del poder, y de otra parte, de la intensidad y complejidad de las relaciones internacionales" Traducción del autor (N. de T.)

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

general, continua, uniforme y consistente de los Estados, los cuales la reconocen como válida y como una obligación jurídicamente exigible.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945) se refiere a la "...costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho" (art. 38, no. 1, b). En dicha aproximación conceptual se puede ver los elementos que forman parte de la costumbre determinados por la doctrina, la jurisprudencia y la Comisión de Derecho Internacional en sus conclusiones de 2018. Los dos elementos fundamentales de la costumbre internacional son el elemento material o uso constante y uniforme y el elemento espiritual u *opinio iuris*, vale decir, la convicción de la obligatoriedad jurídica de dicha práctica, al respecto, puede consultarse, Vargas Carreño (2012, p. 89); Pastor Ridruejo (2020, p. 71); Juste Ruiz et al. (2018, p. 73); Arévalo Ramírez (2020, p.94); Blin, (2019, pp. 175 y ss); de Oliveira Mazzuoli. (2019, pp. 115 y ss); Alland. (2020, pp. 166 y ss); Benadava Cattán (2004, p. 25); Andrés Sáenz de Santa María (2020, pp. 145-151); Salinas de Frías (2019, pp.152 – 156); Peña Neira (2017, pp. 111-116). La jurisprudencia internacional, la doctrina y la propia Comisión de Derecho Internacional (2018) exigen que para identificar la existencia de una norma consuetudinaria internacional y para determinar su contenido "...es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio iuris*)" (Conclusión 2).

La "opinio iuris" permite distinguir la norma jurídica del simple uso o del simple hábito, como precisa la Conclusión 9, no. 2 de la Comisión de Derecho Internacional (2018).

1.3. Los tipos de costumbre internacional

Dentro de esta caracterización es necesario precisar que se reconocen tres tipos de costumbre internacional, la costumbre general o universal, la costumbre regional y la costumbre particular o bilateral.

La costumbre general o universal, constituye la práctica ininterrumpida, uniforme y continua que los Estados de la comunidad internacional deben seguir, ya que responde a la convicción de que obedece a una obligación jurídica de general aceptación por parte de la comunidad internacional, independientemente de haber participado o no en su formación, incluso ella genera obligación jurídica para los nuevos Estados que ingresen a la comunidad internacional después de constituida la costumbre internacional. Como señalaba Jiménez de Aréchaga (1979):

Las normas consuetudinarias son el resultado del consenso general, no del consentimiento, expreso o tácito, de un Estado en particular [...]. No hace falta el asentimiento específico del demandado: lo que la Corte tiene que determinar en sí, como dice el ar-

título 38 del Estatuto, es que cierta práctica está 'generalmente aceptada como derecho'. (pp. 397-398)

El derecho consuetudinario general se aplica por igual a todos los miembros de la comunidad internacional, sus reglas no quedan subordinadas a un derecho de exclusión concretado en forma unilateral y voluntariamente por un Estado en su propio beneficio. Esta regla general tiene una excepción, el caso del objetor persistente (Green, 2016), que es el caso del Estado que se ha opuesto consistente, clara y uniformemente al surgimiento de una costumbre internacional, habiendo comunicado a los demás Estados su desacuerdo con ella en todo el proceso de su formación, conforme determina la Comisión de Derecho Internacional (2018, Conclusión 15).

La costumbre regional, es aquella práctica ininterrumpida y uniforme asumida por un número suficientemente importante y representativo de Estados con características propias que, por lo general, pertenecen a una misma región geográfica o tienen características particulares o intereses comunes. Así, puede señalarse el caso de los Estados que tienen mar territorial, o la costumbre sobre asilo diplomático desarrollado entre Estados de América Latina. Una costumbre puede también originarse por las leyes concordantes de diversos Estados latinoamericanos que permitió el desarrollo de la costumbre de extender la jurisdicción marítima hasta 200 millas marinas, la que luego fue asumida por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1994). En el caso de las costumbres regionales se admite la excepción de la existencia de Estados objetores persistentes de la respectiva costumbre, los que han hecho presente su desacuerdo durante el proceso de la formación de la respectiva costumbre.

La costumbre particular o bilateral es aquella práctica ininterrumpida y uniforme que se desarrolla entre dos Estados limítrofes o cercanos geográficamente, la que no es exigible para terceros Estados. En este tipo de costumbre, el requisito de la generalidad de la práctica ha de ser entendido como una práctica constante que haya sido aceptada entre los Estados interesados como derecho (*opinio iuris*) (Comisión de Derecho Internacional, 2018, Conclusión 16, Comentario 7).

A diferencia de la costumbre general, la costumbre regional y local debe ser probada por el Estado que la invoca y el asentimiento del respectivo Estado o Estados involucrado.

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

1.4. Costumbre y tratados internacionales

Puede señalarse que los tratados pueden contener normas declarativas de costumbre internacional, normas cristalizadoras de costumbre internacional, o pueden tener un efecto generador de normas consuetudinarias internacionales (López Marín, 2019, pp.149-153).

En efecto, los tratados codificadores del derecho internacional pueden contener normas que sean declarativas de costumbres internacionales previamente existentes. En la materia puede ser citado, a modo ejemplar, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Namibia, la que expresó: "Las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, relativas a la terminación de una relación contractual por motivo de infracción pueden, en muchos aspectos, ser consideradas como codificación del derecho consuetudinario existente en esta materia" (citado en Benadava Cattan, 2004, p. 29).

Por otra parte, un tratado puede cristalizar una costumbre internacional, en el caso que dicho tratado sea precedido de una práctica internacional aún insuficiente, pero que mediante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y de los debates acaecidos en la conferencia diplomática, y después de concretado el acuerdo convencional se puede concluir que algunas de sus disposiciones han cristalizado una norma consuetudinaria. Así, un tratado multilateral puede constituir un precedente dotado de un valor que posibilita la culminación de un proceso de formación de una norma consuetudinaria (Casanovas y La Rosa y Rodrigo Hernández, 2020, p. 82). En la sentencia sobre los Asuntos de la plataforma continental del Mar del Norte, la Corte Internacional de Justicia admitió en principio esta posibilidad (International Court of Justice, 1969, párr. 62 y 63).

Finalmente, puede sostenerse que los tratados internacionales pueden tener un efecto de hacer surgir normas consuetudinarias. Este efecto constitutivo de una costumbre ocurre cuando producto de una norma de un tratado internacional, se propicia el desarrollo por parte de otros Estados de comportamientos que reproducen el contenido de dicha norma al margen de toda vinculación convencional, desarrollándose un proceso que, cumpliendo con los requisitos necesarios, permite la aparición de una norma consuetudinaria con un contenido similar a la de la norma establecida en el tratado.

Esta perspectiva, es asumida por el Proyecto de Conclusiones sobre la identificación del Derecho Consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional (2018, Conclusión 11, no.1).

En todo caso, es adecuado señalar que, como lo determina la Corte Internacional de Justicia, en la sentencia de 27 de junio de 1986, en el Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de Norteamérica), no se produce una fusión de la norma del tratado y la norma consuetudinaria, sino que cada una de ellas conserva su propia autonomía.

2. La incorporación del derecho consuetudinario internacional al derecho interno chileno

En este segundo acápite analizaremos como, en ausencia de regulación normativa constitucional sobre la costumbre internacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha determinado la incorporación del derecho consuetudinario internacional a nuestro ordenamiento jurídico y su fuerza normativa supra legal.

2.1. La ausencia de normativa constitucional que regule la incorporación del derecho consuetudinario internacional al derecho interno

En Chile solo se ha regulado constitucionalmente la incorporación del derecho convencional internacional al derecho interno, sin que haya habido ninguna regulación constitucional en las diferentes constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980, respecto de la incorporación y fuerza normativa del derecho consuetudinario internacional.

El constitucionalismo contemporáneo dispone de normas que especifican la incorporación del derecho convencional internacional al derecho interno, lo que constituye la regla general en el derecho constitucional comparado vigente, siendo menor la cantidad de Cartas Fundamentales que especifican la fuerza normativa de los tratados válidamente incorporados al derecho interno.

La Constitución chilena (2005) solamente regula la incorporación del derecho internacional convencional y su compatibilidad con la Constitución en los artículos 32 N° 15, 54 N° 1, 93 N° 1 y 3, pero no tiene norma positiva que se refiera a la fuerza normativa de los tratados válidamente incorporados al derecho interno, existiendo sobre la materia una jurisprudencia ambigua y contradictoria del Tribunal Constitucional que no abordaremos en este artículo por no ser materia del mismo.

A su vez, la mayoría de las constituciones vigentes no regulan la incorporación del derecho consuetudinario internacional ni los principios generales del derecho internacional al derecho interno, quedando dicha materia entregada a la determinación de los tribunales

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

superiores de justicia o de los tribunales constitucionales, en su caso. Tal es el caso chileno, donde ha sido la Corte Suprema la que ha asumido la tarea de precisar la incorporación directa e inmediata del derecho consuetudinario al derecho interno y su fuerza normativa supra legal.

Es necesario, además, mencionar el artículo 5º de la Constitución (2005), en su inciso segundo, complementado con la segunda oración del mismo, incorporada por la reforma constitucional de 1989, el cual determina:

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 (Constitución Política de la República de Chile, 2005, art. 5, inc. 2).

En virtud de dicha norma constitucional, se ha desarrollado una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que reconoce a los derechos y a sus atributos y garantías asegurados por tratados internacionales la calidad de Constitución material, posibilitando complementar los atributos de los derechos asegurados constitucionalmente con los contenidos en los tratados ratificados por Chile y vigentes, especialmente cuando presentan un "plus" de mayor protección respecto de los atributos y garantías derechos que los que disponen los derechos asegurados constitucionalmente en el artículo 19 de la Constitución (2005).

Cabe también señalar, que cuando se debatió la incorporación de la segunda oración del artículo 5º, inciso segundo, al texto constitucional en 1989, se consideró como parte de la negociación de las fuerzas opositoras con el gobierno militar, la necesidad de incorporar no solo la referencia a los tratados que contiene el actual texto, sino también la de incorporar la referencia a las reglas generales del derecho internacional, considerando así a la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional, proposición que no fructificó, ya que el gobierno militar se opuso a ello, situación que se mantiene hasta el presente.

Así, han sido la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales superiores los que han determinado la incorporación automática y directa de la costumbre internacional al derecho interno, determinando su prevalencia sobre la legislación nacional (Vargas Carreño, 2012, p. 210).

Al no existir en Chile una norma constitucional que establezca como la costumbre internacional se incorpora, ni la fuerza normativa que ella detenta en el ordenamiento jurídico nacional, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema la que ha determinado la incorpora-

ción automática de la costumbre internacional y su fuerza normativa, especificando su aplicación preferente en caso de conflicto con la ley.

2.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema bajo el imperio de las Constituciones de 1925 y de 1980 y la determinación de la modalidad de incorporación de la costumbre internacional y su fuerza normativa en el derecho interno

Bajo el imperio de la Constitución de 1925, la Corte Suprema se pronunció sobre la incorporación y fuerza normativa de la costumbre internacional en el "*leading case*" de los barcos daneses "*J. Lauritzen con Fisco*", (1955), debatiéndose ante los tribunales la legalidad de la requisición efectuada por el Estado chileno "...durante la Segunda Guerra Mundial de cinco naves de propiedad de la empresa danesa de navegación Lauritzen y cómo debería determinarse..." (Vargas Carreño, 2012, p. 212) y pagarse por el Estado la indemnización respectiva, teniendo presente los perjuicios causados por la requisición respecto de la empresa naviera danesa. La empresa demandante fundó su demanda en el derecho internacional consuetudinario, el cual establecía la obligación de indemnizar conforme a dicho derecho cuando se ejercía el derecho de angaria; el Fisco chileno, a su vez sustentó su posición jurídica invocando dos leyes internas, una de 1939 y otra de 1942, argumentando que la resolución del caso debía regirse únicamente por el derecho chileno, "dada la 'carencia de capacidad' de los individuos para invocar el derecho internacional, el cual..." (Vargas Carreño, 2012, p. 212) sólo podía ser invocado por los Estados. La sentencia de la Corte Suprema en su fallo de primero de diciembre de 1955, sobre el fondo del asunto,

...determinó que los demandantes pueden basar su demanda 'de acuerdo con los principios del derecho internacional y no según las disposiciones de nuestro derecho nacional' y que 'aún en el supuesto de que pudieran tener aplicación las leyes internas, los principios de derecho internacional tienen prevalencia en estos casos'. (Sentencia citada en Vargas Carreño, 2012, p. 212)

Dicha perspectiva fue reiterada en diversas sentencias posteriores, durante el imperio de la Constitución de 1925, pudiendo citarse, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema de 3 de septiembre de 1969, la que dejó sin efecto el fallo del Sexto Juzgado del Trabajo de Santiago, en el cual se condenaba al Gobierno de China Nacionalista, determinando que la República de China, aun cuando no había ratificado la Convención de Viena, ello no impedía aplicar en nuestro país su artículo 31, porque dicha norma asume "...un principio de derecho internacional común y consuetudinario..." (Sentencia citada en Vargas Carreño, 2012, p. 213).

Otro caso similar, es el identificado por la compra de un bien raíz ubicado en la Comuna de Las Condes por la República de Cuba, representada por su Embajador Mario García

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

Inchaústegu, para que sirviera de residencia al embajador cubano, el cual fue adquirido al señor Abraham Senerman en 1972. Este último solicitó ante el Quinto Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago la nulidad de la compraventa del bien raíz, para lo cual argumentó lesión enorme en el precio que se había acordado y pagado. El Juzgado señalado, en juicio desarrollado en rebeldía del demandado, acogió lo solicitado por el señor Senerman, estableciendo la nulidad de la compraventa en sentencia de 16 de enero de 1975, determinó la cancelación de la inscripción de la propiedad a nombre de la República de Cuba. El Consejo de Defensa del Estado requirió a la Corte Suprema, para que esta en ejercicio de sus atribuciones legales dejara sin efecto la sentencia del Quinto Juzgado Civil, el que carecía de jurisdicción y competencia para dictar dicha sentencia. La Corte Suprema, de oficio, invocando principios de derecho internacional que impiden someter a un Estado a la potestad jurisdiccional de otro, determinó dejar sin efecto la sentencia del Tribunal de primera instancia de Santiago y ordenó que se restableciera la vigencia de la inscripción de dominio a nombre de la República de Cuba, además de imponerle una sanción al juez del Quinto Juzgado de Mayor Cuantía de Santiago de dos meses de suspensión (Sentencia comentada en Vargas Carreño, 2012, pp. 213-214 y en Llanos Mansilla, 1980, pp. 385-388).

Esta perspectiva asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha mantenido bajo el imperio de la Constitución de 1980 hasta el presente, generando una línea jurisprudencial complementaria bajo el imperio de la Constitución de 1980, en base al artículo 5^a inciso segundo, en que afirma que los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados y vigentes forman parte de la Constitución material y deben ser garantizados en cuanto estándar mínimo en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, es necesario tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006), determinó que, en materia de juzgamiento de crímenes de guerra y de lesa humanidad, cometidos bajo el régimen autoritario militar, el Estado chileno no podía aplicar prescripción ni amnistía a los responsables de dichos delitos, aun cuando no hubiere ratificado la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, señalando en el párrafo 153 del fallo que,

Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa. (*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 2006, párr. 153)

A partir de dicha sentencia, la Corte Suprema desarrolló una línea jurisprudencial en que determina la prevalencia del derecho consuetudinario internacional sobre el derecho

interno.

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006, Rol N° 559-04, caso “Paulino Flores Rivas y otro”, denominado también como “caso Molco”, al resolver el recurso de casación en el fondo, asume la prevalencia del derecho consuetudinario internacional sobre el derecho interno, en diversos considerandos.

En el considerando 13° en el que se refiere al artículo IV de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, determina que, aunque dicho precepto

...no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí puede vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una **costumbre jurídica internacional**, cuales son la **práctica de los Estados** ‘como elemento material de ésta’ y la **‘opinio iuris’ internacional**. (*Paulino Flores Rivas y otro*, 2006, cons. 13)

En el considerando 16° de la sentencia en análisis, la Corte Suprema establece “

Que la **“universalidad” del principio de imprescriptibilidad**, predicada en la [sic Preámbulo de la Convención de 1968, es demostrativa del carácter puramente declarativo que el instrumento internacional asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su artículo I, en cuanto precisa que los **crímenes de guerra** (letra a) y de **lesa humanidad** (letra b) **‘son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido’**.

En otras palabras, la Convención no se limitó a **enunciar** esta regla, sino que a afirmarla, mediante su positivación, ya que ella operaba ya a la fecha como **derecho consuetudinario internacional**. A sí, por lo demás, se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto en los Informes de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 1.158 (XLI), de 5 de agosto de 1966 y Resolución (XXIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1967. (*Paulino Flores Rivas y otro*, 2006, cons. 16)

A su vez, el considerando 17° de la sentencia determina que la Convención

...se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. **Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado**. (*Paulino Flores Rivas y otro*, 2006, cons. 17)

En el voto en contra del fundamento 12, la Corte Suprema asume los efectos que pueden tener los tratados internacionales de declarar, cristalizar o generar normas consuetudinarias internacionales, considerando “...que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada [...] por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución N° 2.391 (XXIII), de 26 de noviembre 1968...” (*Paulino Flores Rivas y otro*, 2006, cons. 17), constituye una norma de carácter declara-

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

tiva de normas consuetudinarias previamente existentes (*Paulino Flores Rivas y otro*, 2006, voto en contra, fundamento, 12).

La Corte Suprema reitera la incorporación automática del derecho consuetudinario internacional al derecho interno, con aplicación preferente a las leyes, en sentencia de recurso de casación, Rol N° 3125-2004, Caso Homicidio Calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes (Caso Chena), en su considerando 36:

Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo 'que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos' (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. (*Homicidio Calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes*, 2007, cons. 36)

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2007, recurso de casación Rol N° 6186-2006, caso Contreras Maluje, reconoció el principio de imprescriptibilidad en materia de crímenes contra la humanidad como una norma consuetudinaria y que, además, calificaba como parte del ius cogens, como lo explicita en el considerando 29:

... el 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2391 adoptó la 'Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad', en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario como parte integrante del ius cogens son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde que su fuerza emana de su carácter consuetudinario cristalizado por el tratado (*Secuestro Calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje*, 2007, cons. 29).

La Corte Suprema, reiterará en decenas de sentencias esta línea jurisprudencial. Entre ellos, las sentencias de la Corte Suprema, Rol N° 9474- 2009 (*C/Augusto Pinochet Ugarte, Aquiles Gonzalez Cortes, Claudio Sanhueza Sanhueza. Qte. Gilberto Iribarren Munizaga*, 2010, cons. 13 y 16), y Rol N° 8314-2009 (*C/Augusto Pinochet Ugarte, Héctor Bravo Muñoz, Luis Osorio Gardasaich, Bruno Obando Cardenas. Qte. Pedro Pedreros Zenteno y otros*, 2011, cons. 17 y 20); sentencia del año 2012, Rol N° 5720-2010 (*C/General y Senador Vitalicio Augusto Pinochet*

Ugarte y Otros. Procesados: Gerardo Alejandro Araneda Longa, Carlos Dionicio Figueroa Silva. Qte. Victor Barrera Barrera, 2012, cons. 35) de la sentencia de reemplazo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema asume, conforme a lo analizado, que las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas como derecho consuetudinario se incorporan automáticamente al derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado, y ellas deben ser aplicadas por los tribunales nacionales dando prevalencia al derecho internacional consuetudinario sobre la legislación interna, asumiendo que el primero tiene aún mayor fuerza normativa en materia referente a derechos humanos y en el ámbito de los principios de *ius cogens*, evidenciándose en los fallos en que se asume la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Entre muchas otras, Corte Suprema, Rol N° 4427-2007 (C/ Enrique Leddy Araneda y otros. Qte: Agueda Saez Fick. Es Parte: El Fisco, 2009); Rol N° 2596-2009 (C/ Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Octavio Espinoza Bravo, José Octavio Zara Holger, Raúl Eduardo Iturriaga Neumann, Jorge Enrique Iturriga Neumann, Mariana Inés Callejas Honores, Cristoph Georg Paul Willeke Floel, Juan Hernán Morales Salgado, 2010), Rol N° 89690-2016 (C/Cesar Palma Ramírez, Raúl González Fernández, Otto Trujillo Miranda, Freddy Ruiz Bunger, Juan Saavedra Loyola, Pedro Caamaño Medina, Andrés Potin Lailhacar, Robinson Suazo Jaque, Eduardo Cartagena Maldonado, Juan Chávez Sandoval, Guillermo Urra Carrasco, 2017), Rol N° 19.127-2017 (C/ Gerhard Mucke Koschitzke, Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Basclay Humberto Zapata Reyes, Fernando Gómez Segovia. Qte.: Verónica Vallejos Villagrán y otros. Es Parte: Fisco De, 2018); Rol N° 39732-2017 (C/Contreras y otros. Qte.: María Ortega Fuentes, 2018); Rol N° 23093-2019 (Leandro Antonio Jarpa Ortiz con Fisco de Chile, 2020); Rol N° 8398-2018 (C/Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Fernando Lauriani Maturana, Gerardo Godoy García, Rolf González Wenderoth Pozo, María Gabriela Ordenes Montecinos.Qte.: Ministerio del Interior y otros. Dte. Civ.: Nelson Piñones Vega y, 2020), Rol N° 28138.-2018 (Ministerio del Interior-Elba Andrade Lama-Programa Continuación Ley 19123-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Contra Fernando Lauriani Maturana, Krassnoff Martchenko Miguel, Wenderoth Pozo Rolf y otros, 2020).

Puede señalarse, adicionalmente, que el Tribunal Constitucional no tiene en sus sentencias referencias al derecho consuetudinario internacional, asimismo solo en dos sentencias asume las normas de *ius cogens*, en las cuales lo conceptualiza y caracteriza, el que puede asentarse en la costumbre como fuente formal. Ellas son las sentencias Rol N° 2615-14 (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Paz Guerra Fuenzalida*, 2014) y Rol N° 8872-20 (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

presentado por Jaime Lepe Orellana, 2021). En la primera de ellas conceptualiza el *ius cogens* como un precepto imperativo o perentorio inderogable de Derecho Internacional Público,

... la prohibición de la esclavitud, en todas sus formas, llega a constituir una norma *de ius cogens*, es decir un precepto imperativo o perentorio inderogable de Derecho Internacional Público, que no admite ni exclusión ni alteración de su contenido por fuente alguna de Derecho Internacional, ni mucho menos por fuente de derecho interno o acto de autoridad nacional. (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Paz Guerra Fuenzalida*, 2014, cons. 10)

En la misma sentencia Rol N° 2615-14, el Tribunal Constitucional, en el considerando 11° hace suyo que:

...la doctrina más autorizada concibe el *ius cogens* como una derivación del principio de solidaridad internacional, de manera que, '[L]a función social primordial de este principio es establecer restricciones objetivas a la voluntad particular de los Estados, esto es, al libre desenvolvimiento de la estructura relacional, mediante normas de derecho imperativo o perentorio (*ius cogens*) que pretenden reflejar la protección jurídica de intereses colectivos esenciales para la comunidad internacional en su conjunto [...] La protección de estos intereses colectivos concierne ya a todos los Estados, porque creemos que son obligaciones *erga omnes*...' (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Paz Guerra Fuenzalida*, 2014, cons. 11)

A su vez, en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8872-20, se afirma en el considerando 39° que las normas de *ius cogens*

...reflejan un sentido de límite al actuar estatal. Hay reglas que están al margen de toda negociación posible. Son indisponibles y bajo esa característica, las normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos configuran un límite al ejercicio de la soberanía en cuanto se le debe 'respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana' (inciso segundo del artículo 5° de la Constitución'. (*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jaime Lepe Orellana*, 2021, cons. 39)

Así, se puede afirmar que la obligación de respetar los derechos humanos deriva no solo de los tratados internacionales ratificados que los contienen, como precisa el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución (2005), sino también de las normas consuetudinarias que se han generado en la comunidad internacional y que tienen alcance universal, pudiendo ser además la fuente formal de normas que tienen el estatus de *ius cogens*, por lo que todos los Estados quedan vinculados por ellas [Al respecto ver las sentencias de Corte Suprema, entre otras, Rol N° 3125-2004, (*Homicidio Calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes*, 2007, cons. 13); Rol N° 6188-2006 (*Procesados Freddy Ruiz Bunger y otros*, 2007, cons. 29), Rol N° 1528-2006 (*Guillermo Reinaldo Gómez Aguilar*, 2008, cons. 31), Rol N° 743-2007 (*Ruz Castillo Pedro Edgardo; Castillo Araya Silvia María con Fisco de Chile*, 2008, cons. 5); Rol N° 696-2008 (*Qdos.: Augusto Pinochet Ugarte y Otros. C/Ariosto Lapostol Orrego, Fernando Polanco Gallardo, Luis Fernández Monjes, Héctor Vallejos Birtolo. Qte.: Ernesto Lejderman Avalos, Héctor Salazar Ardiles*, 2009, cons. 10)]. Asimismo puede sostenerse que los tratados internacionales pueden ser, en cier-

tos casos, normas positivadas declarativas, cristalizadoras o creadoras de derecho consuetudinario internacional.

Podemos señalar que los derechos que constituyen *ius cogens* desarrollados en convenciones internacionales son aplicables en los Estados aunque ellos no hayan ratificado dichas convenciones, ya que el derecho consuetudinario preexistente mantiene su autonomía respecto de la norma convencional en su aplicación (Díaz Tolosa, 2013. p. 398). Las normas de *ius cogens* se encuentran positivadas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 (entrada en vigor en 1980), la que establece:

Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, 1980, art. 53).

Así son normas que se imponen a la voluntad soberana de los Estados, generando obligaciones erga omnes. Asimismo, puede argumentarse que, si la base convencional de reglas de derecho internacional sobre derechos humanos desapareciera, los Estados seguirían obligados a observar las reglas de derecho consuetudinario cristalizadas en el respectivo tratado, ya que conforme el artículo 43 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la pérdida de vigor de un tratado no exime a las partes del cumplimiento de iguales obligaciones que provengan de otra fuente de Derecho Internacional, como puede ser la costumbre (Sorensen, 1973, p. 160).

En tal perspectiva, no cabe sino reconocer la importancia de la costumbre internacional como mecanismo alternativo o complementario a los tratados para la generación de derechos y obligaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en el Derecho Humanitario Internacional, las que son vinculantes para los Estados miembros de la comunidad internacional.

El Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos comparten las mismas fuentes (tratados y costumbre), sin perjuicio de reconocer que este último (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) es un sistema normativo que tiene elementos diferenciadores en relación con su contenido, su origen, su fundamento, como también en las normas que lo componen, que no es del caso tratar en este artículo.

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

3. Sobrevuelo sobre constituciones que incorporan reglas generales de derecho internacional a la Carta fundamental

En una perspectiva que busca otorgar seguridad jurídica de respeto y garantía efectiva por parte de los Estados del cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales de buena fe, dando siempre a ellas un efecto útil, se requiere asumir que junto al derecho convencional ratificado, debe regularse constitucionalmente la incorporación del derecho consuetudinario.

Puede afirmarse, desde una perspectiva de información comparativa internacional, que la gran mayoría de los Estados no tienen en sus constituciones normas que regulen la incorporación de la costumbre internacional y tampoco regulan la fuerza normativa de ella, esto es válido tanto en los Estados asentados en América, con la sola excepción de Colombia, como asimismo en la mayoría de los países europeos, aunque en los hechos por vía jurisprudencial reconozcan la aplicación del derecho consuetudinario internacional con prevalencia sobre las leyes internas. Sin embargo, en Europa, en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, hay diversos Estados de Europa Occidental que asumen en sus constituciones, además de la regulación constitucional del derecho convencional, la regulación del derecho consuetudinario, en algunas de ellas bajo la denominación genérica de *Reglas Generales de Derecho Internacional*, entendiendo por tales "...las disposiciones y principios reconocidos como obligatorios por la mayoría de los sujetos del derecho internacional" (Rivera y Gornig, 2016, p. 44).

De entre estos Estados se encuentran aquellos que, al término de la Segunda Guerra Mundial, estructuran ordenamientos constitucionales democráticos superando regímenes totalitarios o autoritarios, entre ellos cabe consignar los casos de Italia y Alemania en sus Constituciones de 1947 y 1949, respectivamente. Además, en el ámbito de la cultura latina, que compartimos, podemos agregar al caso de Italia, la Constitución Portuguesa de 1976, luego del término del régimen autoritario de Oliveira y Salazar. La Constitución alemana, es considerada por su sólido desarrollo de la democracia constitucional y la influencia que ella ha tenido en el constitucionalismo europeo y latinoamericano.

Estas constituciones son las que tendremos de referencia para proponer las regulaciones del derecho consuetudinario internacional en la nueva Constitución chilena, que se elaborará por la Convención Constitucional a partir de julio de 2021 hasta junio de 2022.

En dicha perspectiva, realizaremos una breve consideración de las normas pertinentes de dichas constituciones referentes al derecho consuetudinario internacional como normas

constitucionales vigentes y en aplicación, las que constituyen un punto de referencia a considerar por Estados que buscan constitucionalizar el derecho consuetudinario internacional.

La Constitución Italiana de 1947, precisa que “L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”² (art. 10, inc. 1).

En la práctica, todas las normas jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución italiana de 1947 que fueren contradictorias con las normas generales del Derecho Internacional fueron derogadas. Asimismo, el derecho italiano impide la promulgación de leyes que sean contrarias a las reglas generales del Derecho Internacional. Al Derecho Internacional General en Italia se le reconoce fuerza normativa constitucional (Ribera Neumann y Gornig, 2016, p. 76). Finalmente, todos los órganos del Estado italiano están vinculados por las normas de Derecho Internacional General, debiendo respetarlas, incluido el legislador, el que está impedido de establecer leyes contrarias a dichas normas.

La Constitución alemana de 1949, en su artículo 25, dispone que las reglas generales del Derecho Internacional son parte integrante del derecho interno, prevalecen sobre la ley común y generan derechos y obligaciones inmediatas para los habitantes de la República Federal Alemana. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha considerado, a partir del artículo 25 precitado que, “... las reglas generales del Derecho Internacional son principalmente normas de Derecho Internacional consuetudinario reconocidas universalmente, complementadas a través de principios generales del Derecho” (citado en Ribera Neumann y Gornig, 2016, p. 58, nota 42).

Es necesario tener presente que el derecho federal alemán queda sometido al control del Tribunal Constitucional, el cual puede verificar la conformidad del derecho interno al derecho internacional (Pastor Ridruejo, 2020, p. 179).

El destacado jurista colombiano y ex magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Monroy Cabra (2008, p. 126), señala que diversos juristas alemanes sostienen que el artículo 25 de la Constitución que establece la supremacía del Derecho Internacional sobre las leyes nacionales, les permite afirmar que ciertas cláusulas constitucionales puedan ser derogadas por las reglas del Derecho Internacional consuetudinario, siempre que reflejen clara e indiscutiblemente el pensamiento de la mayoría de Estados que integran la comunidad internacional.

² “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas” Traducción del autor (N. de T.)

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

En el caso de Portugal, la Constitución de 25 de abril de 1976, en su artículo 8º, inciso 1º, dispone que “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”³ (art. 8, inc. 1).

La doctrina constitucional portuguesa sostiene que dichas normas y principios tienen fuerza normativa supra legal e infra constitucional (Ribera Neumann y Gornig, 2016, p. 79).

4. Una propuesta de regulación del derecho internacional consuetudinario en la Constitución chilena

Habiendo realizado un análisis de la práctica de incorporación automática y directa del Derecho Internacional consuetudinario a nuestro ordenamiento jurídico conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, y habiendo concretado un sobrevuelo sobre la información comparativa de derecho constitucional vigente en materia de aseguramiento constitucional de las Reglas Generales del Derecho Internacional, podemos avanzar hacia la proposición de algunas normas para ser incorporadas en la nueva Constitución.

En cuanto este artículo está centrado en el derecho internacional consuetudinario, las normas propuestas están dirigidas a la incorporación de dicha fuente formal del derecho internacional al derecho interno.

Esta propuesta busca dotar de seguridad jurídica a la incorporación de la costumbre internacional en nuestro ordenamiento jurídico, como asimismo establecer la vinculación de los órganos estatales al respeto, aseguramiento y garantía jurídica de ella.

En tal sentido, consideramos necesario incorporar al texto constitucional una norma general que determine dicha incorporación y la fuerza normativa del Derecho Internacional consuetudinario que podría integrar también a los principios generales del Derecho Internacional, la que podría ser del siguiente tenor: *Las reglas generales del Derecho Internacional son parte integrante del derecho interno, tienen fuerza normativa superior a toda disposición contraria contenida en una ley y generan derechos y obligaciones inmediatas para los habitantes de la República de Chile.*

Así, el concepto de *reglas generales del Derecho Internacional* comprenden el derecho consuetudinario universal y regional, como asimismo los principios generales del Derecho

³ “Las norma y principios del Derecho Internacional General son partes integrantes del derecho portugués”. Traducción del autor (N. de T).

Internacional considerados en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945, art. 38, no. 1).

El concepto de *fuerza normativa* empleado en el texto propuesto reemplaza al concepto de jerarquía, este último es aplicable solamente a las normas emanadas de fuentes del ordenamiento jurídico del Estado respectivo y no es aplicable a las normas generadas del Derecho Internacional. El que dicha *fuerza normativa sea supra legal* determina que ella es superior a la de todas las normas infra constitucionales internas, sean estas últimas anteriores o posteriores a la regla general de Derecho Internacional.

Asimismo, la regla general de Derecho Internacional vincula jurídicamente en forma inmediata a todos los órganos y autoridades del Estado, generando los derechos y obligaciones pertinentes para estos y para todo habitante de la República.

Finalmente, debemos señalar que el Derecho Internacional consuetudinario como fuente formal puede contener materialmente reglas imperativas de *ius cogens*, en cuyo caso, estamos ante normas supremas del Derecho Internacional que tienen un carácter imperativo e inderogable por la voluntad de las partes, regla que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, conforme determina el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, lo que establece la anulación de toda norma que la contradiga. Tal perspectiva, ha sido reconocida jurisprudencialmente tanto por nuestra Corte Suprema en diversos fallos, como por nuestro Tribunal Constitucional, como hemos visto en este artículo.

Por otra parte, parece adecuado establecer una norma que garantice que los derechos asegurados por las reglas de derecho internacional, que se refiera no solo a los tratados sino también a la costumbre internacional, que podría ser del tenor siguiente:

Los derechos y sus garantías asegurados por la Constitución, por las reglas generales del Derecho Internacional y por los tratados o convenciones internacionales ratificados y vigentes, tienen fuerza normativa constitucional y aplicación preferente en el orden interno, teniendo siempre la obligación jurídica todos los tribunales y demás órganos, autoridades y funcionarios del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, de respetar, asegurar, garantizar y promover, el goce y ejercicio irrenunciable de tales derechos a toda persona sin discriminación.

La oración sugerida otorga la seguridad jurídica de que los derechos y sus garantías asegurados por la Constitución, por las reglas generales del Derecho Internacional (costum-

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

bre y principios generales), y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en el derecho internacional, se les reconoce fuerza normativa constitucional, constituyendo un bloque de derechos que constituyen derivaciones de la dignidad humana, los que sin discriminación alguna, deben ser respetados, asegurados, garantizados y promovidos por todos los órganos y autoridades del Estado, dentro del ejercicio de sus respectivas funciones y atribuciones, dándoles aplicación directa e inmediata.

Conclusiones

El derecho consuetudinario internacional es una fuente formal del derecho internacional expresamente reconocida en el art. 38, no. 1, letra b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).

La costumbre internacional es el resultado de una práctica general, continua, uniforme y consistente de los Estados, los cuales la reconocen como válida y como una obligación jurídicamente exigible.

Se reconocen distintos tipos de costumbre internacional, ellos son la costumbre general o universal, la costumbre regional y la costumbre particular o bilateral, los cuales han sido reconocidos jurisprudencialmente por la Corte Internacional de Justicia.

Existe una interrelación entre costumbre y tratados internacionales, en la medida que los tratados pueden contener normas declarativas de costumbre internacional, normas cristalizadoras de costumbre internacional o pueden tener un efecto generador de normas consuetudinarias internacionales.

La codificación de las normas consuetudinarias en tratados no produce una fusión de la norma del tratado y la norma consuetudinaria, sino que cada una de ellas conserva su propia autonomía. Ello implica que la norma codificada puede ser aplicada como regla consuetudinaria a Estados que no han ratificado el tratado internacional.

Pese a la globalización del derecho en la época contemporánea y la interrelación intensa entre los Estados, la mayoría de estos regulan en sus constituciones solo la incorporación y fuerza normativa de los tratados internacionales en el derecho interno, dejando sin regulación las reglas generales del derecho internacional como son la costumbre y los principios generales del derecho internacional.

Ello implica que tanto la costumbre como los principios generales del derecho internacional han quedado en los Estados bajo la aplicación que hagan de ellos la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción constitucional, en los respectivos casos, no existiendo seguridad jurídica ni uniformidad de su tratamiento por la jurisprudencia.

Sin perjuicio de la afirmación anterior, cabe señalar que hay un grupo de países que regulan constitucionalmente la incorporación de las reglas generales de derecho internacional (costumbre y principios generales del derecho internacional) y precisan su fuerza normativa.

En el caso chileno, la Corte Suprema ha mantenido una línea jurisprudencial de aplicación directa e inmediata de la costumbre internacional, dándole aplicación preferente ante la ley interna. Asimismo, ha aplicado en forma directa las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) de origen consuetudinario.

Finalmente, hemos propuesto establecer algunas normas constitucionales que otorguen seguridad jurídica sobre la incorporación y fuerza normativa de la costumbre internacional en nuestro ordenamiento jurídico.

Reconocimientos

Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1200113: "La costumbre, los principios generales y la jurisprudencia internacional como fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el derecho interno: análisis doctrinal y jurisprudencial", del que el autor es investigador principal.

Referencias Bibliográficas

Alland, D. (2020). *Manuel de Droit International Publique* (7a ed.). PUF.

Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Serie C No. 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006). <https://bit.ly/3BdeswT>

Andrés Sáenz de Santa María, M. P. (2020). *Sistema de Derecho internacional público* (6a ed.). Thomson Reuters.

Arévalo Ramírez, W. (2020). *Manual de Derecho Internacional Público* (2a ed.). Tirant Lo Blanch.

Benadava Cattán, S. (2004). *Derecho Internacional Público* (8a ed.). Lexis Nexis.

Blin, O. (2019). *Droit International Public Général* (2a ed.). Bruylant

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

Casanovas y La Rosa, O. y Rodrigo Hernández, Á J. (2020). *Compendio de Derecho Internacional Público* (9a ed.). Tecnos.

Comisión de Derecho Internacional. (2018). Identificación del derecho internacional consuetudinario. En *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 70º período de sesiones (30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018)* (pp. 126-170). Organización de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/3iNsqzy>

Constituição da República Portuguesa. Diário da República, Lisboa, Portugal, 10 de abril de 1976. <https://bit.ly/2CaHtMU>

La Costituzione della Repubblica Italiana. Senato della Repubblica, 27 de diciembre de 1947. <https://bit.ly/3PhChK2>

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Secretaría General de las Naciones Unidas, New York, Estados Unidos, 16 de noviembre de 1994. <https://bit.ly/2I5w5ES>

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Organización de las Naciones Unidas, Viena, Austria, 27 de Enero de 1980. <https://bit.ly/2NESGuG>

C/Augusto Pinochet Ugarte, Aquiles Gonzalez Cortes, Claudio Sanhueza Sanhueza. Qte. Gilberto Iribarren Munizaga, Rol N° 9474-2009 (Corte Suprema de Chile 21 de diciembre de 2010). <https://vlex.cl id: 333037198>

C/Augusto Pinochet Ugarte, Héctor Bravo Muñoz, Luis Osorio Gardasaich, Bruno Obando Cardenas. Qte. Pedro Pedreros Zenteno y otros. Es Parte: Fisco de Chile, Rol N° 8314-2009 (Corte Suprema de Chile 27 de enero de 2011). <https://vlex.cl id: 333058878>

C/Cesar Palma Ramírez, Raúl González Fernández, Otto Trujillo Miranda, Freddy Ruiz Bunge, Juan Saavedra Loyola, Pedro Caamaño Medina, Andrés Potin Lailhacar, Robinson Suazo Jaque, Eduardo Cartagena Maldonado, Juan Chávez Sandoval, Guillermo Urrea Carrasco, Rol N° 89690-2016 (Corte Suprema de Chile 10 de mayo de 2017). <https://vlex.cl id: 678889441>

C/Contreras y otros. Qte.: María Ortega Fuentes, Rol N° 39732-2017 (Corte Suprema de Chile 14 de mayo de 2018). <https://vlex.cl id: 717208769>

C/Enrique Leddy Araneda y otros. Qte: Agueda Saez Fick. Es Parte: El Fisco, Rol N° 4427-2007 (Corte Suprema de Chile 28 de enero de 2009). <https://vlex.cl id: 332849890>

C/General y Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte y Otros. Procesados: Gerardo Alejandro Araneda Longa, Carlos Dionicio Figueroa Silva. Qte. Victor Barrera Barrera, Rol N° 5720-2010 (Corte Suprema de Chile 07 de marzo de 2012). <https://vlex.cl id: 436782090>

C/Gerhard Mucke Koschitzke, Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Luis Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Basclay Humberto Zapata Reyes, Fernando Gómez Segovia. Qte.: Verónica Vallejos Villagrán y otros. Es Parte: Fisco De, Rol N° 19127-2017 (Corte Suprema de Chile 6 de agosto de 2018). <https://vlex.cl id: 736182909>

C/Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Octavio Espinoza Bravo, José Octavio Zara Holger, Raúl Eduardo Iturriaga Neumann, Jorge Enrique Iturriga Neumann, Mariana Inés Callejas Honores, Cristoph Georg Paul Willeke Floel, Juan Hernán Morales Salgado, Rol N° 2596-2009 (Corte Suprema de Chile 8 de julio de 2010). <https://vlex.cl> id: 333063458

C/Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Fernando Lauriani Maturana, Gerardo Godoy García, Rolf González Wenderoth Pozo, María Gabriela Ordenes Montecinos.Qte.: Ministerio del Interior y otros. Dte. Civ.: Nelson Piñones Vega y., Rol N° 8398-2018 (Corte Suprema de Chile 9 de marzo de 2020). <https://vlex.cl> id: 841069942

Decreto N° 100 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. <https://bcn.cl/2f6sk>

Díaz Tolosa, R. I. (2013). Aplicación judicial en Chile del "ius cogens" como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (40), 393-417. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100012>

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, 24 de octubre de 1945. <https://bit.ly/3P7piug>

Green, J. A. (2016). *The Persistent objector Rule in International Law*. Oxford University.

Guillermo Reinaldo Gómez Aguilar, Rol N° 1528-2006 (Corte Suprema de Chile 25 de enero de 2008). <https://vlex.cl> id: 332882734

Homicidio Calificado de Manuel Tomás Rojas Fuentes, Rol N° 3125-2004 (Corte Suprema de Chile 13 de marzo de 2007). <https://vlex.cl> id: 43023345

International Court of Justice. (1969). North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (327), 3-56. <https://bit.ly/3UFNCEy>

International Court of Justice. (1986). Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). *Reports of judgments, advisory opinions and orders*, (520), 14-150. <https://bit.ly/3VXJZuV>

Jiménez de Aréchaga, E. (1979). La costumbre como fuente del Derecho Internacional. En *Estudios de derecho internacional: homenaje al profesor Miaja de la Muela* (pp. 375-402, Vol. 1). Tecnos.

Juste Ruiz, J., Castillo Daudi, M. y Bou Franch, V. (2018). *Lecciones de Derecho Internacional Público* (3a ed.). Tirant Lo Blanch.

Leandro Antonio Jarpa Ortiz con Fisco de Chile, Rol N° 23093-2019 (Corte Suprema de Chile 20 de enero de 2020). <https://vlex.cl> id: 839113366

López Marín, A. G. (Ed.). (2019). *Derecho Internacional Público* (5a ed.). Dilex.

La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al...

Llanos Mansilla, H. (1980). *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público* (Vol. 2). Jurídica de Chile.

Ministerio del Interior-Elba Andrade Lama-Programa Continuación Ley 19123-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Contra Fernando Lauriani Maturana, Krassnoff Martchenko Miguel, Wenderoth Pozo Rolf y otros., Rol N° 28138-2018 (Corte Suprema de Chile 19 de marzo de 2020). <https://vlex.cl> id: 841354917

Monroy Cabra, M. G. (2008). *El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional*. ACDI.

de Oliveira Mazzuoli, V. (2019) *Derecho internacional público contemporáneo (H. T. Baires Flores, Trad.)*. Bosch. <https://bit.ly/3VDQtPF>

Pastor Ridruejo, J. A. (2020). *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*. (24a ed.). Tecnos.

Paulino Flores Rivas y otro, Rol N° 559-2004 (Corte Suprema de Chile 13 de diciembre de 2006). <https://vlex.cl> id: 43023286

Peña Neira, S. (2017). *Fuentes del Estado de Derecho Internacional*. Olejnik.

Procesados Freddy Ruiz Bunger y otros, Rol N° 6188-2006 (Corte Suprema de Chile 13 de noviembre de 2007). <https://vlex.cl> id: 332869974

Qdos.: Augusto Pinochet Ugarte y Otros. C/Ariosto Lapostol Orrego, Fernando Polanco Gallardo, Luis Fernández Monjes, Héctor Vallejos Birtolo. Qte.: Ernesto Lejderman Avalos, Héctor Salazar Ardiles, Rol N° 696-2008 (Corte Suprema de Chile 25 de mayo de 2009). <https://vlex.cl> id: 472307438

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jaime Lepe Orellana respecto de los artículos 485, 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal; y artículos 7°, N° 1 y N° 2, y 29°, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en proceso penal, Rol N° 38.483-1991, instruido por el Ministro en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mario Carroza Espinoza, Rol N° 8872-20 (Tribunal Constitucional de Chile 04 de marzo de 2021). <https://bit.ly/3VMb58v>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Paz Guerra Fuenzalida respecto de las partes que indica de los artículos 277, inciso segundo y 320 del Código Procesal Penal y 411 quater, inciso primero del Código Penal, en los autos criminales sobre delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, seguidos ante el Juzgado de Garantía de Pichilemu, bajo el RIT N° 457-2011, RUC N° 1110028038-K., Rol N° 2615-14 (Tribunal Constitucional de Chile 30 de octubre de 2014). <https://bit.ly/3VKqyGe>

Ribera Neumann, T. y Gornig, G. (2016). *Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica*. Aranzadi.

Ruz Castillo Pedro Edgardo; Castillo Araya Silvia María con Fisco de Chile, Rol N° 743-2007 (Corte Suprema de Chile 25 de marzo de 2008). <https://vlex.cl> id: 332792110

- Salinas de Frías, A. (Dir.). (2019). *Lecciones de Derecho internacional Público*. (2a ed.). Tecnos.
- Secuestro Calificado de Carlos Humberto Contreras Maluje, Rol N° 6186-2006 (Corte Suprema de Chile 13 de noviembre de 2007).
- Sorensen, M. (Ed.), (1973). *Manual de Derecho Internacional Público* (Dotación Carnegie para la Paz Internacional, Trads.). Fondo de Cultura Económica.
- Vargas Carreño, E. (2012). *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI*. Jurídica de Chile.
- Visscher, C. de. (1955). Coutume et traité de Droit International Public. *Revue générale de droit international public*, 58, 353-369. <https://bit.ly/3FvMu1Z>

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Nogueira Alcalá, H. (2022). La costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional, su incorporación al derecho interno chileno, información comparativa y consideraciones sobre su regulación constitucional. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 29, e4785. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4785>



Copyright del artículo: ©2022 Humberto Nogueira



Este es un documento de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.