



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Aldunate Lizana, Eduardo

LA POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO

Ius et Praxis, vol. 16, núm. 2, 2010, pp. 185-210

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19715603007>

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

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

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

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

## LA POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO\*

THE ROLE OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM OF  
SOURCES OF LAW IN THE VIEW OF THE POSITIVE LAW

EDUARDO ALDUNATE LIZANA\*\*

### RESUMEN

*El presente trabajo intenta articular un modelo que permita explicar la fuerza normativa de los tratados y su posición en el sistema interno de fuentes del derecho, a partir del derecho positivo vigente.*

### ABSTRACT

*This paper tries to develop a positive-law- grounded model for the explanation of the normative force of treaties and their position in the national system of sources of law.*

### PALABRAS CLAVE

*Tratados, Fuerza Normativa, Sistema de Fuentes*

### KEY WORDS

*Treaties, Normative Force, Sources of the Legal System*

### INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intenta proponer un modelo que explique, a partir del derecho positivo vigente, la fuerza normativa y la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico interno, en concordancia con la práctica jurisprudencial,

\* Artículo desarrollado dentro del proyecto Fondecyt Nº 1080619 sobre Reformulación del sistema de fuentes cuyo investigador principal es el profesor Eduardo Cordero Quinzacara, y del cual el autor es coinvestigador. El autor agradece la iluminadora crítica del profesor Karl Müller Guzmán, los comentarios de los profesores drs. Magdalena Ossandon Widow y Luis Rodríguez Collao, sobre la asimilación del tratado a la ley en el delito de prevaricación, y la gentileza del profesor dr. Manuel Núñez Poblete, de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte al compartir el iluminador texto, aún sin publicar, de su ponencia presentada al II Coloquio de Jurisprudencia Constitucional celebrado en Valdivia, el 22 y 23 de octubre del año 2009. Trabajo recibido el 29 de marzo y aprobado 13 de octubre de 2010.

\*\* Profesor titular y docente de las asignaturas Derecho Constitucional, Introducción al Estudio del Derecho e Interpretación Jurídica en el Curso de Leyes de los SS.CC., Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: ealdunat@ucv.cl.

y de una manera que resulte compatible con el carácter vinculante que, para el estado considerado en el conjunto de sus poderes, presenta un tratado internacional ratificado por Chile y vigente en el plano del derecho internacional. Este planteamiento intenta separar dos cuestiones que usualmente se tratan de manera conjunta. Por fuerza normativa se entiende la cualidad del texto de un tratado en virtud de la cual éste es efectivamente considerado por un operador jurídico, en especial el operador jurisdiccional, en el proceso de integración de las fuentes encaminado a formular una regla como regla vigente del ordenamiento jurídico nacional. La posición de los tratados alude, en cambio, a la función que se asigna al sentido normativo construido a partir del texto de los tratados, al interior del sistema de fuentes. El presente trabajo no tiene por objeto un análisis eminentemente doctrinario o jurisprudencial del tema, sino la presentación de un modelo que permita articular de manera congruente la posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho nacional.

### I. LA EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS CONSIDERADOS COMO FUENTE DE DERECHO INTERNO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL; DEL TEMA DE SU VIGENCIA A LA DISCUSIÓN SOBRE SU RANGO Y NATURALEZA

En una tradición que siguió el texto original de la Constitución de 1980, ni la Carta Fundamental de 1833, ni la de 1925, abordaron la regulación de los tratados internacionales al interior del ordenamiento jurídico chileno, limitándose regular las respectivas atribuciones presidenciales y la intervención del Congreso en la aprobación, previa a la ratificación, de los mismos<sup>1</sup>. La incorporación de los tratados en el ordenamiento jurídico interno quedó entregada, entonces, a la regulación subconstitucional, y a la práctica institucional. En lo tocante a la primera, Llanos Mansilla menciona como primera fuente regulatoria de esta materia al Decreto Supremo N° 132, de 21 de junio de 1926, sobre promul-

<sup>1</sup> Constitución de 1833, art. 82: "Son atribuciones especiales del Presidente de la República: (...) 19<sup>a</sup>: Mantener las relaciones políticas con las naciones extranjeras, recibir sus Ministros, admitir cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas, si así lo exige el Presidente de la República". Constitución de 1833, art. 72: "Son atribuciones especiales del Presidente: (...) 16<sup>a</sup> Mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus Agentes, admitir sus Cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones". Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas, si el Presidente de la República así lo exigiere. Art. 43: "Son atribuciones exclusivas del Congreso (...) 5<sup>a</sup> Aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Todos estos acuerdos tendrán en el Congreso los mismos trámites de una ley".

gación de acuerdos internacionales aprobados por el Congreso Nacional. La forma de promulgar los mismos es la de un decreto supremo promulgatorio, y la fórmula, la misma que se usa para el texto de los proyectos de ley aprobados por el Congreso, ordena cumplirlos “como Ley de la República”.<sup>2</sup>

Por su parte, tanto la jurisprudencia como los tribunales han asimilado al texto del tratado al texto de un proyecto de ley en orden a exigir, para su vigencia en el ordenamiento nacional, la publicación del tratado, ya sea de acuerdo a la fórmula que señala el Código Civil, ya sea de acuerdo a la Ley N° 18.158, que autoriza una forma especial de publicación de tratados de gran extensión, mediante el depósito de ejemplares autenticados en el Ministerio de Relaciones Exteriores y en la Contraloría General de la República, y el deber de ésta de mantener un ejemplar en cada una de sus oficinas regionales.

La doctrina jurisprudencial en este sentido puede encontrarse a partir de 1921 en la sentencia Juan Gardaix con Fisco, en la que se afirma la regla de que “...para que los tratados tengan fuerza obligatoria deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y promulgados en la misma forma que las leyes”<sup>3</sup>, y confirmada en el caso Ortega Rodríguez Leopoldo y otro, en que se invocaba la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que a la sazón se encontraba promulgado, pero no publicado<sup>4</sup>.

En este período la doctrina no discutió de manera específica este punto, limitándose, más bien, a registrar el tratamiento que los tribunales nacionales

<sup>2</sup> Como se verá más adelante, siendo la única fuente positiva de la fuerza normativa del tratado en el ordenamiento jurídico interno, la fórmula promulgatorio es relevante. La fórmula que consigna LLANOS MANSILLA, Hugo, “Los tratados internacionales en la Constitución de 1925 y en la Jurisprudencia”, *Revista Ius et Praxis* Año 9 N° 1, 2003, p. 226, aparece como acertada: “dispongo y mando que se cumpla y lleve a efecto como ley de la República, publicándose copia autorizada de su texto en el Diario Oficial”. Fórmulas recientes que se limitan a señalar “promúlgase” el respectivo tratado, o “cúmplase”, sin indicar la forma de su cumplimiento, parecen altamente deficientes desde este punto de vista.

<sup>3</sup> La referencia está tomada del trabajo de LLANOS MANCILLA, Hugo, “Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en LEÓN, Avelino (Coord.), *Nuevos enfoques del derecho internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 36. La sentencia en el caso Godoy con Fisco, a la que Llanos ubica encabezando la serie, establece una regla distinta, la de la necesaria aprobación del tratado por parte del Congreso, para que tenga fuerza obligatoria; y la de la calificación del tratado como ley de acuerdo al art. 1º del C.C. de acuerdo a su génesis, desarrollo y promulgación; pero no alude a que la promulgación deba hacerse como la de una ley. En el mismo trabajo, Llanos menciona casos aislados en que los tribunales se han apartado de la exigencia de publicación para reconocer fuerza obligatoria al tratado (LLANOS, “Las relaciones”, recién citado, pp. 37, 38).

<sup>4</sup> Es importante señalar que a la fecha de este fallo se encontraba vigente el D.L. N° 247 que, según su epígrafe, establecía normas sobre tratados internacionales, y cuyo artículo 5º disponía que “Una vez se haya efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial”. Este decreto ley fue derogado por el artículo único de la Ley N° 18.903.

daban al derecho internacional en general, y al tratado internacional en particular, en el ordenamiento jurídico interno<sup>5</sup>.

La entrada en vigencia de la carta de 1980 no significó un mayor cambio en la regulación constitucional relativa a la posición de los tratados en el derecho interno. Aun cuando se encuentran algunas referencias al tema en las discusiones de la CENC, ello no se manifiesta en el texto constitucional aprobado.

Con la reforma constitucional introducida por la Ley N° 18.825 del año 1989 al art. 5º de la Constitución, la cuestión relativa a la forma o requisitos de incorporación de los tratados en general al derecho interno pasa a un segundo plano, desplazada por un debate que aún no da señales de llegar a su fin, relativo al rango o jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico. Si bien el punto específico de la reforma se refería a los tratados sobre los derechos a que alude el mencionado artículo (o sea, los esenciales que emanen de la naturaleza humana), una línea importante de la discusión se refiere al rango de los tratados internacionales en general.

La cuestión específica relativa al rango jerárquico de los tratados internacionales sobre derechos de la persona comienza a poco de promulgada la antedicha reforma, con la afirmación de que, a partir del agregado al inciso II del art. 5º de la Carta (*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*) los tratados internacionales sobre esta materia habían sido elevados a rango constitucional. Parte de la doctrina incluso, llegó a sostener que, en cuanto los tratados internacionales en materia de derechos humanos se limitaban a recoger derecho internacional imperativo del tipo *ius cogens*, se encontraban incluso por sobre el ordenamiento constitucional, asumiendo, de este modo, en una teoría monista extrema, que el ordenamiento constitucional de un país deriva su validez de su conformidad con el derecho internacional. A esta tesis, adoptada por diversos autores<sup>6</sup> se enfrentó prontamente la crítica de Fernando Saenger<sup>7</sup> y, posteriormente, de Lautaro Ríos<sup>8</sup>; sin embargo, el tema no fue objeto de un pronunciamiento institucional sino hasta el fallo del Tribunal Constitucional recaído

<sup>5</sup> LLANOS MANCILLA, Hugo, "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* tomo LIX, 1962.

<sup>6</sup> Un resumen de las correspondientes posturas puede verse en GUZMÁN, Alejandro, *Derecho Privado Constitucional*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, pp. 106 y ss.

<sup>7</sup> SAENGER GIANONI, Fernando, "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho* N° 20 vol. 2-3, 1993, pp. 647-667.

<sup>8</sup> RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos", *Gaceta Jurídica* N° 215, 1998, pp. 7-14.

en el Rol N° 346, de 08.04.2002 relativo a la aprobación del tratado en virtud del cual se creó la Corte Penal Internacional. Aun cuando sin relación con la cuestión sometida a su control, el Tribunal se pronuncia sobre la posición de los tratados internacionales para descartar su alegado rango o jerarquía constitucional, aun cuando parece aceptar la tesis de que se encuentran en una posición intermedia bajo la Constitución pero por sobre la ley.

Aun cuando podría haberse aventurado que esta sentencia pondría fin al debate, no fue así. En especial Humberto Nogueira siguió sosteniendo la posición jerárquicamente preferente de los tratados relativos a derechos humanos<sup>9</sup> sobre la base de las disposiciones constitucionales vigentes con anterioridad al año 2005, relativas al control de constitucionalidad de las leyes y de los tratados, que permitían argumentar, del texto constitucional, un diferente tratamiento a unas y otros.

El siguiente hito lo marca la reforma constitucional del año 2005. Curiosamente, aun cuando se abordan diversos aspectos relativos a la tramitación y vigencia de los tratados, se desaprovecha la posibilidad de regular constitucionalmente este tema que ya se había demostrado particularmente complejo. Sólo dos disposiciones dentro del reformado art. 50, actual art. 54, se refieren a los tratados como fuente de derecho interno. Es así como el art. 54 N° 1 i. VI señala que una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste *dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno*; y su inciso IX señala, dentro del deber de publicidad, los hechos relativos a la *entrada en vigor* del tratado.

En contraste, se incorporan, en una referencia general, las normas generales de derecho internacional como reglas limitativas de la facultad del Congreso para sugerir reservas y declaraciones interpretativas<sup>10</sup> y de la facultad para derogar, modificar o suspender las disposiciones de un tratado<sup>11</sup>. Junto con la referencia del art. 5° i. II, éstas son las únicas disposiciones constitucionales que otorgan a fuentes del derecho internacional, un efecto en el derecho interno.

Por último, cierra este acápite la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el control obligatorio del proyecto de ley que modificaba su propia ley orgánica constitucional, Rol N° 1288 de 25.09.2009. En lo tocante al punto en

<sup>9</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", *Revista Ius et Praxis* Año 9 N° 1, 2003, pp. 403-466.

<sup>10</sup> Nótese que aquí la limitación va dirigida al Congreso respecto de su facultad de sugerir tales reservas o declaraciones: no existe una disposición análoga que condicione *constitucionalmente* la formulación de reservas o declaraciones interpretativas por parte del Ejecutivo.

<sup>11</sup> En una verdadera importación, por no usar la menos elegante expresión copia, de la disposición del art. 96.1 de la Constitución española.

análisis lo medular era la especificación que contenía el proyecto de ley que adecuaba la ley orgánica constitucional a las modificaciones del año 2005, y que excluía a los tratados internacionales de la facultad del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la aplicación de un precepto legal (art. 93 i. I N° 6 CPR).<sup>12</sup> De paso, se negaba la posibilidad de que, una vez cumplido este requisito, el Tribunal declarara derogado el respectivo tratado, una disposición del mismo, por la vía de la declaración de inconstitucionalidad prevista en el N° 7 del mismo inciso. La cuestión pasaba por la discusión, aún latente, sobre si los tratados constitucionales pueden ser considerados preceptos legales tal y como organiza el sistema de fuentes la Constitución. El Tribunal, en los considerandos 35 y ss. del fallo, afirma que son preceptos legales y en esa calidad es inconstitucional la parte del proyecto de ley que excluye de la declaración de inaplicabilidad a los tratados; adicionalmente, señala que la eventual declaración de inaplicabilidad no implica una suspensión en términos del art. 54 N° 1 y, por lo mismo, no presenta incongruencia con el resto de la normativa constitucional.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La cuestión que se plantea en este trabajo consiste en cómo responder la pregunta relativa a la posición o rol que juegan los tratados internacionales –en general– en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico nacional, a partir del derecho nacional vigente.

Así puesta, se despeja ya de entrada el rol que pueda jugar el derecho internacional en esta construcción. La mañida referencia a la disposición de Viena que prohíbe alegar a los estados una disposición de derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones no define –como algunos autores pretenden– una posición de primacía del tratado internacional en el ordenamiento jurídico interno del Estado; sólo excluye el alegato sobre la base de ese ordenamiento jurídico para desconocer sus pactos, en el propio orden internacional. Es, ni más ni menos, aplicación del principio en virtud del cual nadie puede alegar su propia culpa o dolo para liberarse de una obligación.

Por otro lado, se descarta aquí el análisis desde una perspectiva teórico doctrinal<sup>13</sup>; las posturas relativas a la relación entre el derecho interno y el derecho

<sup>12</sup> La respectiva disposición del art. 47 B del el artículo único, N° 57, rezaba: “de conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>13</sup> La referencia a las teorías monistas y dualistas suele quedarse en su sola mención, por lo que vale aquí hacer un brevíssimo resumen. Para la posición dualista (Triepel, Anzilotti), el ordenamiento jurídico internacional y el nacional constituyen ordenamientos distintos, de modo tal que los efectos del primero sobre el segundo dependen exclusivamente de la regulación adoptada en el plano interno

internacional, en el plano interno, son valiosos puntos de discusión; pero una respuesta que pretenda hacer afirmaciones sobre el derecho vigente en Chile no puede reposar exclusivamente sobre ellas.

La cuestión relativa a la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico interno involucra dos temas distinguibles: el relativo a cómo el texto del tratado adquiere carácter normativo en el ordenamiento jurídico interno, y el que se refiere a la posición que deba atribuirse a sus efectos normativos en dicho ordenamiento. La cuestión es mucho más compleja que la mera afirmación de su rango normativo o fuerza de ley. En efecto, por las particularidades de los

por los estados; un precepto de derecho internacional público no puede, *per se*, pretender efectos normativos en el ordenamiento de un Estado. Las razones que sustentan esta postura aluden: a) al diferente proceso de formación de los preceptos de uno y otro ordenamiento; que en un caso requiere el consenso de diferentes estados mientras que en otro la voluntad de un solo estado; b) a las diferentes materias reguladas, en un caso las relaciones entre estados, en el otro las relaciones de los sujetos al interior del estado, y c) el origen “autoritario”, esto es, de autoridad del derecho interno, frente al origen contractual del derecho internacional. Para la posición monista (Kelsen, Scelle), ambos órdenes constituyen una unidad en la cual el ordenamiento jurídico interno debe sujetarse al ordenamiento jurídico internacional, como requisito de validez, e incorpora sin necesidad de actos específicos de recepción al derecho internacional como parte del ordenamiento jurídico interno. Mientras que en el caso de Kelsen esta conclusión deriva de considerar al ordenamiento jurídico internacional en el plano normativo superior del cual deriva la validez del ordenamiento jurídico interno, en el caso de Scelle esto obedece a consideraciones sociológicas; el derecho sería el de una sola comunidad internacional –orden jurídico universal de la humanidad–, donde es siempre el ser humano el destinatario de cualquier norma jurídica, sea interna o de derecho internacional. Como señalan González, Sánchez y Sáenz, ambas posturas tienden a converger en la actualidad; la monista acepta que el efecto de contravención de una norma interna a la de derecho internacional no se resuelve necesariamente en la invalidez de la norma de derecho interno, sino que puede admitirse como un efecto de responsabilidad del estado infractor –cosa que también acepta la posición dualista–. Ésta, por su parte, ha matizado su afirmación tajante de que el ordenamiento jurídico internacional no puede tener efectos en el ordenamiento jurídico interno, y acepta que en algunos casos se pude dar una suerte de continuidad en ambos planos (GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRIGUEZ, Luis I.; SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Curso de derecho Internacional Público*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 273). Para el autor de este artículo, tanto la postura dualista como la monista desatienden el criterio fundamental, que es la circunstancia de que un ordenamiento jurídico sólo lo es, y siempre, de una comunidad jurídica, y la existencia de la misma no se encuentra dada por el derecho, o por el mero hecho de la existencia de la humanidad (Scelle) sino por las circunstancias políticas en que se encuentran los seres humanos. El punto relevante aquí es que en el actual momento histórico existen comunidades jurídicas definidas y diferenciadas por el hecho político de la existencia de autoridades dotadas con la facultad de crear el derecho, criterio que establece una separación conceptual, jurídica y práctica entre los seres humanos de distintos estados y, más importante aún, entre los sujetos de derechos habilitados para participar en la comunidad jurídica internacional. El patrón de contraste aquí es la configuración del derecho antes del surgimiento del estado moderno (soberano), donde el S.I.R.G. constituía efectivamente una comunidad jurídica a pesar de la pluralidad de órdenes existentes. La inclusión de la persona humana como sujeto del derecho internacional público, a través del derecho internacional de la persona humana no quita ni agrega nada a esta postura, ya que la participación de los individuos en la comunidad jurídica internacional sigue siendo marginal; no pueden participar en el proceso de creación de las fuentes primarias del derecho internacional público.

tratados como fuente del derecho, aparte de la pregunta sobre el contenido mismo de la expresión “fuerza de ley” en nuestro ordenamiento jurídico, surge la cuestión relativa al carácter autoejecutivo o no autoejecutivo de las disposiciones de un tratado, y el de su ámbito de validez (en especial, en los casos en que un tratado condiciona determinado trato a la calidad de nacional de las partes contratantes).

### III. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL APLICABLE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Nuestra Constitución no contempla, como sí lo hacen otras cartas fundamentales, una disposición expresa general relativa a la posición del derecho internacional público en el sistema de fuentes nacionales, ni una disposición expresa particular sobre la posición de los tratados internacionales, en dicho sistema. Por ejemplo, el art. 96.1 de la constitución española señala que *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno*. El art. 55.1 de la Constitución de Francia señala que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte<sup>14</sup>. En aplicación de esta disposición, los tribunales franceses deben preterir a la ley que entra en conflicto con un tratado<sup>15</sup>.

En contraste, una serie de preceptos constitucionales dispersos pueden considerarse relevantes como datos de entrada: el ya citado art. 5º i. II; el art. 32 Nº 15, el art. 54 Nº 1, el art. 93 i. I Nºs 1, 3, 6, 7, i. II, i. IV, i. VI, i. XI, XII, 94 i. II. De la lectura de estas disposiciones se puede afirmar, preliminarmente, que:

a) Nuestra Constitución asimila el objeto de un tratado a las materias propias de ley.

Ello resulta claro cuando se aprecia, en primer lugar, la referencia a los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales, en el art. 93. i. I Nº 1, y la alusión contenida en el inciso IV del art. 54 Nº 1, en relación a que el Presidente no requerirá de una nueva aprobación del

<sup>14</sup> “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”.

<sup>15</sup> Sentencias Cafés J. Fabre y Nicolo, del Tribunal de Casación de 25.05.1975 y del Consejo de Estado de 20.10.1989, respectivamente, citadas por DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16<sup>a</sup> Edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 244.

Congreso para celebrar acuerdos para el cumplimiento de un tratado en vigor “a menos que se trate de materias propias de ley”. Por último, la referencia en ese mismo inciso a los tratados celebrados por el Presidente de la República “en ejercicio de su potestad reglamentaria” confirma el trato que da la Constitución a los tratados en lo que respecta a su objeto. El art. 54 i. I, además, somete la aprobación de un tratado a los quórum que correspondan de acuerdo al art. 66 CPR.

Estas referencias sólo pueden entenderse como resultado de una pobre comprensión, en nuestro diseño constitucional, de la naturaleza de los tratados internacionales y de sus efectos. La distinción constitucional entre distintos tipos de fuentes, las autoridades facultadas para producirlas y los procedimientos exigidos para ello constituyen un arreglo interno para el ejercicio del poder estatal. El instrumento convencional internacional, por el contrario y por regla general<sup>16</sup>, implica una obligación del Estado, podría decirse, del poder estatal, en singular, con independencia de las autoridades que deban producir los actos necesarios para dar cumplimiento a la misma: desde el poder constituyente derivado hasta el más bajo nivel que pueda apreciarse en la escala jerárquica de potestades administrativas, o jurisdiccionales<sup>17</sup>. Mientras que una ley orgánica constitucional se limita a regular determinadas materias en ejercicio de la competencia legislativa, y no obliga al propio legislador, el tratado impone al Estado en su conjunto las obligaciones que en su virtud contrae, en el ámbito

<sup>16</sup> Por regla general. No escapa a este análisis que determinados tratados internacionales (por ejemplo, el tratado de integración minera entre Chile y Argentina), más que imponer obligaciones para las partes, implican un acuerdo internacional sobre la legislación que ha de regir en los respectivos estados; pero esto, que es un caso dentro de la tipología de los tratados internacionales, no determina la naturaleza de los mismos.

<sup>17</sup> Esta comprensión deficiente de la naturaleza de los tratados internacionales queda en evidencia en la forma como el Tribunal Constitucional enfrenta el control obligatorio de los mismos; en el fallo en Rol N° 309, el Tribunal Constitucional no declara inconstitucional determinados preceptos del Convenio N° 169 de la OIT por estimar que, al ser ellos inaplicables de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, no pueden recibir aplicación. Con ello, el Tribunal desconoce que la aprobación del tratado, con esas disposiciones “no aplicables por contrarias a la Constitución” también vinculan al poder constituyente derivado. Incluso en aquellos casos en que la respectiva disposición del tratado señala que una obligación convencional debe cumplirse en conformidad con el derecho interno, eso no habilita al estado para alegar que no es posible cumplirla –precisamente por su derecho interno-. Desde el punto de vista del derecho internacional, por su parte, la declaración de constitucionalidad del tratado, que permite en definitiva su ratificación, pero que se emite en el entendido que determinadas disposiciones del tratado no podrán tener aplicación para Chile parece ostensiblemente contraria al principio de buena fe exigible a los estados en todo el iter de perfeccionamiento del tratado. Al respecto puede consultarse la ponencia de NÚÑEZ POBLETE, Manuel, al II Coloquio de Jurisprudencia Constitucional celebrado en Valdivia, 2009 “Las representaciones internas del derecho internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en prensa para su publicación.

de las potestades constituyentes derivadas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales<sup>18</sup>.

Así visto, se aprecia que el diseño constitucional que somete a control obligatorio los tratados que versen sobre materias propias de ley orgánicas constitucionales, y a control facultativo los demás tratados, no parece plenamente congruente con su finalidad. Tanto los unos como los otros vinculan en su integridad al poder estatal, incluyendo, en su caso, al poder constituyente derivado. Desde esta perspectiva, si el control de constitucionalidad tiene por objeto resguardar la supremacía de la constitución, y ésta se reafirma en su rigidez, esto es, en su inmutabilidad frente a procedimientos distintos a los de la reforma constitucional (modificación formal) sólo tendría sentido someter a *todos* los tratados a un control obligatorio<sup>19</sup>, en vistas a evitar que, con posterioridad a su aprobación y ratificación, pueda surgir para el Estado de Chile el imperativo de derecho internacional público de modificar su ordenamiento interno a nivel constitucional, como sucedió por ejemplo con ocasión del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Olmedo Bustos<sup>20</sup>.

Se confirma esta errónea apreciación de la naturaleza y función de los tratados cuando la constitución, tras la reforma del 2005, habla de tratados *celebrados en ejercicio de la potestad reglamentaria*. Lo que se quiere decir resulta bastante claro; en el concepto que se viene discutiendo, correspondería a tratados que no tienen por objeto materias propias de ley. Sin embargo, el uso de la expresión deja en evidencia el error conceptual; la potestad reglamentaria

<sup>18</sup> Un uso adecuado de los términos hubiese permitido expresar con mayor precisión el requisito de aprobación, sin incurrir en estas imprecisiones: si las obligaciones que contempla el tratado vinculan al órgano legislativo, o imponen el deber de dictar actos legislativos, éste deberá ser aprobado por el congreso; en caso contrario, el Presidente de la República podrá obligar al Estado (i.e., ratificar) sin dicha aprobación. Este uso de los términos permite apreciar de mejor manera por qué todos los tratados deberían ser sometidos a control de constitucionalidad, a fin de evitar que se obligue al Estado imponiendo deberes al poder constituyente derivado –por las eventuales diferencias que puedan existir entre los deberes convencionales y las disposiciones constitucionales vigentes– y no, en cambio, señalando que los tratados que recaigan sobre materias propias de reforma constitucional, lo que es un sin sentido.

<sup>19</sup> En un sentido similar, a favor de un control obligatorio de todos los tratados internacionales cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (Coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 538.

<sup>20</sup> Sentencia de febrero de 2001 –caso Última Tentación de Cristo–, que en su punto 4 "decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto. El ordenamiento jurídico interno incluía aquí el ordenamiento constitucional, que fue modificado, para cumplir con la sentencia, por Ley de Reforma Constitucional N° 19.742 de 25.08.2001.

es justamente la potestad normativa unilateral que tiene la autoridad como autoridad ejecutiva. No existe posibilidad de que, en ejercicio de esa potestad, la autoridad “celebre tratados”, ya que los tratados, si bien en nuestro país son negociados, suscritos y ratificados por el Presidente, son siempre celebrados en virtud de la capacidad que se reconoce al estado como sujeto de derecho internacional para contraer obligaciones internacionales. Este *ius tractatum*, aun cuando radicado en el ordenamiento nacional en el Presidente de la República, no es parte ni manifestación de su potestad reglamentaria, con independencia de la materia sobre la que recaiga y, además, tiene siempre la naturaleza de una facultad para celebrar pactos –y no la de una potestad unilateral-. Este aserto es tan antiguo como que ya el mismo John Locke, en un antecedente de lo que posteriormente será la teoría de la división del poder y de la separación de poderes en Montesquieu, distinguía entre el poder ejecutivo, legislativo, judicial y un poder federativo, entendiendo por este último “...el derecho de la guerra y la paz, de constituir ligas y alianzas, y el de llevar adelante todas las negociaciones...”<sup>21</sup>.

b) La asimilación de los tratados a la ley por parte de la Constitución es parcial.

Visto cómo nuestra constitución asimila los tratados a las leyes en lo que respecta a los requisitos de su aprobación vinculados a i.- la distribución de competencias entre Presidente de la República y Congreso y ii.- a la competencia del TC para realizar su control, es importante destacar que esta asimilación es sólo parcial: la propia reforma del año 2005 relativiza la aplicación del procedimiento de formación de la ley a la aprobación de un tratado internacional, al agregar la frase “en lo pertinente” a la redacción original del art. 50, actual art. 54 CPR, que señalaba que la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Por otro lado, en lo relativo a la vigencia del tratado, no existe una equiparación con la ley. Como ya se ha mencionado, desde la propia Constitución se establece una limitación para la derogación, suspensión o modificación del tratado, mismas que sólo podrán producirse de manera constitucionalmente válida, para nuestro ordenamiento jurídico nacional, si se conforman con las normas de los propios tratados o las generales de derecho internacional. En estos casos, dichas normas se incorporan al estándar de control de la constitucionalidad de un acto de esta naturaleza. Si el acto modificatorio, por ejemplo, va en contra de las normas del respectivo tratado o las normas generales de derecho internacional, será inconstitucional: no porque estas normas hayan sido “consti-

<sup>21</sup> LOCKE, John, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, § 146, Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, 1990, p. 186.

tucionализadas", sino porque constituyen el elemento que el texto constitucional establece como base de la respectiva construcción normativa. Podrá parecer un mero juego de palabras, pero no lo es: reconocer esta distinción implica mantener la diferencia en los procedimientos de creación y modificación de las respectivas fuentes internacionales, aun cuando ellas sea consideradas en la elaboración el respectivo estándar constitucional.

Tampoco se asimila la posición de los tratados a los de la ley en cuanto a su fuerza o vigor en el ordenamiento jurídico interno. Al efecto, basta comparar la ausencia de toda disposición al respecto, con la forma en que la Constitución dispone, en el art. 64 i. final, que los decretos con fuerza de ley *estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley*. Debe destacarse que este precepto del artículo 64 agrega o abunda respecto de algo que ya había expresado en el inciso I, desde el momento en que en dicha disposición se alude a "*disposiciones con fuerza de ley*". En una interpretación sistemática no puede omitirse esta circunstancia: allí donde la Constitución ha otorgado fuerza de ley a una fuente del derecho lo ha expresado tanto de este modo (art. 64 i. I) como con una disposición expresa (64 i. final).

Nada de esto existe tratándose de un tratado.

Por lo pronto, no se somete al tratado a las mismas reglas que se aplican a la publicación de la ley. El imperativo constitucional es el deber de dar *debida publicidad a los hechos relacionados con*, entre otros, la entrada en vigor del tratado, pero justamente por la diferencia de fórmula elegida, no puede estimarse que quede sometido, al menos desde la Constitución, a las reglas aplicables a las leyes<sup>22</sup>.

Las facultades del Presidente de la República previstas en el art. 32 Nº 15 comprenden el *iter* internacional de negociación y adopción de los tratados, pero sólo se extienden hasta la ratificación, esto es, la manifestación formal y definitiva de la voluntad del estado de obligarse por medio del respectivo tratado en el plano internacional. Esta disposición no otorga punto de apoyo alguno para fundar atribuciones presidenciales relativas a la entrada en vigencia en el orden interno, del tratado internacional, o para sostener, en su virtud, que la ratificación de un tratado por el Presidente de la República le otorga a dicho instrumento "fuerza de ley".

Por último, respecto del control de constitucionalidad de los tratados en los numerales 1 y 3 del inciso I del artículo 93, ni siquiera se encuentra constitucionalmente previsto el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado sometido a la aprobación del Congreso –disposición de la cual,

<sup>22</sup> Entre otras cosas, por la falta de coincidencia que puede haber entre la completa aprobación en el orden interno, y la ratificación y entrada en vigencia del tratado en el orden internacional.

eventualmente, se podría haber desprendido algún elemento de interpretación para evaluar el estándar normativo aplicable a la vigencia del tratado en el orden interno<sup>23</sup>.

En consecuencia, pueden resumirse las ideas expuestas en los párrafos precedentes señalando que:

a) La constitución no regula la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico.

b) Subyace a la regulación constitucional de los tratados una asimilación parcial con las leyes:

b1) En cuanto a su procedimiento de aprobación ante el Congreso, b2) en cuanto a la distribución de competencias entre Presidente de la República y el Congreso, respecto del procedimiento de su aprobación, en razón de la materia (tratados que “recaen sobre materias de ley” requieren de aprobación del Congreso, tratados que no recaen sobre estas materias no requieren dicha aprobación), y b3) en cuanto al procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional, también en razón de la materia.

c) Esta asimilación no se extiende a los efectos del tratado y a su posición en el ordenamiento jurídico, como resulta del contraste con la disposición del art. 64 CPR.

De lo anterior resulta que un tratado ratificado por Chile se presenta como un texto respecto del cual no resulta posible concluir, sobre la base del derecho positivo, y a estas alturas del análisis, si tiene carácter normativo en el orden interno y, de tenerlo, cuál sería su función en el plano normativo.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, un inciso que indicase que “los tratados cuyas disposiciones en todo o parte hubiesen sido declarados inconstitucionales no podrán ser ratificados” conduciría a una conclusión distinta que un precepto que señalase que “los tratados cuyas disposiciones en todo o parte hubiesen sido declarados inconstitucionales no podrán entrar en vigor en el ordenamiento jurídico nacional”; o, más aún, si se señalase que dichos tratados “no podrán convertirse en ley”. La solución por la que opta la LOC TC (tras su modificación por la Ley N° 20.381) en su art 35 i. VII es la siguiente: “Si el Tribunal resuelve que uno o más preceptos de un tratado son inconstitucionales, deberá declararlo así por resolución fundada cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen. La inconstitucionalidad total impedirá que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. La inconstitucionalidad parcial facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional”.

<sup>24</sup> Si, por el contrario, se quisiese proyectar la asimilación parcial que la Constitución hace de los tratados a alguna de las fuentes internas (leyes o reglamentos, en su caso), podría llegar a la conclusión de que los tratados celebrados por Chile y que hayan contado con la aprobación del Congreso pueden asimilarse a las leyes, mientras que aquéllos celebrados por el Presidente “en ejercicio de su potestad reglamentaria” pueden asimilarse a reglamento. En este caso, el tratado sólo podría entenderse con la fuerza vinculante de un reglamento autónomo y, por lo tanto, en el orden interno, no vincularía al poder legislativo. Esta solución no parece admisible, en el sentido que llega a un resultado que contradice la función normativa del tratado en el orden jurídico internacional.

#### IV. FUNDAMENTO DEL CARÁCTER NORMATIVO DEL TEXTO DE UN TRATADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

A la luz de lo anterior, y al menos desde la perspectiva de la práctica constitucional chilena, la única fuente que permite explicar la función del tratado como texto normativo en el orden interno parece radicar en el decreto promulgatorio del mismo por el Presidente de la República, y la orden contenida en el mismo, de dar cumplimiento al tratado. Si a su vez, se quiere encontrar un fundamento constitucional para esta facultad, éste puede encontrarse en el art. 54 N1 i IV, entendido el decreto promulgatorio como una medida adoptada por el Presidente para el cumplimiento de un tratado en vigor (donde la expresión “en vigor” habría que entenderla aquí en alusión a la vigencia del tratado en el orden jurídico internacional). Es así como en la fórmula promulgatoria de diversos tratados el Presidente de la República ordena cumplirlos y llevarlos a efecto como ley de la república, (ej.: PIDCP), o simplemente, ordena cumplirlos (PIDSEC). Si se acepta esta conclusión, ella tiene, al menos en el plano teórico, la importancia de exigir una más prolífica práctica en las fórmulas promulgatorias de los tratados, que en el último tiempo son tautológicas (cuando se indica en el decreto promulgatorio que el correspondiente tratado “se promulga”), y/o incompletas (cuando se limitan a ordenar que el tratado se cumpla, sin indicar cómo ello debe hacerse –si como ley, como reglamento, etc.–).<sup>25</sup>

Lo anterior plantea, a lo menos, un problema interpretativo respecto de la noción “tratado en vigor”. ¿Se entiende que el Presidente de la República, para ordenar el cumplimiento de un tratado en el orden interno, está supeditado a la entrada en vigencia del tratado de acuerdo a las reglas del derecho internacional público, y a las previstas por el propio tratado (el tratado está en vigor desde que despliega todos sus efectos normativos entre las partes contratantes)? ¿O debe entenderse que la expresión alude al perfeccionamiento de la obligación internacional para el estado de Chile (el tratado está en vigor desde el momento en que se perfecciona la obligación al mismo para el estado chileno)? Tomando en consideración los argumentos que se desarrollan más abajo respecto de la obligación de cumplimiento del tratado para los órganos del Estado, la segunda

<sup>25</sup> Por ejemplo, el decreto promulgatorio del Convenio entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de la república de Islandia para la promoción y protección recíproca de las inversiones (D.O. 12.08.2006), de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (D.O. 30.01.2007); del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (D.O. 01.08.2009) y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la Organización de los Estados Americanos (D.O. 24.02. 2010), cuyos artículos únicos rezan “Promúlgase (aquí la individualización del respectivo instrumento internacional); cúmplase y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial”. En otros casos, se repite la fórmula (promúlgase) pero al menos se contiene la orden “cúmplase y llévese a efecto como ley...” (ejemplo: Convenio de Seguridad Social entre los gobiernos de Chile y Australia, D.O. de 28.05.2009)

parece ser la interpretación que mejor se aviene con un sistema de vigencia interna de los tratados congruente con su vigencia en el plano internacional.

El fundamento del carácter normativo del tratado internacional en el ordenamiento jurídico interno, radicado en la orden de cumplimiento contenida en el decreto promulgatorio, puede parecer precario si se le aprecia desde la perspectiva de los efectos que se le pueden reconocer, y que se discuten más adelante<sup>26</sup>. A esta objeción se le pueden enfrentar a lo menos tres argumentos.

El primero es la ausencia de otra fuente plausible en el plano positivo, para justificar dicha función. Como se ha dicho al inicio de este trabajo, se busca estudiar el régimen positivo de los tratados en el ordenamiento jurídico chileno y en lo tocante a este punto, no parece haber otros puntos de apoyo, en la Constitución u otras fuentes, para justificar la incorporación al derecho interno, con fuerza normativa, del texto de un tratado.

El segundo alude a que, afirmar que lo que otorga fuerza normativa al tratado en el ordenamiento interno es la orden presidencial de cumplirlo, contenida en el respectivo decreto promulgatorio es concordante con la facultad que la Constitución reconoce al propio Presidente de la República para denunciar un tratado o retirarse de él, y los efectos que esta denuncia o este retiro producen en el derecho interno, sin necesidad de actos adicionales. De acuerdo a lo que señala el art. 54 N1 i. VI CPR, una vez que la denuncia o retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno. Esta disposición que, aunque la condiciona en sus requisitos al respectivo tratado, deja entregada a la decisión presidencial el término de la vigencia del tratado en el orden interno, sería difícilmente conciliable con la identificación de una fuente de la fuerza normativa del tratado en el ordenamiento jurídico interno que fuese distinta a la orden del Presidente

<sup>26</sup> La postura aquí sostenida asume un efecto que no termina de convencer desde el punto de vista político, si bien no presenta contradicción con las disposiciones constitucionales incluidas en el análisis. Si la Constitución asimila a los tratados internacionales a las leyes en cuanto a sus procedimientos de aprobación (exigencias de quórum, control de constitucionalidad ante el TC) y en cuanto a la respectiva competencia normativa (tratados materia de ley/tratados no materia de ley, o sea, susceptibles de ser regulados por la potestad reglamentaria del Presidente de la República), esto lleva a la conclusión de que hay cuerpos normativos (tratados, en este caso) aprobados por el Congreso, sobre, por ejemplo, materias de ley orgánica constitucional, cuya fuerza normativa depende, tanto en su inicio como en su término, de la decisión del Presidente de la República. A diferencia de lo que sucede con una ley que una vez aprobada debe ser objeto de promulgación y publicación, y respecto de la cual el Presidente carece absolutamente potestades derogatorias, respecto de los tratados, así sea que versen sobre materias de ley, puede decidir si entran en vigor, o no, y cuándo cesan en su vigencia. Si pensamos que dentro de la leyes orgánicas está, por ejemplo, la relativa a la organización y atribuciones de tribunales, esto significaría que por la vía de la denuncia o retiro de un tratado que otorga o reconoce determinadas atribuciones a los tribunales el Presidente de la República puede, por sí y ante sí –supuesto el cumplimiento de las exigencias del tratado– modificar las facultades de los tribunales de justicia.

que manda cumplirlo. Sería bastante difícil de justificar en una aproximación sistemática que, si el tratado hubiese de adquirir su fuerza normativa en virtud de disposiciones constitucionales o legales, pudiese perderla por un simple decreto presidencial.

El tercer argumento es eminentemente práctico, y quedo en deuda con el profesor de derecho internacional público de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Karl Müller Guzmán, por habérmelo hecho ver: si se llega a objetar lo precario del fundamento positivo del carácter normativo de los tratados en el orden interno a partir del decreto promulgatorio, pues bien, cabe observar que ha sido su único fundamento ya casi por dos siglos...y los tratados se han cumplido!

#### V. FUNCIÓN NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Corresponde a continuación examinar cuál es la función normativa que se va a reconocer al texto del tratado ya incorporado como texto normativo al ordenamiento jurídico en virtud de la orden presidencial respectiva. La función normativa de un texto<sup>27</sup> se concreta en el momento de su aplicación en el contexto de las demás fuentes que el operador jurídico ha de incorporar en el respectivo proceso de construcción normativa, y ella está dada por las relaciones recíprocas que el operador pueda establecer entre los enunciados normativos cuya vigencia afirme sobre la base de la interpretación de dichos textos.

El juez, ante el texto normativo de un tratado promulgado y publicado, se ve enfrentado a dos imperativos. El primero consistente en el vínculo que se deriva para él, en cuanto titular de un órgano del estado, en vistas a cumplir con el deber de derecho internacional que le impone el tratado al estado. En principio, los deberes asumidos por un estado al celebrar un tratado vinculan a todos sus poderes, a menos que de la construcción normativa del mismo tratado se desprenda que vincula exclusivamente a determinados poderes o competencias.

Así por ejemplo, el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dirige una obligación específica a la potestad creadora de la ley, o a la autoridad facultada para adoptar medidas de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en el art. 1 de la Convención, con arreglo a sus procedimientos constitucionales. De ello parece desprenderse que el vínculo se dirige a potestades normativas (y no a los jueces colmando lagunas o vacíos de protección de los derechos) y específicamente a aquellas situadas bajo la Constitución.

<sup>27</sup> Se entiende, de un texto al que se le reconoce el carácter de "texto normativo", de fuente del derecho.

De este modo, el juez, como poder del estado, se encuentra vinculado a dar cumplimiento al tratado internacional, salvo en aquella parte de sus disposiciones que puedan entenderse dirigidas específicamente a potestades normativas al nivel de poder constituyente o legislativo. Respecto de otras autoridades, puede entenderse que el juez puede dar aplicación a los deberes que emanen del tratado internacional con las mismas potestades que el ordenamiento jurídico interno le reconoce para el ejercicio de la jurisdicción interna<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, si un tratado impone deberes de actuación para autoridades administrativas, y el ordenamiento jurídico interno contiene acciones para reclamar ante tribunales las omisiones antijurídicas de los órganos administrativos, se podrá recurrir al juez y éste, en virtud del tratado, deberá adjudicar condenando a la respectiva autoridad u órgano administrativo<sup>29</sup>.

De lo anterior resulta una consecuencia importante para la doctrina, nacida al alero del derecho de los EE.UU., y recibida por alguna doctrina nacional y por la jurisprudencia constitucional, que distingue entre preceptos autoejecutables (o autoejecutivos) y no autoejecutables (*self executing/non self executing*). Para esta doctrina, enunciada en términos generales, incluso cuando se consideren parte del derecho (interno) del país, ciertas disposiciones de un tratado pueden resultar no aplicables por el órgano jurisdiccional sin un acto normativo interno que venga a dar contenido a las obligaciones contenidas en el tratado. De acuerdo a lo sostenido por el propio Tribunal Constitucional: “*Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina 'self executing' y 'non self executing'.* Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga apli-

<sup>28</sup> Al menos en Chile, por el art. 7º i. II CPR, no parece posible desprender en favor del juez la existencia de competencias implícitas derivadas de los deberes impuestos por un tratado internacional; lo que pueda hacer el órgano jurisdiccional para dar cumplimiento a la parte de los deberes que le tocan en virtud de un tratado será ejercer sus competencias de modo tal de satisfacer dichos deberes; pero las disposiciones atributivas de competencia, a menos que estén expresamente contempladas en un tratado, siguen siendo aquellas que le otorga el ordenamiento jurídico interno.

<sup>29</sup> La conclusión sería la misma si el respectivo ordenamiento jurídico contemplase la competencia de los tribunales en general, o de un órgano de jurisdicción constitucional, para dictar medidas provisionales, temporalmente sustitutivas de ley, en el caso de omisiones legislativas, o regulaciones legislativas defec- tuosas. Esto, que el ordenamiento jurídico procesal constitucional alemán conoce como *einstweilige Anordnungen*, extendería las potestades decisorias del respectivo tribunal, a la luz del tratado, incluso cuando el deber estuviese precisamente dirigido a los órganos encargados de elaborar las leyes.

*bles como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva. Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras" (STC Rol N° 309, cons. 48º).*

Si lo que define la posibilidad práctica de aplicar las disposiciones de un tratado no es el tratado mismo, sino que la configuración de las potestades creadoras de las fuentes del derecho, pudiendo dicha configuración contemplar facultades de actuación jurisdiccional en el caso de omisión de producción regulatoria por parte de los primariamente llamados a ella, la cuestión sobre el carácter ejecutable o no de las disposiciones del tratado se desplaza, desde una apreciación aislada de su texto, a un análisis integrado, tanto de las disposiciones del tratado, como de la disposición que hace el ordenamiento jurídico interno de las potestades de los órganos jurisdiccionales<sup>30</sup>. De este modo, la doctrina que quiere distinguir entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en el texto del tratado mismo no es idónea para justificar un detrimento de la fuerza normativa del tratado<sup>31</sup>.

Por otro lado, y dentro de este mismo deber que recae sobre el juez en cuanto poder del Estado obligado del tratado se encuentra el deber general, derivado del derecho de los tratados (art. 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), de no incurrir en actos o conductas que puedan poner en peligro (frustrar) el objeto y fin del tratado, incluso antes de la entrada en vigor del mismo. En este caso se muestra una de las particularidades del tratado respecto del ordenamiento interno ya que, aun sin entrar en vigor en el orden internacional, y sin que pueda decirse que se ha incorporado al derecho interno, debe ser considerado por el juez nacional al momento de resolver<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Y no es una cuestión que dependa exclusivamente del grado de determinación normativa de la respectiva cláusula del tratado (ver por ejemplo *Doctrina Constitucional del Presidente Lagos Escobar*, Gobierno de Chile, Secretaría General de la Presidencia, 2009, Tomo II, p. 99). Geraldo von Potobsky enumera una serie de casos en la jurisprudencia comparada donde disposiciones presuntivamente no-ejecutivas han sido aplicadas a partir de la forma de entender la respectiva obligación convencional por parte de los tribunales. El artículo se pueden consultar en v. POTOBSKY, Geraldo, *Eficacia Jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional*. En: [http://training.itcilo.org/ils/ils\\_judges/training\\_materials/spanish/VonPotobsky.pdf](http://training.itcilo.org/ils/ils_judges/training_materials/spanish/VonPotobsky.pdf) [visitado el 25/03/2010].

<sup>31</sup> En un sentido similar, NÚÑEZ, cit. nota. n. 17, quien, explicando el inconveniente que trae aparejada la distinción entre normas autoejecutables y normas no autoejecutables señala que éste consiste en "...la sustitución del examen sustancial de una o varias obligaciones por el examen superficial de una norma a objeto de identificar su supuesta capacidad o incapacidad para ser aplicadas en el orden interno".

<sup>32</sup> NÚÑEZ, en el trabajo cit. nota. n. 17, menciona casos de jurisprudencia de la Corte de Apelaciones que invoca justamente este argumento para aplicar convenciones internacionales que Chile había

El segundo imperativo consiste en dar eficacia al tratado tal y como lo ordena el respectivo decreto promulgatorio, suponiendo que se utilice la fórmula completa (“*mando que se cumpla como Ley de la República*”, o “*cúmplase.... como Ley de la República*”) o que se acepte que cualquier fórmula promulgatoria, por sí misma, lleva envuelta la orden de cumplir el tratado como ley<sup>33</sup>. La principal interrogante que surge aquí es la posición que debe otorgar al sentido normativo que le atribuya al tratado, en el contexto de las demás fuentes. El reconocimiento de los tratados (nótese: de los tratados en general: ni solamente aquellos referidos a derechos de la persona, ni solamente aquellos que tratan materias de ley) como preceptos legales, que hace el Tribunal Constitucional se sitúa en este plano, pero su generalidad dista mucho de solucionar la interrogante planteada. Desde ya, pueden despejarse las preguntas cuyas respuestas intentaron dar, precisamente, los fallos en los Roles N° 346 y N° 1288:

- a) No se puede otorgar al sentido normativo que se atribuye un tratado una posición equiparable a aquella que se atribuye al texto constitucional; dicho en términos tradicionales, el tratado no tiene una jerarquía o rango equiparable al de la constitución;
- b) La aplicación de las disposiciones de un tratado puede ser declarada inconstitucional y, por lo tanto, las mismas inaplicables, en conformidad al art. 93. i. I N° 6.

Otras cuestiones pertenecientes a este mismo plano de análisis no resultan, sin embargo, tan claras: que el tratado deba cumplirse como ley, o llevarse a efecto como ley ¿le otorga dicho tratado el carácter o naturaleza de ley para todos los efectos en el ordenamiento jurídico? No está suficientemente estudiado, en nuestro ordenamiento jurídico, si la expresión “fuerza de ley” equipara a la fuente de la que se predica a la ley en sentido formal o, al menos, a la “ley” como referencia en los textos normativos que, por ejemplo, disponen la presunción de conocimiento de la ley (arts. 7º y 8º C.C.), regulan la interpretación de la ley (arts. 19 a 24 C.C.), eventualmente con carácter general y obligatorio por parte del legislador (art. 3º C.C.), disponen la supervivencia de la ley (art. 22 de la Ley de 7 de octubre de 1861 sobre Efecto Retroactivo de las Leyes) sancionan la prevaricación como fallo a sabiendas contra ley expresa y vigente (art. 223 C. Penal), como referencia a la aplicación de la costumbre a falta de ley (art. 4º Co.Co.), como exigencia para el establecimiento de tipos penales (art. 19 N° 3 i. VII CPR) o del deber de fallar “a falta de ley” (art. 76 CPR). Respecto de los

---

suscrito, pero aún no ratificado (Estatuto de la Corte Penal Internacional, Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas).

<sup>33</sup> Esta segunda opción, si bien deleznable desde el punto de vista técnico jurídico, parece avenirse mejor con la laxa y descuidada práctica institucional del último tiempo en materia de decretos promulgatorios de tratados.

tratados, algunas de estas cuestiones han sido resueltas por la doctrina o jurisprudencia, otras hipótesis simplemente no admiten aplicación, y en una tercera categoría se pueden ubicar casos en que resulta dudoso el criterio a aplicar.

En el primer grupo podemos ubicar la identificación que en su tiempo hizo la Corte Suprema, ejerciendo su jurisdicción de inaplicabilidad, y hasta hoy, la de casación, en el sentido de asimilar los tratados tanto a la expresión preceptos legales, para el primer caso, como a la expresión ley, para el segundo (infracción de ley que influya en lo dispositivo de la sentencia). De acuerdo a la jurisprudencia de este tribunal, puede decirse que el tratado se asimila a una ley para efectos del recurso de casación en el fondo<sup>34</sup>.

En el segundo grupo encontramos, por ejemplo, la cuestión relativa a las reglas de interpretación aplicables a los tratados. El carácter de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados como parte del derecho interno hace obligatorias las reglas que contiene, sobre interpretación de los tratados, sin que parezca pertinente hacerles aplicables las disposiciones de los arts. 19 a 24 del Código Civil (en el mejor de los casos, habría que considerar la de los arts. 1560 a 1566 dada la naturaleza contractual de los tratados). Sin embargo, la jurisprudencia de la judicatura ordinaria, en algunos casos, como producto de la asimilación del tratado a la ley, ha querido dar aplicación a las disposiciones codiciales antes que a las convencionales. Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, muestra una clara tendencia a prescindir de la comprensión de los tratados conforme a las reglas del derecho internacional público y la praxis interpretativa de sus órganos de aplicación.

Dentro de los casos dudosos está la figura de prevaricación. Aun cuando algunos profesores de derecho penal consultados para este trabajo indican que el tipo del art. 223 del Código Penal cubre claramente el caso del fallo contra un tratado internacional, el punto no parece del todo pacífico si se examinan los distintos sentidos que se pueden atribuir a la expresión "ley" en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de ellos uno bastante restringido en comparación con la expresión "preceptos legales"<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> La inaplicabilidad ha pasado al Tribunal constitucional que, como ya se ha dicho, en su fallo Rol N° 1288 incluyó a los tratados dentro de la categoría de preceptos legales.

<sup>35</sup> En especial si se toma en cuenta que, de aceptarse esta interpretación extensiva de la expresión "ley" en el art. 223 del Código Penal, no se ve por qué no debiese aceptarse en este mismo sentido la exigencia de ley previa para la sanción penal (art 19 N° 3 i. VII); y la verdad es que, al menos desde una perspectiva clásica del constitucionalismo (aun reconociendo que parece dirigirse a una retirada definitiva), no basta con que el texto haya sido "aprobado" por el parlamento, sino que haya sido el resultado de un acto político de decisión legislativa con las correspondientes posibilidades de intervención de los representantes del pueblo lo que, en el caso de los tratados –en que la participación parlamentaria se limita bajo nuestra Constitución, a aprobar o no, y a sugerir la formulación de reservas– claramente no se cumple.

Junto con estas cuestiones, directamente relacionadas con la posibilidad de asimilar al tratado a una ley, se plantea una vinculada al carácter que, como ley, podría tener el tratado, considerando su ámbito de aplicación. Es así como, mientras se entiende que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la república, es perfectamente posible concebir un tratado que genere una suerte de estatuto personal para los individuos de cierta nacionalidad, en aquellos casos en que sus disposiciones sólo se apliquen en Chile a los nacionales de los estados que se hayan obligado por dicho tratado. A este problema, del ámbito de aplicación personal del tratado, se suma otro relativo a sus condiciones de aplicación en el caso de disposiciones convencionales sujetas a reciprocidad (como sucede en el caso francés, en la disposición constitucional citada arriba). Estos problemas relacionados con el ámbito de aplicación del tratado son propios de esta fuente del derecho y demuestran que no se puede asimilar, sin más, el tratado al precepto legal para que deba entenderse solucionado todo el universo de problemas que presenta.

#### VI. LA FUERZA NORMATIVA DEL TRATADO EN RELACIÓN A LA LEY

Los puntos anteriormente mencionados constituyen aspectos particulares que es necesario dilucidar, desde el momento en que el órgano jurisdiccional no puede, sin más, asimilar el tratado a una ley, o a la expresión "ley" en todos los casos en que ella está presente en una fuente del derecho nacional. Sin embargo, desde el punto de vista del sistema de fuentes, el problema práctico de mayor relevancia ha de ser, sin duda, el de los criterios a aplicar en el caso de antinomia entre las normas cuya vigencia se afirma a partir del texto de un tratado, y aquellas cuya vigencia se afirman a partir del texto de una ley, o de otros preceptos con fuerza de ley (i.e. decretos con fuerza de ley, decretos leyes que hayan sido validados tras la anormalidad constitucional que les dio origen), todos ellos formalmente vigentes. ¿Opera en todos los casos, y del mismo modo que entre las leyes, la derogación tácita? ¿Es la jerarquía el criterio para solucionar la antinomia entre el tratado y los demás preceptos legales? O bien ¿existe una forma alternativa de apreciar la posición de los tratados en el sistema de fuentes, a partir de sus particularidades?

Por lo pronto, la tesis de mayor jerarquía o rango normativo de los tratados, en general carece de un sustento positivo en la cual pudiera fundarse. Más bien lo contrario, las referencias constitucionales a la supremacía y los mecanismos de su preservación se concentran en la preeminencia normativa de la Constitución. Las disposiciones del art. 54 CPR establecen requisitos constitucionales para afectar la vigencia del tratado en el orden interno, pero más allá de dicho ámbito no alzan al tratado como criterio para evaluar la validez de la producción normativa, rasgo que es consustancial a la noción de supremacía, entendida como preeminencia normativa.

El criterio de precedencia de la ley posterior sobre la ley anterior que constituye el criterio de solución de antinomias usualmente expresado bajo el aforismo *lex posterior derogat priori* parece constituir el núcleo de la cuestión. ¿Puede un tratado derogar tácitamente una ley anterior? A la inversa, ¿puede una ley derogar tácitamente a un tratado anterior?

Para responder esta pregunta es necesario examinar dos cosas: en primer lugar, el estatus de la regla de derogación tácita en nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, las premisas sobre las que reposa la construcción de esta regla. En lo tocante a lo primero, se trata de una regla de rango exclusivamente legal. Dicho de otra manera, no organiza la relación de las leyes entre sí –lo que, de acuerdo a su rango normativo, sólo puede hacer la constitución– sino que establece una regla legal dirigida al juez para solucionar las colisiones normativas entre leyes.

Por su parte, la premisa sobre la que se basa la regla de la derogación tácita es relevante para comprender su alcance, aunque suele pasarse por alto. No hay ninguna razón lógica, aneja al enunciado normativo mismo, que justifique que de dos leyes, la más reciente debe primar sobre la más antigua. Es perfectamente posible imaginar la justificación para una hipotética regla contraria: “*si de dos disposiciones, la más antigua establece una regla y las más reciente establece otra inconciliable con la anterior, debe preferirse la buena y probada regla del viejo derecho por sobre las innovaciones que lo contradicen*”<sup>36</sup>. La justificación de la regla en virtud de la cual la nueva ley deroga a la anterior proviene de la combinación de dos elementos: por una parte, la imposibilidad lógica de afirmar la vigencia simultánea de fuentes que conducen a resultados normativos incompatibles entre sí, y la asunción de que, sea cual sea la fuente productora del derecho, ha de ser su manifestación de voluntad más reciente la que prime por sobre las anteriores. Es la identidad, asumida o efectiva, en la fuente de producción del texto correspondiente la que, proyectada a una asumida o efectiva intención normativa conduce a dar prevalencia a la más reciente, frente a la más antigua, ya que con ello se da cuenta de la preferencia por lo que se estima es la voluntad vigente de la respectiva fuente orgánica.

Ha de destacarse que, en todo caso, la afirmación de la derogación tácita de una ley (u otra fuente normativa) se ubica dentro del plano de las decisiones que toma el operador jurídico, y más específicamente el juez, en el momento de aplicación del derecho, sobre el sentido normativo a atribuir a fuentes formales vigentes, respecto de las cuales no se han pronunciado los respectivos órganos genéticos. Es, por lo tanto, cualitativamente distinta (y no simplemente un tipo

<sup>36</sup> Más o menos la idea subyacente en la presentación que, del *Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres* Rousseau hace al jurado.

más en la clasificación dentro de una misma categoría conceptual de derogación) respecto de la derogación expresa, en que hay una voluntad declarada del autor institucional de la ley para eliminar, del sistema de fuentes, el respectivo texto. Dicho de otro modo, el juez que da aplicación a una ley derogada expresamente contraviene la ley, desobedece (si es que se quiere usar esta incorrecta fórmula) al legislador; en cambio, el juez que aplica o no aplica un efecto de derogación tácita de una ley posterior a una anterior simplemente está ejerciendo sus facultades jurisdiccionales.

Aplicadas estas consideraciones a la relación entre tratados y leyes en el tiempo, resulta de ello que un tratado, de aquellos que son sometidos a la aprobación del Congreso, que entra en vigencia en el ordenamiento jurídico nacional, puede ser considerado por el juez como apto para producir la derogación tácita de las leyes y demás preceptos legales anteriores, desde el momento en que involucra el actuar de aquellos órganos encargados de aprobar las leyes. No existe, respecto de la respectiva construcción normativa que resulta de los textos correspondientes, ningún elemento adicional que el juez deba considerar para inhibir la producción del resultado derogatorio entre las normas cuya vigencia afirma a partir del texto del nuevo tratado, y las mismas sustentadas en el texto de la ley (o precepto legal) anterior.

No se da la misma situación, en cambio, cuando el legislador produce leyes de las cuales el sentido normativo que se afirma se encuentra en conflicto con el correlativo de un tratado anterior. En este caso, frente a la colisión normativa, el juez debe agregar como criterio de resolución el imperativo que pesa sobre él, en cuanto órgano de aplicación del derecho, y en cuanto órgano estatal vinculado por el tratado, de dar aplicación al mismo. No se trata de establecer una primacía del tratado por sobre la ley en términos de rango normativo<sup>37</sup>, sino de relativizar el efecto de derogación tácita que, como se ha visto, en el derecho positivo chileno es una orden de rango legal dirigida al juez, sobre la forma de manejar textos normativos provenientes de una misma fuente. En la hipótesis en que “debe ser A” constituye el sentido que el juez atribuye al texto normativo de un tratado, y “debe ser no A” el sentido que atribuye al texto de una ley posterior, el juez se encuentra (aparte los respectivos textos normativos del tratado y la ley) con los siguientes elementos de juicio; i.- incompatibilidad lógica de ambos juicios deonticos; ii.- regla legal relativa a la derogación tácita iii.- regla convencional internacional que le impone un deber de cumplimiento respecto del tratado. La cuestión a resolver es, entonces, cuál de las dos reglas

<sup>37</sup> Lo que a veces se olvida en la discusión sobre el rango o jerarquía normativa es que, cuando se predica de una fuente, ello implica que dicha fuente es incidente en la validez de la producción de otra norma. En este trabajo se pretende evitar, muy precisamente, la afirmación de que el tratado constituye un criterio de validez de la ley que entra en vigencia con posterioridad a aquél.

habrá de seguir. Nótese que el problema se plantea a partir de la consideración de las dos fuentes (tratado y ley) al mismo nivel normativo; lo que se relativiza no es su posición en el sistema de fuentes, sino que la idea, (muy probablemente afincada en una cultura jurídica formada en sus conceptos generales básicos al alero del Código Civil), de que la derogación tácita tiene un carácter absoluto y único como criterio de resolución de conflictos entre preceptos de igual jerarquía. Lo que se sostiene aquí es que el juez, a partir del imperativo que sobre él pesa como poder del Estado, de dar cumplimiento a un tratado, debe preferir la regla de derecho que obtiene del mismo, a la regla de derecho que elabora a partir de la ley posterior. Si a ambas reglas se les reconoce la calidad de preceptos legales emanados de las mismas autoridades legisferentes, el dato del deber adicional que impone el tratado a los órganos del Estado adquiere relevancia para inhibir la producción del efecto derogatorio tácito que, recuerdese, no emana de la ley misma, sino de su aplicación.

En síntesis, se sostiene aquí que la fuerza normativa de los tratados en el ordenamiento jurídico interno, siendo equiparable –en ningún sentido superior– a la ley desde el punto de vista de su jerarquía normativa, inhibe, sin embargo (en virtud del deber que pesa sobre el órgano jurisdiccional en cuanto poder del Estado obligado a dar cumplimiento al tratado) el efecto derogatorio tácito que se predica de manera general respecto de los actos normativos internos que emanan de una misma fuente. La presunción –o asunción, si se quiere–, justificatoria de la derogación tácita, de que la última voluntad manifestada corresponde a la voluntad normativa que debe considerarse vigente, no se aplica aquí en la medida en que se observa que, en un mismo plano de voluntades normativas, el órgano de aprobación de un tratado (específicamente el Congreso, en el caso de los tratados cuya aprobación le corresponde) asume que, al aprobar dicho tratado, expresa una voluntad normativa de la cual no podrá liberarse unilateralmente. Y si lo hace (o se estima que lo intenta hacer), otro órgano estatal igualmente vinculado por el tratado podrá actualizar este impedimento por el solo expediente de no admitir el efecto derogatorio tácito de una voluntad normativa posterior. El respectivo acto legislativo es válido –justamente porque no se reconoce al tratado como una fuente de superior jerarquía que permita cuestionar la validez de la ley– pero, enfrentado en una colisión normativa con el tratado anterior, excluye, del universo de posibilidades de aplicación del derecho, la de declarar un efecto de derogación tácita.

## VII. CONCLUSIONES

De lo expuesto se puede concluir, en primer lugar, que nuestra Constitución no regula de manera expresa ni la forma de dar fuerza normativa al texto de un tratado, ni la función normativa que ha de cumplir una vez que adquiere dicha

fuerza. La parcial asimilación que la Constitución hace de los tratados a la ley no responde ninguna de ambas preguntas, amén de basarse en una errónea comprensión de la función de los tratados como fuente de obligaciones jurídicas para el estado, i.e., todos sus poderes. Desde un punto de vista positivo, puede concluirse que el único fundamento jurídico del carácter normativo del tratado es el acto de promulgación del Presidente de la República en virtud del cual (en el mejor de los casos) lo manda cumplir como ley de la república. En cuanto a su función normativa, debe destacarse la doble vinculación bajo la cual se encuentra el juez frente al tratado que si bien adquiere carácter de fuente interna, siempre conserva su carácter vinculante para el juez en cuanto órgano del estado obligado. De esto se desprende, en primer lugar, un cuestionamiento respecto de la doctrina que distingue entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables a la luz de las disposiciones del tratado; la posibilidad de aplicar o no las cláusulas convencionales depende de la configuración del sistema de fuentes en su conjunto, y de las facultades del órgano jurisdiccional, y no de una apreciación aislada de las disposiciones del tratado. En segundo lugar, la asimilación que la doctrina y la jurisprudencia hace del tratado a la ley, y la orden de cumplir el primero “como ley de la república” plantea una serie de problemas que no se pueden solucionar, sin más, con la sola igualación del tratado a la expresión “ley” en todos los casos en que el ordenamiento jurídico la contempla. Y, por último, en este orden de cosas, el principal problema que se plantea –la relación entre un tratado y leyes posteriores–, se resuelve a favor del primero, no en razón de jerarquía –se sostiene que ambas fuentes se encuentran en una misma jerarquía– sino que en razón de la prevalencia que el juez debe dar a su obligación respecto del tratado, respecto del mandato legal del efecto de derogación tácita, contemplado en el Código Civil.

#### BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16<sup>a</sup> Edición, Tecnos, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I.; SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Curso de derecho Internacional Público*, Thomson Civitas, Madrid 2003.
- LLANOS MANCILLA, Hugo, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* tomo LIX, 1962.
- \_\_\_\_\_, “Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en LEÓN, Avelino (Coord.), *Nuevos enfoques del derecho internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

- \_\_\_\_\_, "Los tratados internacionales en la Constitución de 1925 y en la Jurisprudencia", *Ius et Praxis* Año 9 Nº 1, 2003.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", *Ius et Praxis* Año 9 Nº 1, 2003.
- \_\_\_\_\_, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en ZÚÑIGA URBINA, Francisco (Coord.), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2005.
- NUÑEZ POBLETE, Manuel (s.d.), *Las representaciones internas del derecho internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ponencia al II Coloquio de Jurisprudencia Constitucional celebrado en Valdivia, 22-23 octubre 2009, en prensa.
- POTOBISKY, Geraldo V. (s.d.), *Eficacia Jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional*. En: [http://training.itcilo.org/ils/ils\\_judges/training\\_materials/spanish/VonPotobsky.pdf](http://training.itcilo.org/ils/ils_judges/training_materials/spanish/VonPotobsky.pdf) [visitado el 25/03/2010].
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos", *Gaceta Jurídica* Nº 215.
- SAENGER GIANONI, Fernando, "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho* Nº 20 vols. 2-3, 1993.