

SOBRE LA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD DE
LOS TRATADOS INTERNACIONALES. UN ESTUDIO EN
DEFENSA DE SU FUNDAMENTO Y LEGITIMIDAD*
INAPPLICABILITY JUDGMENT OF INTERNATIONAL TREATIES. A STUDY IN
DEFENSE OF ITS RATIONALE AND LEGITIMACY

MANUEL ANTONIO NÚÑEZ POBLETE
Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte
Universidad Católica del Norte
manunez@ucn.cl

RESUMEN: Esta investigación tiene por objeto revisar los fundamentos que explican la legitimidad de la inaplicabilidad de los tratados internacionales bajo la Constitución chilena. La defensa de esta forma de revisión judicial es argumentada desde fundamentos constitucionales, tales como el amplio sentido del concepto de “precepto legal”, la necesidad del control y el nuevo significado de la declaración de inaplicabilidad. Finalmente, se examina críticamente la tesis que sostiene la responsabilidad internacional del Estado.

ABSTRACT: The paper affirms the legitimacy of the judicial review of international treaties under Chilean constitutional law. The defense of judicial review is argued from constitutional grounds, that is, the wide interpretation of the concept of “legal precept”, the necessity of exceptional control and the renewed signification of the inapplicability judgment. Lastly, the thesis about the state responsibility for internationally wrongful act is critically examined.

PALABRAS CLAVE: Recurso de inaplicabilidad. Tratados internacionales. Control de constitucionalidad.

KEY WORDS: Inapplicability Judgment. International Treaties. Judicial Review.

§1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional Rol núm. 1.288-2008, de 25 de agosto de 2009, sobre el proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional puso nuevamente sobre la mesa el viejo problema de la posición de los tratados internacionales en el sistema interno de fuentes. Como es sabido, a lo largo de su existencia el Tribunal Constitucional ha debido enfrentarse en

* El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación N° 1090607, patrocinado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondecyt) y del cual el autor es investigador principal. Artículo recibido el 5 de marzo de 2010 y aprobado el 16 de junio de 2010.

diversas oportunidades a la tarea de definir el lugar de los tratados internacionales en el sistema de fuentes. Esta tarea exige resolver el problema de si los tratados pueden servir, junto con la Constitución, de parámetro de constitucionalidad y pronunciarse sobre si ellos pueden ser objeto de la revisión de constitucionalidad más allá de los casos en que la Constitución admite el control preventivo (arts. 93.1 y 3 CPR). La primera de estas cuestiones ha sido resuelta en diversas sentencias en las que se ha tendido a afirmar el carácter subconstitucional de los tratados internacionales, sin perjuicio de reconocer en algunas ocasiones una suerte de función complementaria de la Constitución (a través del puente normativo que construye el artículo 5º inciso segundo de la Constitución)¹. El segundo problema, la revisión de constitucionalidad de los tratados vigentes, es abordado por primera vez en la sentencia Rol núm. 1.288 de 2008. En esta sentencia el Tribunal, revisando preventiva y obligatoriamente el proyecto de reforma de la Ley orgánica núm. 17.997, respondió afirmativamente a la posibilidad de requerir la inaplicabilidad de un tratado internacional.

Esta investigación tiene por objeto revisar los fundamentos que explican la posibilidad de requerir la inaplicabilidad de un tratado internacional, especialmente desde las nociones constitucionales de precepto legal e inaplicabilidad, como asimismo desde la perspectiva de la responsabilidad internacional del Estado. A partir de ello se espera reformular los términos en que parte de la doctrina, mayoritariamente crítica de la decisión de inaplicar un precepto contenido en un tratado, ha planteado la cuestión. Para ello se examinará, en primer lugar, la posible justificación de la extensión del concepto de lo “legal” desde una perspectiva finalista. En segundo lugar, se indagará acerca del actual sentido de la inaplicabilidad y de los márgenes dentro de los cuales es posible referirse a él como un juicio de validez o de rectitud de la aplicación de normas. Por último, me referiré a la tesis de la responsabilidad estatal internacional para demostrar que no existen suficientes razones para afirmar que aquella representa una consecuencia necesaria de la inaplicabilidad. Esta última tarea supondrá poner en evidencia el carácter no monolítico del Derecho internacional, fenómeno que puede llegar a justificar la paradoja que para cumplir ciertas obligaciones internacionales haya que desaplicar otras. Por su diversa naturaleza e incidencia en el análisis del cumplimiento de las

¹ Véase una exposición actualizada de PEÑA (2008), 209 y ss. En otro lugar he propuesto cuatro categorías de uso en esta jurisprudencia: a) la evasión, no obstante haberse planteado la infracción a la norma internacional; b) el uso retórico *ad abundantiam*, donde el Derecho internacional puede figurar como parámetro de “conformidad” de las normas legales internas; c) la función complementaria de la parte dogmática de la Constitución, y d) el abuso, que consiste en alterar el significado de las normas internacionales para reforzar una argumentación, véase NÚÑEZ (2009), pp. 496-503.

obligaciones internacionales, esta investigación no se ocupará de las competencias relativas al control preventivo de los tratados (art. 93.1 de la Constitución).

§2. EL PROBLEMA Y SU RESPUESTA EN LA SENTENCIA ROL NÚM. 1.288 DE 2008

Al igual que aconteció con la reforma constitucional de 1989, la reforma de 2005 obligó a introducir modificaciones a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Estos cambios se cristalizaron en la Ley núm. 20.381, publicada en el D. Of. de 28 de octubre de 2009. Como es bien conocido, el proyecto de ley contenía un artículo, el 47 B, que disponía lo siguiente: “de conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta norma había sido considerada en el Mensaje presidencial², atendiendo las siguientes razones:

“Desde luego, los tratados no son producto del ejercicio de una potestad legislativa. La Constitución considera la aprobación de tratados como una facultad del Congreso Pleno (art. 54). La potestad legislativa se ejerce por la Cámara y el Senado, que ‘concurren a la formación de las leyes’ (Art. 46). El Congreso no puede ejercer la plenitud de sus potestades legislativas respecto de un tratado, como lo hace respecto de una ley, pues sólo puede aprobar o rechazar íntegramente el texto ya negociado por el Presidente de la República. Enseguida, a los tratados no se les aplican todos los trámites de una ley, sino únicamente, como establece la Constitución, ‘en lo pertinente’. Por ejemplo, no cabe el tercer trámite, ni la Comisión Mixta, ni la facultad de presentar indicaciones. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que los tratados están en una categoría intermedia entre la Constitución y la ley, no siendo, en consecuencia, ‘preceptos legales’. Es sobre estos actos que recae la inaplicabilidad. Adicionalmente, una vez que el tratado se incorpora al orden jurídico interno, es el propio tratado o el derecho internacional el que define sus formas de derogación, modificación o suspensión. Ello excluye la posibilidad de que un Tribunal nacional dicte una orden de inaplicar un tratado en un caso concreto, porque tal orden sería una ‘suspensión’ de un tratado vigente. En plena concordancia con lo dicho, la Constitución sólo contempló la intervención del Tribunal Constitucional en el caso del control preventivo obligatorio de los tratados, pero no el control represivo vía inaplicabilidad o declaración de inconstitucionalidad. La primera provocaría una suspensión del tratado vigente, mientras que la segunda produciría la derogación del mismo, lo que resulta abiertamente incompatible con lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución. Este precepto establece que las disposiciones de un tratado sólo pueden ser derogadas ‘en la forma prevista

² Mensaje 452-353, que da origen al Boletín 4059-07.

en el tratado o en las normas previstas en el derecho internacional'. De este modo, lo que está en juego es si un órgano interno puede disponer la suspensión o derogación de una norma pactada con uno o varios Estados u organismos internacionales. Por una regla de prudencia, entonces, se ha estimado más conveniente excluirllos de la inaplicabilidad”.

Si se examina discusión parlamentaria de la Ley núm. 20.381³, es posible advertir algún debate sobre la idea propuesta en el citado art. 47 B. En efecto, ya en el primer trámite constitucional el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, da cuenta de la duda de algunos parlamentarios sobre la citada proposición. La interrogante que inquietaba a estos diputados se construía sobre una curiosa mezcla de argumentos liberales (los derechos fundamentales) y conservadores (el viejo recurso a la soberanía): “[a]lgunos Diputados estimaron peligroso quitarle a las partes, en un juicio, la posibilidad de impugnar una norma contenida en un tratado pues puede constituir una violación a los derechos fundamentales de alguna persona. Con esta norma se estaría renunciando a la soberanía convalidando tratados que pueden estar objetados”⁴.

En abono de la tesis del Mensaje, se agregaron otras razones, tales como la “gran inestabilidad” que podría generar la inaplicación de un tratado⁵ o la recurrente crítica respecto al carácter contra mayoritario de las decisiones del Tribunal Constitucional⁶.

Sometido al examen preceptivo de constitucionalidad que ordena el art. 93.1 de la Constitución, la mayoría de los magistrados del Tribunal⁷ consideró inconstitucional esta norma. Las razones esgrimidas (que parcialmente habían sido adelantadas por algún ministro del Tribunal durante la tramitación de la ley)⁸, fueron las siguientes:

³ Para ello se tendrá en cuenta el documento preparado por la BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009).

⁴ Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados, informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de 18 de enero de 2006, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009), p. 57.

⁵ Diputado Ceroni, primer trámite, intervención en sala, 12 de abril de 2006, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009), p. 146.

⁶ Ministra Veloso, primer trámite, intervención en sala, 12 de abril de 2006, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009), p. 155.

⁷ Ministros Bertelsen, Correa (que concurrió a la vista y acuerdo, sin firmar por haber cesado en su cargo), Navarro, Fernández Baeza, Venegas y Vodanovic. El voto disidente fue suscrito por los ministros Colombo, Cea, Fernández Fredes y Peña. Hay también, como es habitual, dos votos particulares que refuerzan parcialmente las conclusiones de la mayoría, redactados por los Ministros Navarro y Fernández Baeza.

⁸ Me refiero a las tres posturas que advirtió el Ministro Juan Colombo y que constan en el texto del segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2009, p. 300).

1º. *La Constitución admite un doble control de los tratados, uno ex ante y otro ex post, vía declaración de inaplicabilidad (cons. 41º).*

2º *La declaración de inaplicabilidad “sólo produce un efecto particular”, siendo un juicio sustancialmente distinto al contenido en el antiguo art. 80 de la Constitución (cons. 42º, 56º, 60º-62º).*

3º *Los tratados “deben sujetarse a la Carta Fundamental” (cons. 43º).*

4º *No obstante poseer una naturaleza diversa, no hay impedimento para que los tratados puedan considerarse comprendidos en la categoría de “precepto legal”. (cons. 47º-55º).*

5º *No debe entenderse que la inaplicabilidad puede conducir a la declaración de inconstitucionalidad, pues esta última sí que se encuentra excluida por el art. 54.1 de la Constitución (cons. 58º, 65º).*

6º *La reforma de la ley núm. 20.050 quiso reforzar las garantías del principio de supremacía constitucional, por lo que “no se concilia con dicho propósito el concluir que la modificación antes mencionada eliminó el control a posteriori de los tratados internacionales” (cons. 64º).*

7º *La historia de la Ley núm. 20.050 refuerza la tesis del control a posteriori, lo que se advierte leyendo las intervenciones de algunos parlamentarios (cons. 67º).*

8º *La doctrina internacionalista nacional y española estarían de acuerdo con esta solución (cons. 69º y 68º).*

9º *El art. 54.1 se habría inspirado en el artículo 96.1 de la Constitución española, cuyo texto y doctrina pertinente admiten el control de constitucionalidad mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (cons. 68º).*

10º *El Derecho alemán también permite recurrir al Tribunal Constitucional cuando existen dudas sobre la relación entre una regla de Derecho internacional y el Derecho alemán (cons. 70º).*

11º *El texto objetado excede el ámbito propio de la ley orgánica del tribunal, pues esta última no puede intervenir en la esfera de las atribuciones de dicho órgano, tal lo demuestra la lectura de la historia de la ley núm. 20.050 (cons. 71º).*

A las razones expuestas en el voto de mayoría hay que agregar las explicaciones adicionales contenidas en los votos particulares de los ministros Fernández Baeza y Navarro. Estos votos particulares reforzaron la conclusión de la mayoría: (12º) subrayando la diversa naturaleza del juicio de inaplicabilidad y su incidencia sobre la vigencia del tratado (Fernández Baeza VI.33 y ss., reforzando lo argumentado en el 2º precedente); o (13º) descartando la supuesta naturaleza de ley interpretativa de la Constitución que podría tener la norma cuestionada del proyecto (Navarro IV).

La conclusión de la mayoría no fue compartida por una minoría de cuatro ministros. Básicamente esta disidencia se argumentó sobre las mismas razones que había expuesto la Presidente de la República en su Mensaje legislativo, a saber:

a) No es posible equiparar las voces “precepto legal” con “tratado internacional (Voto de minoría, letra f), pues la actual redacción, la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencia rol núm. 288 de 24 de junio de 1999, sobre acuerdo limítrofe con Argentina), la jurisprudencia judicial reciente y la historia de la Ley núm. 20.050 conducen a diferenciar estas dos fuentes normativas.

b) La inaplicación de un tratado generaría responsabilidad internacional para el Estado, en la medida en que la inaplicabilidad implica “suspensión” del tratado y, por tanto, vulneración del art. 54.1 constitucional

§3. ¿ES POSIBLE ENCONTRARLE ALGÚN SENTIDO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? EL OBJETO DE LA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD

La sentencia rol. núm. 1.288 vino a responder un problema sobre el cual la doctrina y, en su momento, la Corte Suprema venían discutiendo hace tiempo. Como es bien sabido, ya bajo la Constitución de 1925 se había pensado en la procedencia del recurso de inaplicabilidad en contra de tratados internacionales. La Corte Suprema no negó esa posibilidad (como tampoco lo haría bajo la vigencia de la Constitución de 1980)⁹, por lo que cierta doctrina defendió seriamente la posibilidad de recurrir de inaplicabilidad en contra de un tratado internacional¹⁰. El principal argumento que se esgrimía a favor de esta última tesis consistía en la equiparación material de los tratados con el concepto de “precepto legal” a que se refería el antiguo art. 86 de la Carta de Alessandri. Bajo la versión original del antiguo art. 80 de la Constitución de 1980, se mantuvo esa polémica, como también las voces a favor de la respuesta afirmativa¹¹.

La aportación de nuevos argumentos normativos vino con la reforma del año 2005. Después de la reforma de la Ley núm. 20.050 surgieron voces indicando que ahora sí había claridad en torno al problema: el texto del actual art. 54.1 de la Constitución, despejaría toda duda, pues él señala claramente que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. A pocos meses de publicada la reforma constitucional, el Profesor NOGUEIRA, uno de los más férreos defensores de la improcedencia de la revisión judicial de los tratados, escribió que “[a]nte una eventual situación de

⁹ Véase el fallo *Banco Alemán Transatlántico* (1959).

¹⁰ Por la afirmativa, bajo la Constitución de 1925, véanse BERTELSEN (1969), pp. 154-156; PRECHT (1967), p. 52 y REYES (1963) pp. 116-119.

¹¹ Véanse entre otros BULNES (1982), p. 22; NAVARRO (2002), p. 9 y SAENGER y BRUNA (2006), pp. 154-163.

inconstitucionalidad de un tratado incorporado al derecho interno y vigente, sólo queda el camino de la denuncia del tratado ajustado al derecho internacional, tal como lo determina el artículo 50 N° 1 de la Carta Fundamental” (NOGUEIRA 2005, p. 394). VEGA y ZÚÑIGA, por su parte, apuntaron refiriéndose al nuevo art. 93.6 de la Constitución que “la expresión ‘precepto legal’, comprende la ley, la legislación delegada y la legislación irregular en general. A nuestro juicio, no cabe el control represivo y facultativo de los tratados internacionales, ya que éstos no se encuadran en el concepto de ley, sino que son una fuente de derecho internacional incorporada al derecho interno, pero cuya validez arranca de dicho orden internacional” (VEGA y ZÚÑIGA 2006, 152). En sentido similar se pronuncian las profesoras Miriam Henríquez¹² y Marisol PEÑA¹³, esta última en una presentación académica hecha hacia fines del año 2006 y donde había compartido con los profesores GARCÍA BARZELATTO y SALINAS BURGOS¹⁴ la tesis de la improcedencia de la inaplicabilidad.

De acuerdo con lo señalado, y dentro de la escasa perspectiva que dan los años pasados desde la reforma del 2005, es posible sugerir que la doctrina que se había pronunciado tempranamente en contra de la tesis que sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 1.288 representa a la escuela mayoritaria. En efecto, fuera de la intervención del profesor RIBERA¹⁵ en el mismo panel en que participaron GARCÍA BARZELATTO, PEÑA y SALINAS BURGOS –que fue profundizada en un artículo publicado después en esta revista¹⁶– y de algunas editoriales en la prensa¹⁷, la literatura a favor de la tesis de la mayoría del Tribunal era (y probablemente lo sigue siendo hoy) más bien escasa. Cabe añadir que por la misma línea de esa doctrina mayoritaria, el Gobierno chileno había venido sosteniendo desde 1994 (ciertamente con algunas variaciones) la superioridad de los tratados internacionales en diversos foros internacionales. Luego, la tesis de la primacía de los tratados no sólo representaba la tesis del Gobierno frente al Parlamento, sino también la tesis de Chile frente a la Comunidad internacional¹⁸.

¹² HENRÍQUEZ (2007).

¹³ PEÑA (2007), p. 498.

¹⁴ GARCÍA (2007a), pp. 508-510; GARCÍA (2007) b y SALINAS (2007), p. 496.

¹⁵ RIBERA (2007a), p. 522.

¹⁶ RIBERA (2007 b).

¹⁷ Me refiero a la columna “Nueva Ley del Tribunal Constitucional” de Rodrigo Delaveau, *El Mercurio*, 13 de diciembre de 2008.

¹⁸ En el informe de 16 de febrero de 1994, presentado al Comité contra la tortura el Gobierno de Chile declaró que “[e]n caso de conflicto entre la normativa interna y la de la Convención [contra la tortura], prevalece esta última. Ello en atención a la reforma constitucional aprobada el 30 de julio de 1989 que modificó la

Como era de esperar, la tesis defendida por el Tribunal despertó fuertes críticas de parte de aquella doctrina que, en lo fundamental, compartía las premisas del Mensaje legislativo y del voto de minoría¹⁹. Como intento demostrar a continuación, replanteando alguna opinión mía esbozada antes de la sentencia (NÚÑEZ 2009, p. 523), la crítica a la decisión del Tribunal se construye sobre ciertas concepciones discutibles acerca de algunos o de todos los siguientes conceptos: los tratados internacionales en particular y el Derecho internacional en general, la declaración de inaplicabilidad y la responsabilidad internacional de los Estados. En consecuencia, si se revisan estas premisas, es posible sostener que hay buenas razones para estar de acuerdo con la tesis del voto de mayoría.

A. Los tratados internacionales y el sentido del concepto de “preceptos legales”

La tesis que sostiene la precariedad de la homologación entre el concepto de “tratado internacional” y el de “precepto legal” es correcta sólo a condición que convengamos que el único uso posible del giro lingüístico “precepto legal” (y también del de “ley” y “leyes”) obedezca a la forma, entendiendo aquí por forma a aquello que los poderes colegisladores aprueban con ese nombre después de cumplir con un rito que la doctrina identifica con el procedimiento legislativo. En este sentido formal, la Constitución, las leyes aprobadas por el Parlamento, los tratados y los distintos tipos de reglamentos son fuentes normativas diversas y de naturaleza no intercambiable. Sin embargo, se sabe que el formal no es el único sentido atribuible a las palabras contenidas en una Constitución o en otra norma jurídica. Más allá de lo formal, los operadores jurídicos suelen extender el sentido de las palabras a condición que dicha extensión se justifique, o se argumente, en consideración a un determinado fin lícito.

El fin lícito –que justifica abandonar los márgenes más estrechos de un concepto formal– debe hacerse en todo caso explícito para someterlo a la crítica científica y

jerarquía normativa de los derechos humanos establecidos en los tratados, *elevándolos a rango constitucional*” (CAT/C/20/Add. 3, 1 de marzo de 1994, párrafo. 8, cursivas añadidas). Más recientemente, esta doctrina del rango constitucional ha sido reiterada en algunas intervenciones verbales de nuestros agentes diplomáticos a propósito de la Convención de los derechos del niño (*véase* la intervención de la delegación chilena en el Acta resumida de la 1.306ª sesión del Comité de los derechos del niño, de 28 de enero de 2008, CRC/C/SR.1306, 8 de enero de 2009, párrafos 8 y 13) y, con particular precisión, en el informe de 16 de febrero de 2009, presentado al Grupo de Trabajo sobre Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En este último documento el Gobierno defiende la tesis señalada, afirmando que: “[d]e acuerdo a la reforma introducida al Art. 5 inciso 2 de la Constitución ya mencionada, los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos *tienen rango constitucional*” (A/HRC/WG.6/5/CHL/1, 16 de febrero de 2009, párrafo 18, cursivas añadidas).

¹⁹ Por todos, NOGUEIRA (2009).

política. Así, por ejemplo, si se opta por entender que el “hogar” a que se refiere el artículo 19.5 va más allá de lo que usualmente se entiende por dicha palabra (en su sentido doméstico) habrá que justificarse explicando que el fin perseguido es resguardar la inviolabilidad de los sitios de trabajo o, más ampliamente, la privacidad de las personas²⁰. Si este último fin es socialmente aceptado (incluyo en la aceptación social la aprobación política y académica), no parece haber problema en la ampliación del significado de los términos. Incluso más, la experiencia constitucional chilena demuestra que los fines, en ocasiones, han justificado decisiones de la magistratura constitucional que, no obstante contradecir las palabras expresas de la Constitución, han sido ampliamente aceptadas y celebradas²¹.

Otro ejemplo que bien puede ilustrar cómo la extensión o restricción de lo legal depende de la motivación es el sentido que tiene el principio de reserva legal. De acuerdo con la interpretación más autorizada²², lo legal como fuente de las limitaciones al goce y ejercicio de los derechos humanos debe entenderse exclusivamente en sentido formal. Esto quiere decir que, para restringir los derechos fundamentales no es lícito recurrir a la equiparación entre la ley y otras fuentes tales como los reglamentos o las leyes delegadas. Ahora bien, eso no quiere decir que para medir la legitimidad del ejercicio de un derecho, o sea, el que el ejercicio de un derecho sea “conforme a la ley”, haya que limitarse a examinar la conformidad del comportamiento con un conjunto de normas legales. En materia de amparo económico, por ejemplo, esta asimilación entre lo legal y otras fuentes ya ha sido recibida por nuestra jurisprudencia²³.

Por lo tanto, la aceptación de un concepto ampliado de “precepto legal”, de modo de permitir la inaplicabilidad de los tratados internacionales dependerá del desarrollo de dos aspectos: la explicitación y la justificación del fin. Llegados a este punto puede decirse que la sentencia rol núm. 1.288 no desarrolla esta tarea

²⁰ Así, por ejemplo, EVANS (2004), p. 223.

²¹ El caso paradigmático es el fallo rol núm. 33, de 24 de septiembre de 1985. Véase el comentario de FUEYO (1992), pp. 484-486.

²² Véase la Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²³ Véase la sentencia de *Lizana Herrera y Otros c. Alcalde de la I. Municipalidad de La Cisterna* (1998) de la Corte de San Miguel: “[q]ue mediante el recurso de amparo económico, a que se refiere la Ley N° 18.971, el bien protegido es ‘el derecho’ que la Constitución Política del Estado, asegura a todas las personas, ‘para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando la normas legales que la regulan’, expresión esta última que debe tomarse en un sentido amplio, pues debe comprender no sólo los actos emanados del Poder Legislativo, sino que también aquellas ordenanzas, reglamentos y resoluciones de carácter general dictadas por la potestad reglamentaria de cualquier órgano” (cons. 3°).

con la suficiente profundidad, pues la acepción amplia del término “precepto legal” se construye básicamente sobre el argumento *ad auctoritatem* de sentencias de la Corte Suprema (cons. 47º y 53º, fallos que por cierto nunca abundaron en explicaciones finalistas que merecieran ampliar el significado de lo “legal”) y de precedentes del propio Tribunal Constitucional que tampoco abundaron en dicho tipo de explicaciones (cons. 48º y 53º). Aunque los redactores del voto de mayoría pudieron estar pensando en determinado tipo de tratados (como los comerciales o los de naturaleza tributaria) y no en otros (como los de derechos humanos), lo cierto es que nada quedó dicho en la sentencia que pudiera orientar al lector para comprender más profundamente la *ratio decidendi*. Adicionalmente, hay que advertir que poco después que se afirma que “el tratado no es propiamente una ley” (cons. 52º), el Tribunal indica que “una vez aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República” él se integra a nuestro ordenamiento “como un ‘precepto legal’” (cons. 53º).

Puestas así las cosas, la tesis del Tribunal puede parecer contradictoria o insuficientemente argumentada²⁴. Con todo, como se intenta explicar a continuación, parece posible superar esta aparente contradicción o completar la argumentación, recordando la necesidad constitucional de mantener alguna forma de control sobre los tratados (por lo menos de su aplicación).

a) Lo material y lo sustancial en la definición de lo legal

Más allá del silencio o de las aparentes contradicciones del razonamiento que sigue el Tribunal, es posible ensayar al menos dos argumentos para justificar la extensión (que no es lo mismo que asimilación) del concepto de “precepto legal” hacia los preceptos contenidos en los tratados internacionales. El primero de ellos subyace en el sentido material que el Tribunal asigna a lo legal, entendiendo que —no obstante las importantes diferencias formales— no hay ningún impedimento para que las materias de ley a que se refiere el actual art. 63 de la Constitución puedan estar regladas en un instrumento internacional (cons. 53º-55º). En este sentido, el Tribunal extendería su control al modo como se desarrollan y aplican, en una gestión judicial concreta, las materias propias de la ley que han quedado contenidas en un tratado internacional. Este razonamiento (que recuerda lo que en otros fallos ha sido asociado al polémico “principio de la realidad”) parece plausible, aunque no da respuesta a dos problemas, a saber: (i) la condición de los numerosos tratados internacionales que, por referirse a materias propias de un reglamento, no son aprobados por el Congreso, y (ii) la situación de ciertos tratados

²⁴ Véase *in extenso* NOGUEIRA (2009), pp. 409-416.

anteriores a la actual Constitución que fueron aprobados, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, mediante leyes. Si se sigue la línea argumentativa del Tribunal, en el primer caso no sería posible la inaplicabilidad por una cuestión meramente formal: el tratado no versa sobre materias de ley y, por tanto, todo intento de solicitar la inaplicabilidad debería ser declarado inadmisibile. En otras palabras, si la extensión del concepto de “precepto legal” se justifica por razones de fondo, son razones de forma las que excluirían de esa extensión a determinada categoría de tratados internacionales. En el segundo caso, las leyes aprobatorias de los tratados anteriores a la Constitución de 1980 podrían ser perfectamente declaradas inaplicables y, contra lo que afirma el propio Tribunal (cons. 58º), también podrían ser declaradas inconstitucionales pues en ese caso no cabe duda (formal) alguna que estamos ante un precepto legal.

La insuficiencia de esta explicación aconseja buscar una segunda razón, que también brinde cobertura a los dos casos problemáticos que se acaban de reseñar.

b) La necesidad extraordinaria de alguna forma de control

Una segunda razón que, con mayor fuerza que la primera, podría justificar la extensión del concepto de “precepto legal” hacia lo que técnicamente no corresponde a una “ley”, reposa en la necesidad de garantizar alguna instancia extraordinaria de defensa judicial de los principios constitucionales frente a la aplicación de una norma internacional. Esta es la misma justificación que inspira la extensión del concepto de lo legal para los efectos de recurso de casación en el fondo. Para este último caso, la necesidad de controlar las decisiones judiciales como actos de poder parece ser una razón suficiente para no excluir a la Constitución y a los tratados internacionales del concepto de “infracción de ley” a que alude la legislación procesal civil (art. 767 Código de Procedimiento Civil). En efecto, por lo que se refiere a la infracción a la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Suprema no justifica la exclusión de este vicio por la ausencia de carácter “legal” de las disposiciones constitucionales, sino más bien por una supuesta generalidad de las normas constitucionales que dificulta la construcción del *error in iudicando*²⁵. De ahí que, aunque existan juicios dispares acerca de esta tendencia²⁶, se encuentren opiniones que no objetan la asimilación de lo “constitucional” en lo “legal”²⁷. En cambio, respecto de lo que interesa, parece haber acuerdo en que nada obsta a que la infracción de “ley”, propia de la casación en el fondo comprende también

²⁵ Véase, entre otras, *Corpesca S.A. con Servicio de Salud Antofagasta* (2002).

²⁶ En este sentido ZÚNIGA (2005), pp. 19 y ss., y CORTÉS (2006), pp. 3.553 y ss.

²⁷ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (2005), pp. 109 y ss. y TAVOLARI (1996), pp. 36 y ss.

la infracción a los tratados internacionales (como cuando se aplica erróneamente una ley nacional marginando la aplicación del tratado). La práctica reciente sobre el Convenio de Varsovia sobre transporte aéreo confirma esta aseveración²⁸.

Esta fórmula extraordinaria de control judicial sobre la aplicación de los tratados, o de normas secundarias derivadas de ellos, no es por lo demás extraña a la tradición constitucional contemporánea. En efecto, si se examina la jurisprudencia europea reciente es posible encontrar un número importante de *leading cases* en los que se ha defendido la radicación —en última instancia— de la defensa de la Constitución en las jurisdicciones constitucionales nacionales. Como no es el caso de reiterar aquí la relación de sentencias a las que me he remitido en otro lugar (NÚÑEZ 2008, pp. 350 y ss.), sólo cabe subrayar que esa línea jurisprudencial ha sido últimamente reiterada por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa. El fallo unánime es demoledor: la violación del principio de identidad constitucional (al modo como es codificado en el art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn) por una norma comunitaria equivale —ni más ni menos— a desconocer el poder constituyente del pueblo y conduce a que ella sea declarada inaplicable en Alemania (*“in Deutschland für unanwendbar erklärt wird”*, §241.). Aunque renuncia a entrar en detalles, el Tribunal alemán sugiere que pueden existir varias vías para obtener esa declaración de inaplicabilidad, entre las que se cuentan, los procedimientos de control abstracto y concreto de las leyes, las contiendas de competencia y el amparo constitucional, sin perjuicio de otros que puedan ser creados por el legislador.

La tesis que niega las posibilidades de intervención de la magistratura para controlar la aplicación de los tratados internacionales pasa por alto diversas deficiencias del derecho internacional y reduce al mínimo sus posibilidades de control. En efecto, esa tesis simplifica el conflicto al no hacerse cargo del problema de la fragmentación del Derecho internacional positivo, como tampoco de sus altas posibilidades de contradicción²⁹ y de la potencial ideologización de sus contenidos³⁰, todo lo cual no sólo puede generar conflictos con la Constitución interna sino también con otras obligaciones internacionales del Estado. Esta simplificación obliga al operador judicial a detenerse frente a cualquier análisis del contenido de los tratados. Si ella tuviera que resumirse en un mensaje reducido, éste podría

²⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Suprema *Aetna Chile Seguros Generales con LAN Chile S.A.* (2009). Se trata de una casación en el fondo acogida por no aplicación del art. 22 del Convenio de Varsovia sobre transporte aéreo. Otro caso en que, por la vía de la casación en el fondo, se ha impugnado la no aplicación del mismo convenio es *Aetna Seguros Generales con Compagnie Nationale Air France* (2007).

²⁹ LANGLOIS (2002).

³⁰ MUTUA (2002).

formularse del siguiente modo: frente a cualquier conflicto (de contenido o de aplicación) toda norma nacional debe ceder frente a aquella fuente que pueda lucir la etiqueta de “internacional”. En consecuencia, el Derecho internacional vale *quia iussum* y no *quia iustum*, prima en cuanto continente y no en cuanto contenido. Más abajo se volverá sobre este punto.

Por otra parte, el recurso a la denuncia presidencial del tratado, como única garantía de la defensa constitucional concentra y generaliza indebidamente la solución del problema. La concentra, pues la denuncia corresponde exclusivamente al Presidente de la República (art. 54.1), y la generaliza al asumir incorrectamente que todo problema concreto y particular de aplicación de un tratado conduce necesariamente a una solución que afecta su validez general. Esta última presunción, como se discutirá más abajo, contradice las características del nuevo recurso de inaplicabilidad.

B. Sobre el significado de la declaración de inaplicabilidad

a) Inaplicabilidad y vigencia de los tratados internacionales: la crítica a la decisión del Tribunal Constitucional

Se afirma que la declaración de inaplicabilidad contradice el texto expreso del art. 54 de la Constitución, en cuanto ella implica una forma de vulnerar la aplicación de un tratado que no es reconocida por el Derecho internacional. La tesis se construye del siguiente modo: todo juicio sobre la aplicabilidad concreta de una norma es un juicio sobre su constitucionalidad y, luego, sobre su validez. Por lo tanto, si la norma internacional es declarada inaplicable y la inaplicabilidad por contravención de una norma de Derecho interno no se reconoce como vía idónea para privar de validez a un tratado internacional, entonces el fallo del Tribunal Constitucional podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. En esta línea argumentativa, NOGUEIRA apunta que “todo acto de cualquier órgano estatal, incluido el Tribunal Constitucional, que altere la validez, vigencia, aplicación y eficacia de un tratado internacional válidamente incorporado al derecho interno genera responsabilidad internacional. La responsabilidad internacional se concreta por la acción u omisión contraria al derecho internacional que lo obliga” (NOGUEIRA 2009, 411). Siguiendo la misma tesis, GARCÍA añade que “conforme al tenor de la nueva disposición contenida en el inciso quinto del N° 1 del artículo 54, tampoco sería posible [la inaplicabilidad], porque la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal significa literalmente que éste queda sin aplicación. Y, aunque la declaración de inaplicabilidad puede referirse exclusivamente a algunos preceptos legales inconstitucionales y no a todo el cuerpo jurídico en que estas normas figuran, las que continúan aplicables y, aunque la declaración tiene

efectos sólo para el caso particular, sin duda, cualquiera fuere el caso, produciría los mismos efectos que una derogación” (GARCÍA BARZELATTO 2007b, p. 476).

Con las tesis propuestas se puede concordar en un punto: una sentencia no podría afectar ni la validez ni la vigencia de un tratado, pues éstas no se rigen por las normas de Derecho interno. Sin embargo, todo lo relativo a la prohibición de emitir juicios sobre aplicación de los mismos es ciertamente discutible.

b) El objeto de la declaración de inaplicabilidad

La asociación entre inaplicabilidad y juicio de validez de una norma sería correcta si el juicio propio de la primera persiguiera siempre constatar la contradicción o antinomia entre dos preceptos y, derivada de ella, asignar un efecto invalidante a la norma inferior. Este habría sido, en la interpretación oficial, ortodoxa o “canónica”³¹, el sentido de la inaplicabilidad hasta la reforma del año 2005 (que, en lo pertinente, entró en vigor a partir del 26 de febrero de 2006). Mientras la declaración de inaplicabilidad estuvo radicada en la Corte Suprema, dicho juicio tuvo por objeto constatar judicialmente³² y con efectos particulares, la condición de “contrario a la Constitución” de “cualquier” o de “todo” “precepto legal” (arts. 76 y 80 de las Constituciones de 1925 y 1980, respectivamente). Para la Corte Suprema dicho proceso, “extraordinario y, por lo mismo, de Derecho estricto”³³, tenía “por objeto resolver una oposición o antinomia entre una ley común y una norma o precepto constitucional”³⁴. El instituto correspondía, luego, a un recurso “abstracto y doctrinario, de suerte que el tribunal que conoce de él no puede entrar al estudio de los hechos, en razón de que la constitucionalidad es una cuestión de hecho y a la Corte Suprema en tal caso le corresponde decidir por el simple análisis de la ley impugnada y del precepto constitucional que se dice contrario”³⁵.

³¹ Según la terminología de ATRIA (2001).

³² “El recurso de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto la declaración de certeza para la inaplicabilidad de una norma legal por inconstitucionalidad para el caso específico en una gestión pendiente, por lo que para que pueda prosperar dicha acción, es indispensable que exista una completa y perfecta contradicción entre una disposición constitucional y una ley ordinaria y para ello debe efectuarse una comparación entre determinado precepto legal con una disposición precisa de la Carta Fundamental con el fin de declarar si pugna o no aquél con ésta”, Corte Suprema, *Barría c. Alcalde de la Municipalidad de Santiago y otro* (2004), cons. 2º.

³³ Corte Suprema, *Álamos y otros c. Corporación de la Reforma Agraria* (1968), cons. 26º.

³⁴ Corte Suprema, *Cortés c. Fisco* (1986), cons. 2º.

³⁵ Corte Suprema, *Zenteno c. Fisco* (1961), cons. 2º. Esta concepción de la inaplicabilidad atraviesa buena parte del siglo XX, véanse a título ejemplar: *Duncker c. Fisco* (1933); *Santos c. Fisco* (1949); *Agrícola y Ga-*

Cabe advertir que esta autopercepción de la competencia atribuida –que concibe la inaplicabilidad como un juicio abstracto que obedece a una mera “confrontación de textos”³⁶ o “al simple estudio en derecho de los preceptos legales tachados de inconstitucionales”³⁷– varió en diversos fallos de la Corte Suprema que, contra la doctrina ortodoxa, subrayaron la relevancia de los hechos en el enjuiciamiento abstracto de la constitucionalidad de las leyes³⁸. Al margen de estas contradicciones internas, fue la posición mayoritaria de la Corte Suprema la que influyó profundamente en la formación de la autopercepción que se construye el Tribunal Constitucional tras la reforma de 2005.

En efecto, la reforma alteró los términos con que se redactó la competencia para declarar inaplicable un precepto legal. La Ley núm. 20.050 sustituyó la frase “todo precepto legal contrario a la Constitución” por la de “precepto legal cuya *aplicación* en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución” (cursivas añadidas). Siguiendo este cambio en la redacción (sobre el que poca discusión ofrece la historia parlamentaria de la reforma constitucional), y en abierta diferenciación con la doctrina oficial o mayoritaria del antiguo recurso de inaplicabilidad el Tribunal Constitucional afirmó en una de las primeras sentencias dictadas bajo el nuevo régimen, el fallo rol núm. 480-2006 (27 de julio de 2006), que “en sede de inaplicabilidad el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el órgano constitucional debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución” (cons. 27º). En la sentencia rol núm. 478-2006 (8 de agosto de 2006), citando un trabajo del Profesor porteño Lautaro RÍOS, el Tribunal afirmó que en la inaplicabilidad “la magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para

nadera Montes c. Fisco (1955), cons. 4º; *Vicuña y otra con Banco de Chile* (1964); *Riesco c. Corporación de Mejoramiento Urbano* (1968), cons. 2º; *Bravo c. Conservador de Bienes Raíces de Santiago* (1969), cons. 3º; *Agrícola Lo Vicuña c. Fisco* (1970), cons. 5º; *Cuesta c. Fisco* (1970), cons. 61º. Bajo la versión original de la Constitución de 1980, y siempre a título ejemplar, véanse también: *Cía. Minera Tamaya c. Soc. Minera Atocha* (1995), cons. 17º; *Fuenzalida c. Fisco* (1998), cons. 2º-3º; y *Empresa Eléctrica Colbún Machicura c. Sociedad Austral de Electricidad* (2000), cons. 2º.

³⁶ Corte Suprema, *Hott c. Fisco* (1948), cons. 4º.

³⁷ Corte Suprema, *Labarca c. Municipalidad de Melipilla* (1996), cons. 3º.

³⁸ ATRIA (2001) destaca el fallo *Curtze y otros* (1941). Pueden agregarse otros todavía más explícitos, tales como *Pilassi c. Fisco* (1950), cons. 14º; *Duhart c. Kramer* (1992), cons. 4º; o la sentencia *Empresa Nacional de Electricidad c. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción* (1992), cons. 2º.

desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad *‘comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y —lo más específicamente decisivo— el examen particular acerca de si ‘en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella...’* Por eso, *‘puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional’* (Lautaro Ríos Álvarez [sic], “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, N° 1, páginas 77 y 78)” (cons. 15°, cursivas en el original).

De lo dicho resulta que no todas las competencias sobre normas atribuidas por la Constitución al Tribunal Constitucional en el artículo 93 se refieren a juicios de validez. En su gran mayoría de competencias, el Tribunal actúa como un juzgador de la validez de normas (leyes, decretos, autos acordados, etc.) o de proyectos de normas (juicio preventivo de validez), pero este no es el caso de la inaplicabilidad si por ella se entiende un juicio sobre la rectitud constitucional de la aplicación de una norma legal o de lo que corresponda entender por precepto legal. En virtud de este último juicio, lo que el Tribunal Constitucional revisa no es la formulación de la norma sino los efectos de su aplicación, circunstancia que explica dos consecuencias de sobra destacadas por la propia jurisprudencia del Tribunal: (i) que no corresponde extraer consecuencias universales de sus decisiones de inaplicabilidad y (ii) que un precepto puede ser, al mismo tiempo, constitucional en abstracto y en cambio su aplicación contraria a la Constitución en una gestión concreta. Esta tarea carece de la naturaleza para-legislativa que rodea a los procesos invalidatorios de normas (según la conocida metáfora de la legislación “negativa”) y se mantiene dentro de los márgenes propios de la función propiamente jurisdiccional y, más precisamente, en el plano de los recursos procesales que permiten a los tribunales revisar la actividad jurisdiccional de otros. Incluso más, este sentido de la inaplicabilidad es tan genuinamente jurisdiccional que hasta podría sostenerse, ciertamente sin la intención de querer profundizar esta afirmación, que pugna con el pretendido carácter monopólico de dicha función y que, por lo tanto, cualquier juez puede hacer uso de ella. En definitiva, aunque es cierto que se trata de un recurso muy peculiar, que eventualmente obliga a “anticiparse” a los posibles derroteros que seguirá una decisión (ALDUNATE 2005, p. 41), no puede desconocerse la diversidad de fines de un juicio que persigue revisar la aplicación de normas frente a otros que persiguen revisar la formulación de las mismas.

Es verdad que el giro de la reforma del 2005 y la misma autopercepción del Tribunal Constitucional pueden ser objeto de críticas y matices (como acontece cuando se está ante un precepto viciado formalmente o ante un precepto que no admite una sola interpretación conforme con la Constitución, de modo que lo dicho en singular vale también como universal), pero también es cierto que ese nuevo rasgo de la inaplicabilidad no puede ser soslayado a la hora de examinar la posibilidad de requerir y declarar la inaplicabilidad de una disposición contenida en un tratado internacional. Luego, si la sentencia de inaplicabilidad se limita a pronunciarse sobre la constitucionalidad de los efectos de la aplicación de un precepto, sin declarar formalmente la existencia de una antinomia que implique juzgar la validez de la misma, la tesis defendida por la mayoría del Tribunal en la sentencia rol núm. 1.288 no debería resultar solamente comprensible desde la teoría constitucional, sino que también debería ser admisible a la luz del Derecho internacional.

En la teoría de las fuentes es posible diferenciar nítidamente la simple desaplicación de una norma de su invalidación. La primera operación no deriva de un privilegio concedido a un poder del Estado para enfrentarse a otro (como acontece con la segunda), sino del natural alcance que tiene la función jurisdiccional. Esto puede explicarse con el siguiente ejemplo: los judíos alemanes que fueron privados de su nacionalidad a través de un decreto de 1941 demandaron en el Reino Unido, después de terminada la guerra, la aplicación de convenios con Alemania que impedían la doble tributación de las pensiones. Para concederles los beneficios de dichos convenios, los tribunales ingleses debieron necesariamente pasar por alto la normativa alemana que había privado a esos ciudadanos de su ciudadanía (de otro modo no habría doble nacionalidad)³⁹. La no aplicación de la normativa alemana en ningún caso afecta su validez, del mismo modo en que toda norma vigente mantiene su vigencia aun si un juez no la aplica a un caso determinado. Según enseña la doctrina italiana, la desaplicación sólo afecta a un caso determinado, de modo que el acto permanece intacto para otras hipótesis de hecho. En palabras de Giuseppe GUARINO, estamos ante la desaplicación “cuando el acto debe ser considerado irrelevante respecto de una determinada situación fáctica en relación a la cual no produce los efectos que habría debido producir” (cit. en PAGOTTO 2008, p. 15).

La práctica chilena del Derecho administrativo y constitucional es rica en tradición y ejemplos de desaplicación. Recuérdese que sobre esta distinción se construyó la tesis que permitía a los tribunales ordinarios conocer de aquellos reglamentos

³⁹ Caso *Oppenheimer v. Cattermole* (1973), explicado en MORAN (2007), pp. 177 y ss.

que violaban el principio de legalidad en ausencia de tribunales contencioso-administrativos. En la práctica más reciente puede recordarse la desaplicación del decreto ley de amnistía de 1978 o, en sede constitucional, la desaplicación de las leyes en los casos asociados al fenómeno de la “ley pantalla”. En todos estos casos la decisión judicial sólo afecta la eficacia de una determinada fuente para un caso concreto, dejando intacta su validez para el resto de las situaciones. Por otro lado, y aunque es una idea que no puede ser profundizada en este trabajo, hay que tener presente que la desaplicación también excede el juicio de inaplicabilidad. Como lo recuerda la sentencia alemana del Tratado de Lisboa, a nivel de jurisdicción constitucional ella puede tener aplicación en procedimientos diversos al control de normas, como por ejemplo, los relativos a las contiendas de competencias o al amparo constitucional.

En definitiva, si la decisión de inaplicabilidad no afecta la validez no quedan razones para afirmar automáticamente que la lectura del art. 54.1 de la Constitución, modificado el mismo año que el actual art. 93, impide la inclusión de los tratados internacionales en los requerimientos de inaplicabilidad. Es más, el hecho que la reforma de los actuales artículos 54.1 y 93.6 se haya realizado el mismo año es un indicio que añade otra razón para pensar que no hay conexión entre la suspensión de los tratados y la inaplicabilidad. En efecto, la poca o nula discusión (otros dirían, conciencia) sobre el radical cambio que se operaba sobre el instituto de la inaplicabilidad podría llevar a pensar que, como mucho, cuando el constituyente del 2005 pensaba en la inaplicabilidad, pensaba en algo muy parecido a lo que en este trabajo se ha identificado con la autopercepción mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia chilena hasta ese mismo año. Pues bien, en ese estado de cosas podía haber buenas razones para entender que la inaplicabilidad escondía un pronunciamiento (ciertamente limitado en razón de los efectos particulares de la sentencia o de los pronunciamientos minoritarios al estilo de los fallos *Curtze* o *Pilassi*, entre otros) velado sobre la validez de las normas. Sin embargo, la evolución posterior de la inaplicabilidad –exteriorizada en la nueva autopercepción del Tribunal– hacia una forma “concreta” de examinar la aplicación de un precepto legal desligó los nexos posibles entre la inteligencia del actual art. 54.1 y el art. 93.6 de la Constitución.

Pero todavía hay más: si las decisiones de inaplicabilidad, bajo la concepción que predomina hoy, se dirigen más a los jueces que al legislador, entonces tampoco hay razón para excluir de estas orientaciones hermenéuticas a los instrumentos internacionales. Estas orientaciones, en una época de fragmentación y contradicción de fuentes internacionales, pueden transformarse en una estupenda forma de promover, como lo recuerda la doctrina, la interpretación “amistosa” de las fuentes

nacionales e internacionales (SLOSS 2009, p. 13). Como se sabe, estas orientaciones hermenéuticas no sólo se encuentran presentes en las sentencias de acogimiento total de inaplicabilidad, sino también en las de acogimiento parcial y en las de rechazo. Esto quiere decir que una sentencia puede rechazar un requerimiento de inaplicabilidad y, al mismo tiempo, acoger o corregir las pretensiones interpretativas del solicitante. Sentencias de esta naturaleza son ciertamente sentencias anómalas (que la doctrina italiana acompaña con el calificativo de “manipulativas”), en el sentido que la parte decisoria no es separable de las motivaciones. Pues bien, la doctrina que excluye a los tratados internacionales de la inaplicabilidad parece haberse centrado en las sentencias de acogimiento (como antecedente necesario de lo que más abajo se explica bajo el concepto de responsabilidad internacional), olvidando que también en las sentencias de rechazo se esconde una sutil forma de dirigir la aplicación de las leyes. Criterios como los seguidos en los fallos roles núm. 747 (31 de agosto de 2007), 736 (29 de noviembre de 2007), 804 (28 de diciembre de 2007) y 806 (11 de diciembre de 2007), aunque no objeten directamente un tratado internacional (en el caso de los optómetras, la norma objetada era una del Código Sanitario), pueden ser perfectamente seguidos en procesos dirigidos a revisar los efectos de la aplicación de un instrumento internacional. En otras palabras, las sentencias rechazo pueden dictarse con o sin el artículo (el citado 47 B) declarado inconstitucional en el rol núm. 1.288. La única diferencia radicaría en que en el primer caso habría sido una sentencia de inadmisibilidad, mientras que en el segundo el pronunciamiento interpretativo también podrá esconderse en una sentencia de fondo.

Por último, hay que hacer presente que, en el escenario no sinalagmático que puede derivarse de la suscripción e incorporación (si se me permite un uso libre de este concepto) de ciertos tratados internacionales (como sucederá con los tratados de derechos humanos o con los instrumentos que generan estructuras supranacionales), la posibilidad de inaplicar un instrumento internacional contiene una ventaja política. Esta ventaja, como lo saben bien los tribunales constitucionales europeos, consiste en mantener una válvula extraordinaria que permita garantizar (al menos en el plano teórico) los reductos irrenunciables de las constituciones nacionales. Esta ventaja obliga a los tribunales internacionales a tomarse en serio las tradiciones constitucionales de los Estados sujetos a su jurisdicción. Así lo demuestra, por ejemplo, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de derechos fundamentales. Para explicarlo metafóricamente: la reserva de un instrumento como la inaplicabilidad equivale a mostrar los colmillos de un guardián que ladra, pero que rara vez muerde.

c) El potencial sentido político de la inaplicabilidad

Más arriba se indicó que unas de las falencias de la crítica al fallo rol núm. 1.288 estriba en la excesiva confianza en el Presidente de la República, pues en él se radica la responsabilidad exclusiva de decidir si denuncia y cuándo denuncia un instrumento internacional. Si la discusión sobre este punto se desvía hacia la disputa acerca de la mayor legitimidad democrática del primero frente al Tribunal Constitucional, no hay mucho que decir. En cambio, si se tiene presente que todo lo relativo a la defensa de la Constitución tiene algo de antidemocrático porque pertenece más bien a la *res publica* que a la democracia⁴⁰, todavía es posible añadir alguna ventaja de la declaración de inaplicabilidad. Ésta reposa precisamente en el rol político que puede asumir dicha declaración cuando ella esconde una argumentación que puede ser extendida a una generalidad de casos que va más allá de la gestión concreta en que incide la sentencia. Con todo, la relevancia de este mensaje debe ser valorada en su justa medida, tanto por el carácter concreto que tiende a imponerse con la actual versión del instituto (lo que hace pensar que este tipo de decisiones será excepcional), como por la escasa atención que las autoridades políticas suelen prestar a los mensajes (jurisprudenciales e institucionales) de los tribunales de justicia. Más allá de estas dificultades, la potencial virtualidad política de este tipo de mensajes institucionales al Gobierno y al Congreso persiste y probablemente aumenta cuando quien emite el mensaje es el Tribunal Constitucional⁴¹.

El mensaje político va condicionado todavía a un par de circunstancias. Como ha quedado dicho, se reduce a las excepcionales decisiones de inaplicabilidad que, no obstante el carácter concreto de la figura procesal, contienen juicios generales o universales aplicables a otro tipo de casos y que inciden en la validez del precepto impugnado. Por otra parte, siendo en sí mismo el enjuiciamiento de la aplicación de los tratados una cuestión política sensible, la inaplicabilidad como un mensaje al Ejecutivo debe ser comprendida desde la ya excepcional intervención de los tribunales en las llamadas *political questions*. En efecto, no debe olvidarse que en otros lugares este último concepto justifica, precisamente, la renuencia de los tribunales para revisar la constitucionalidad de los tratados internacionales o, en términos más amplios, para intervenir en la política exterior de un Estado. Vistas así las cosas, la inaplicabilidad debería ser considerada como un instrumento de excepción para

⁴⁰ ZAGREBELSKY (2005), p. 121.

⁴¹ En el caso del Poder Judicial, estos mensajes han sido largamente desatendidos por las autoridades políticas (NAVARRO 1994, pp. 284 y ss.). No conozco estudios relativos al impacto de las cuentas de los presidentes del Tribunal Constitucional.

el cual los jueces constitucionales deberían poner la mayor atención en el estilo o lenguaje de la sentencia. Como decía Gracián, “no basta la sustancia, también se necesita la circunstancia (...) en las cosas tiene gran importancia el cómo”⁴².

Cabe hacer presente que este sentido político de la inaplicabilidad estuvo, en el plano teórico, latente en el instituto de la inaplicabilidad mientras de ella conocía la Corte Suprema⁴³. Un autorizado y temprano comentarista de la Constitución de 1925 intuía este sentido afirmando: “[s]e supone que el legislador, en vista que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogararlo por medio de otra ley. Si no lo hiciere se manifestaría pertinaz en el mantenimiento de un precepto viciado, y los particulares podrían sustraerse de su cumplimiento, formulando el recurso en grupos más o menos numerosos, en la medida de sus necesidades” (GUERRA 1929, p. 460). En términos similares se habló después de la “influencia moral” que la sentencia podía tener en el legislativo (ESTÉVEZ GAZMURI 1950, p. 342).

En el plano comparado es interesante traer a la vista lo que se ha afirmado respecto de algunas constituciones que admiten el control represivo de los tratados. Así en Polonia, donde es posible revisar *ex post* la conformidad constitucional de los tratados vigentes (art. 188.1), se ha dicho recientemente que si el Tribunal Constitucional (*Trybunał Konstytucyjny*), como *ultima ratio*, decide declarar la inconstitucionalidad de un tratado que ha pasado a formar parte del ordenamiento polaco, dicho pronunciamiento sólo afectará la aplicación doméstica del tratado “pudiendo también imponer la obligación de las autoridades competentes de tomar las medidas necesarias para enmendar o denunciar el tratado”, existiendo, en todo caso, una “válvula de seguridad en el artículo 190.3 de la Constitución que permite a la Corte reservar la constitucionalidad de la disposición por un período que no exceda los doce meses” para conciliar los efectos de la decisión con las exigencias del Derecho internacional⁴⁴. También en España, donde a pesar de las críticas hay control represivo de los tratados⁴⁵ se ha discutido del mismo modo la

⁴² Sobre la argumentación de las sentencias difíciles, las “estrategias judiciales” y sus modos de interpretación, véanse KENNEDY (1996), pp. 235 y ss. y LEÓN (2007), pp. 273 y ss.

⁴³ Es quizá debido a la poca atención que las autoridades legislativas prestaban a los fallos de inaplicabilidad que la propia Corte Suprema insistía en la necesidad de dar carácter derogatorio a la declaración de inaplicabilidad. Allá por el año 1976, el Ministro de la Corte Suprema José María Eyzaguirre reclamaba que “si la Corte Suprema, por tres sentencias consecutivas declara inconstitucional un precepto legal, esa declaración tenga efectos generales en el futuro, pues resulta absurdo y hace perder al tribunal y a los litigantes mucho tiempo, que, después de declarada, reiteradamente, la inconstitucionalidad, sea necesario recurrir de nuevo, una y otra vez, con el mismo objeto” (cit. en NAVARRO 1994, p. 265).

⁴⁴ GARLICKI, MASTERNAK-KUBIAK y WÓJTOWITZ (2009), pp. 381-382.

⁴⁵ JIMENA (2007), pp. 419 y ss.

posibilidad de posponer los efectos de la sentencia para reducir el impacto político de la sentencia⁴⁶. Nótese en todo caso que en estos dos ejemplos, a diferencia de Chile, la sentencia afecta la validez de la norma impugnada.

C. La responsabilidad del Estado ¿fiat iustitia et ruat cœlum?

a) Inaplicabilidad e incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado: suspensión, modificación y derogación de los tratados

Un juicio en el que coincide el voto de minoría (voto Ministros Colombo, Cea y Peña, letras q-w) con la doctrina nacional mayoritaria⁴⁷ es la afirmación de la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de la declaración de inaplicabilidad. La tesis que se sostiene aquí, sin pretender profundizar en un área como la responsabilidad internacional del Estado, intenta desdramatizar este *ruat cœlum*. En efecto, la que aquí se ha identificado como doctrina mayoritaria todavía no ha demostrado que la inaplicabilidad sea un juicio de validez que afecte de modo permanente la aplicación de un tratado, como tampoco que el juicio de inaplicación constituya un hecho tan trascendente como para ser calificado de suspensión a los efectos del art. 54.1 de la Constitución o de los artículos 42 y ss. de la Convención de Viena de los Tratados y de acto u omisión ilícita internacional.

Si se tiene como referencia el art. 54.1 de la Constitución sería necesario demostrar que la inaplicabilidad es una forma de derogación, modificación o suspensión de un tratado. Sin embargo, a la luz de lo ya explicado en el párrafo b) precedente, no es tan fácil atribuir alguno de estos tres efectos a la declaración de inaplicabilidad. Sostener que todo juicio de aplicación es uno de derogación, modificación o suspensión equivaldría a sostener que la aplicación de los tratados es un proceso de autómatas que prescinde de las capacidades de los operadores internos para determinar si el instrumento es o no aplicable a una situación concreta o, en el caso del 93.6 de la Constitución, para determinar si su aplicación puede producir un efecto contrario a la Constitución. En efecto, si en su sentido más concreto y procesalmente recursivo la inaplicabilidad representa un instrumento de revisión del ejercicio de las facultades jurisdiccionales, las más de las veces ella sólo contendrá un pronunciamiento sobre la aplicación del precepto y no uno sobre su conformidad con otros parámetros normativos. Por ejemplo, si en una

⁴⁶ BRAGE (2008), p. 118.

⁴⁷ GARCÍA BARZELATTO (2007b), p. 476; HENRÍQUEZ (2007), pp. 123-124; NOGUEIRA (2009), pp. 411 y ss.; VEGA y ZUÑIGA (2006), p. 152, entre otros.

gestión judicial una parte invoca un tratado que, *ratione materiae* o *personae*, no resulta aplicable a los hechos y cuya aplicación podría vulnerar los derechos constitucionales de la otra, ¿por qué habría de sostenerse que una decisión judicial que se pronuncie sobre esa aplicabilidad importa una violación del tratado? En definitiva, si se descarta que el juicio de inaplicabilidad sea un juicio de validez, entonces, la necesaria asociación con el efecto de la derogación es, por lo menos, discutible.

Por otra parte, si se entiende por modificación la alteración del contenido, tampoco será posible afirmar que hay modificación pues el fallo sólo afecta la aplicación de un tratado dejando su contenido indemne. Volviendo al ejemplo anterior, ¿por qué habría de afirmarse que un pronunciamiento que decide sobre la pertinencia de un tratado a una situación concreta implica la modificación de aquél? Si el Tribunal Constitucional decide a través de la inaplicabilidad que, por ejemplo, la aplicación de los privilegios propios del Convenio de Varsovia sobre limitación de responsabilidad a hipótesis no comprendidas en él (v. gr. el transporte aéreo nacional) genera un efecto contrario a la Constitución ¿por qué habría de afirmarse que allí necesariamente hay un juicio que compromete la responsabilidad del Estado chileno? Quizá puede objetarse que el Tribunal Constitucional sea el sujeto idóneo y la inaplicabilidad la vía adecuada para resolver una cuestión de esta naturaleza, pero ciertamente esta objeción forma parte de otro problema. El único modo de afirmar que hay propiamente intención de modificar el contenido de un tratado se presentaría si el Tribunal propusiera (por ejemplo a través de una sentencia interpretativa) una forma de interpretar un tratado que se desviara de su texto y espíritu. Sin embargo, en este último caso, quedaría por demostrar que esa nueva interpretación del tratado constituye *per se* un acto antijurídico, lo que precisa demostrar, en sede internacional, que esa desviación no está amparada por el llamado *margin of appreciation* ni por el cumplimiento de otras obligaciones internacionales del Estado.

Por último, respecto a la suspensión hay que hacer presente que el carácter absoluto y temporal de esta figura tampoco se concilia con el carácter particular de la sentencia de inaplicabilidad. Esto quiere decir que la sentencia de inaplicabilidad, al marginar un precepto internacional de la decisión de una gestión judicial pendiente, no suspende el tratado del mismo modo en que no puede hablarse de “suspensión de las leyes” cuando decide no aplicar un precepto legal.

Luego, para ser exacta la tesis mayoritaria tendría que hacer algo más que asociar automáticamente la declaración de inaplicabilidad con las hipótesis de derogación, modificación o suspensión. Ella debe demostrar, ya que su juicio

es universal (=nunca puede haber inaplicabilidad de tratados internacionales), que siempre y en todo caso la sentencia de inaplicabilidad constituye un acto u omisión internacionalmente ilícito (*wrongful act* o *fait internationalement illicite*, en los términos del proyecto la Comisión de Derecho Internacional) o, en el plano específico de los tratados de derechos humanos, la violación de cualquiera de los derechos que ellos consagran. De ser exitosa en este esfuerzo, la doctrina mayoritaria podría fácilmente concluir que la conducta del Estado constituye una infracción material que justifica para la o las otras partes contratantes la suspensión o la terminación del tratado. Sin embargo, según se sabe, tanto la apreciación de la juridicidad de la conducta como la valoración de la gravedad del *material breach* son procesos complejos que requieren la evaluación de diversas circunstancias que pueden excluir la antijuridicidad de la conducta⁴⁸, o el reconocimiento de la polisemia del usualmente amplio lenguaje de los tratados⁴⁹ que puede dar lugar a una variedad de respuestas justas frente a un mismo problema. Adicionalmente, dada la numerosa y variada naturaleza de las obligaciones internacionales, es todavía posible que –como se adelantaba más arriba– en la decisión de un caso concreto converjan dos o más obligaciones internacionales. En este último caso, es perfectamente posible que las obligaciones sean contradictorias entre sí y que, por lo tanto, haya que preferir la aplicación de la obligación que más se avenga con la Constitución nacional y, por lo tanto, preterir la obligación que genera un efecto contrario a la Constitución.

b) Inaplicabilidad y cumplimiento de obligaciones internacionales

Aunque pueda resultar una paradoja, la inaplicación de un precepto o de una obligación internacional puede representar, al mismo tiempo, una obligación internacional. Esta afirmación se sostiene en el carácter no unitario o fragmentado de las obligaciones internacionales del cual se coligen las mismas antinomias que es posible advertir en los ordenamientos nacionales. Pues bien, en ese contexto, tanto las jurisdicciones constitucionales como las ordinarias pueden verse expuestas a la obligación de optar por preferir la aplicación de una obligación en perjuicio de otra. Esta opción, naturalmente dejará insatisfecho al acreedor o a los acreedores de la obligación preterida, consecuencia que debe aceptarse si se está de acuerdo en constatar que no hay un solo intérprete jurisdiccional del Derecho internacional frente al cual se haga una posible jerarquía de fuentes internacionales.

⁴⁸ CASSESE (2006), pp. 338 y ss.

⁴⁹ Véase GOMAA (1996), p. 149.

La experiencia nacional y comparada ofrecen buenos ejemplos para sostener la tesis recién enunciada. A fines de la década de los noventa, en el affaire *Matthews*, la Corte Europea de Derechos Humanos debió decidir si una ciudadana británica nacida en Gibraltar podía ser excluida de votar en las elecciones de miembros al Parlamento Europeo por aplicación de una norma comunitaria que limitaba las elecciones al Reino Unido. Las autoridades electorales británicas habían aplicado dicha norma comunitaria reconociéndole un “treaty status”⁵⁰ que impedía el reconocimiento de los derechos políticos de la ciudadana. Contra todo pronóstico favorable a la diferencia entre Estrasburgo y Bruselas, la Corte resolvió que el Reino Unido había violado las obligaciones que tenía respecto del art. 3º del Protocolo núm. 1 del Convenio europeo de derechos humanos (derecho a las elecciones libres)⁵¹. Como puede advertirse, el problema de la demandante evidenciaba con claridad la posible contradicción entre las obligaciones internacionales de un mismo Estado. Similar es la situación en Chile, donde los tribunales ordinarios han resuelto más de alguna vez no aplicar o, por lo menos, modular el alcance de las obligaciones internacionales. Los casos relativos a las inmunidades internacionales, al Tratado de Paz y Amistad con Bolivia de o al Convenio internacional de Policías ilustran bien esta realidad.

En el caso de las inmunidades de jurisdicción, se ha reconocido competencia a las Cortes de Apelaciones para conocer de acciones de protección, modulando así la aplicación de los convenios internacionales de forma tal de hacerlos compatibles con nuestros derechos fundamentales nacionales⁵². Respecto al acuerdo con Bolivia, un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 4 de marzo de 1998⁵³, resolvió que “se reconoce la superioridad de las garantías individuales, al tenor de lo dispuesto por el artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República. De manera entonces, que si bien, el Tratado de Paz y Amistad de

⁵⁰ Según consta en el Informe de Admisibilidad de la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, caso 24.833/94 (16 de abril de 1996), la respuesta que recibió la Sra. Matthews del *Electoral Registration Officer* fue la siguiente: “The provisions of Annex II of the EC Act on Direct Elections of 1976 limit the franchise for European Parliamentary Elections to the United Kingdom. This act was agreed by all member states and has treaty status. This means that Gibraltar will not be included in the franchise for the European Parliamentary Elections”.

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Matthews v. Reino Unido* (18 de febrero de 1999). Véase CANOR (2000), pp. 3 y ss.

⁵² Véase CALDERÓN (1994), pp. 267 y ss., como asimismo las sentencias de la Corte Suprema: *Walter Szurgelies Hoyer y Mathilde Selent Ritz de Szurgelies c. Primer Consejero de la Embajada de la República Federal Alemana en Chile Hans Ulrich Spohn* (1988) y *Manfred Skrabs Naujoks y otros con Horst Kriegler, Cónsul de la República Federal de Alemania en Concepción* (1988).

⁵³ *Pozo y otros c. Empresa de Ferrocarriles Antofagasta a Bolivia* (1998).

1904 garantiza el más amplio y libre derecho de tránsito comercial, su alcance y extensión debe ser interpretado en armonía con la disposición señalada. Debe adecuarse, además, al artículo 20 del mismo cuerpo legal, ya analizado [Constitución Política] y, finalmente, debe ajustarse al artículo 19 N° 21 y N° 24 inciso 2° de la misma Constitución” (cons. 9°). Por último, por lo menos dos fallos de la Corte de Puerto Montt han tenido que revisar decisiones de los tribunales de garantía que habían considerado que las fotografías que permite almacenar el Convenio de cooperación de policías (suscrito en Conferencia internacional sudamericana de policía y aprobado por la Ley núm. 4.140, D. Of. de 28 de julio de 1927) constituían prueba obtenida con una infracción a los derechos fundamentales del imputado⁵⁴. El criterio sostenido por la Corte de Puerto Montt puede ser comparado con el de la Corte de Apelaciones de La Serena que ha fallado que “nuestra legislación no contempla norma alguna que autorice a Carabineros a mantener en su registro de control de delincuentes, fotografías de personas que no tengan esa condición, ni menos aún, que los faculte para exhibir a terceros tales imágenes, esto es, hacer pública la información que debe ser administrada con la debida reserva”⁵⁵. Este último criterio, al igual que el de los jueces de garantía, claramente representa una hipótesis de desaplicación de un tratado cuya única diferencia con la inaplicabilidad estriba en su carácter difuso.

La pregunta que cabe formular a la tesis que mayoritariamente desecha la inaplicabilidad de los tratados es la siguiente: ¿importan los casos recién apuntados algún supuesto de responsabilidad internacional para el Estado de Chile?

Lo dicho hasta aquí obliga a revisar la última de las premisas asociadas a la responsabilidad del Estado. Ésta afirma que, conforme a las muy conocidas disposiciones de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, la invocación de las normas de derecho interno no justifica el incumplimiento de las obligaciones internacionales (art. 27 en concordancia con el 46 de esa Convención). Tomando este principio de irrelevancia del Derecho interno (como lo llama el proyecto de la Comisión de Derecho internacional sobre responsabilidad del Estado)⁵⁶, sería posible decir que la inaplicabilidad constituiría un cauce ilegítimo de invocación del Derecho interno para dejar de cumplir con el internacional. Pues bien, frente a la *irrelevance of internal law* cabe preguntarse por la relevancia del Derecho

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, contra José Díaz Flores (2008a y 2008b) por robo con homicidio y robo con violencia.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de La Serena, *Márquez Muñoz c. Carabineros de Chile* (2006), recurso de protección.

⁵⁶ *Drafts articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53ª sesión en 2001 (A/56/10).

internacional, como lo demuestran los casos recién mencionados. En otras palabras, si la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se está abriendo a la utilización de (por lo menos algunas) fuentes internacionales como parámetros de constitucionalidad⁵⁷, no es irracional pensar en la posibilidad que esas mismas fuentes (especialmente en materia de derechos humanos) puedan inhibir la aplicación de otras obligaciones internacionales en el plano comercial o tributario, por mencionar dos ejemplos. Por último, respecto de la argumentación basada solamente en la fuente Constitucional como *internal law*, y dicho solamente de paso, me permito recordar la pregunta con que Benedetto CONFORTI cierra el estudio de los elementos constitutivos del hecho ilícito internacional y comenta los artículos 27 de la Convención de Viena y el 32 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados:

“¿No será esta una posición extremadamente rígida –si bien radicada en una opinión antigua y difundida– que conviene revisar a la luz de una visión moderna y realista del Derecho internacional que modere los valores internacionales con los internos” (CONFORTI 2006, p. 332).

§4. CONCLUSIONES

a) La tesis que sostiene la improcedencia de la inaplicabilidad de los preceptos contenidos en los tratados internacionales se construye sobre premisas muy discutibles acerca del actual significado de la inaplicabilidad, de la intangibilidad de los tratados y de la responsabilidad internacional del Estado.

b) El sentido de la voz “preceptos legales” a que se refiere el art. 93.6 de la Constitución puede ser racionalmente ampliado hasta comprender a los tratados internacionales. La necesidad constitucional extraordinaria de mantener alguna forma de controlar judicialmente la aplicación de los tratados es una buena razón para justificar esa ampliación y, al mismo tiempo, evitar la concentración de la defensa de la Constitución en manos del Presidente de la República.

c) En la medida en que el instituto de la inaplicabilidad se centra en la revisión de los efectos que siguen a la aplicación de los preceptos legales (o sus equivalentes), es posible afirmar que el juicio de inaplicabilidad en la gran mayoría de los casos no es un juicio de validez sobre normas. No siendo un juicio de validez, él tampoco importa una forma de derogación, suspensión o modificación de los tratados.

d) La responsabilidad del Estado no es una consecuencia inmediata ni automática de la inaplicabilidad. Existen diversas situaciones, entre las que

⁵⁷ Así lo intento demostrar en otro lugar (NÚÑEZ 2009, pp. 500 y ss.).

pueden incluirse consideraciones relativas al mismo Derecho internacional, que pueden justificar la licitud de la actuación estatal y, por tanto, la exclusión de la responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE, Eduardo (2005): “Reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público* (69), pp. 35-44.
- ATRIA, Fernando (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* (12/1), pp. 119-156.
- BERTELSEN, Raúl (1969): *Control de constitucionalidad de la ley* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009): *Historia de la Ley N° 20.381. Modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional* (s.l.).
- BRAGE, Joaquín (2008): “La acción abstracta de inconstitucionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR, Arturo (Ed.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* (México D.F., UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas), vol. VIII, pp. 89-128.
- BULNES, Luz (1982): “El recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1980”, AA.VV. *XII Jornadas de Derecho público* (Concepción, Universidad de Concepción), pp. 13-27.
- CALDERÓN, Mario (1994): “Las inmunidades de jurisdicción y los derechos de la persona humana”, en AA.VV. *Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Silva Bascuñán* (Santiago de Chile, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 267-282.
- CANOR, Iris (2000): “*Primus inter pares*. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?”, *European Law Review* (25), pp. 3-21.
- CASSESE, Antonio (2006): *Diritto internazionale* (Bologna, Il Mulino).
- CONFORTI, Benedetto (2006): *Diritto internazionale* (Napoli, Ed. Scientifica, 6ª ed.).
- CORTÉS, Aristóteles (2006): “La problemática de la ‘casación constitucional’ en Chile”, en CARRASCO, M., PÉREZ ROYO, J. y URÍAS, J. (Eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Navarra, Aranzadi), vol. 2, pp. 3553-3559.
- ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos (1950): *Elementos de Derecho constitucional* (Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile).

- EVANS, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed.), tomo I.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Á. (2005): “Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (3/1), pp. 97-118.
- FUEYO, Fernando (1992): “Interpretación e integración de la norma en contra de su literalidad por los tribunales de justicia”, en UNIVERSIDAD DE CHILE / UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile), pp. 465-488.
- GARCÍA BARZELATTO, Ana María (2007a): “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, en *Revista de Derecho público* (69), pp. 502-510.
- GARCÍA BARZELATTO, Ana María (2007b): “Informe en Derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, en *Estudios Constitucionales* (5/1), pp. 469-480.
- GARLICKI, Lech, MASTERNAK-KUBIAK, Małgorzata y WÓJTOWITZ, Krzysztof (2009): “Poland”, en SLOSS, D. (Ed.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 369-409.
- GOMAA, Mohammed (1996): *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach* (The Hague, Kluwer International).
- GUERRA, José Guillermo (1929): *La Constitución de 1925* (Santiago de Chile, Est. Gráficos Balcells).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2007): “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales* (5/1), pp. 119-126.
- JIMENA, Luis (2007): “La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional español)”, en PÉREZ, Pablo (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 419-441.
- KENNEDY, Duncan (1996): “Comportamenti strategici nell’interpretazione del Diritto”, en DERRIDA, J. y VATTIMO, G. (Eds.), *Diritto, giustizia e interpretazione* (trad. J.-P. Bouerdick, Roma, Laterza), pp. 229-274, incluido en la versión inglesa *The Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge, Harvard University Press), pp. 180 y ss.
- LANGLOIS, Anthony (2002): “Human Rights: the Globalisation and Fragmentation of Moral Discourse”, en *Review of International Studies* (28), pp. 479-496.

- LEÓN, José (2007): “De los criterios de argumentación que deben guiar las decisiones (contra-mayoritarias) del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (25), pp. 257-281.
- MORAN, Mayo (2007): “Shifting Boundaries: The Authority of International Law”, en NIJMAN, J. y NOLLKAEMPER, A. (Eds.), *New Perspectives in the Divide Between National & International Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 163-190.
- MUTUA, Makau (2002): *Human Rights: A Political and Cultural Critique* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press).
- NAVARRO, Enrique (1994): “La judicatura analizada por los presidentes de la Corte Suprema. Veinticinco años de peticiones incumplidas”, en *Estudios Públicos* (54), pp. 241-297.
- NAVARRO, Enrique (2002): “El recurso de inaplicabilidad”, en *Gaceta Jurídica* (267), pp. 7-26.
- NOGUEIRA, Humberto (2005): “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en NOGUEIRA, H. (Coord.), *La Constitución reformada de 2005* (Santiago de Chile, Librotecnia), pp. 381-403. Este texto también figura publicado en ZÚNIGA, F. (Coord.), *Reforma constitucional* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2005). Las citas se hacen desde el primer texto.
- NOGUEIRA, Humberto (2009): “Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional. ¿El Tribunal Constitucional poder constituido o poder constituyente en sesión permanente?”, en *Estudios Constitucionales* (7/2), pp. 389-427.
- NÚÑEZ, Manuel (2008): “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al Derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, en *Ius et Praxis* (14/2), pp. 331-372.
- NÚÑEZ, Manuel (2009): “La función del Derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXII), pp. 487-529.
- PAGOTTO, Cesare (2008): *La disapplicazione della legge* (Milano, Giuffrè).
- PEÑA, Marisol (2007): “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005”, en *Revista de Derecho público* (69), pp. 497-501.
- PEÑA, Marisol (2008): “La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales* (6/1), pp. 205-222.

- PRECHT, Jorge (1967): “Los tratados internacionales como fuente del Derecho Administrativo”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Chile* (VII/7), pp. 29-61.
- REYES, Gissy (1963): *Naturaleza jurídica de los tratados internacionales*, Memoria de Prueba (Santiago, Ed. Universitaria).
- RIBERA, Teodoro (2007a): “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno”, en *Revista de Derecho público* (69), pp. 511-528.
- RIBERA, Teodoro (2007b): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (5/1), pp. 89-118.
- SAENGER, Fernando y BRUNA, Guillermo (2006): *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- SALINAS, Hernán (2007): “Los tratados internacionales ante la reforma constitucional”, en *Revista de Derecho público* (69), pp. 491-496.
- SLOSS, David (2009): “Treaty Enforcement in Domestic Courts”, en SLOSS, D. (Ed.). *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement. A Comparative Study* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 1-60.
- TAVOLARI, Raúl (1996): *Recursos de casación y de queja* (Santiago de Chile, ConoSur).
- VEGA, Francisco y ZÚÑIGA, Francisco (2006): “El nuevo recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica”, en *Estudios Constitucionales* (4/2), pp. 135-174.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2005): *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica* (Torino, Einaudi).
- ZÚÑIGA, Francisco (2005): “Control de constitucionalidad y casación”, en *Estudios Constitucionales* (3/2), pp. 15-27.

Jurisprudencia citada

a) Tribunal Constitucional chileno

- Rol núm. 33, 24 de septiembre de 1985
- Rol núm. 288, 24 de junio de 1999
- Rol núm. 480, 27 de julio de 2006
- Rol núm. 478, 8 de agosto de 2006
- Rol núm. 747, 31 de agosto de 2007
- Rol núm. 736, 29 de noviembre de 2007
- Rol núm. 806, 11 de diciembre de 2007

Rol núm. 804, 28 de diciembre de 2007

Rol núm. 1288, 25 de agosto de 2009

b) Tribunales ordinarios nacionales

Duncker c. Fisco (1933): Corte Suprema, 11 de abril de 1933, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XXX 2a. 1a., pp. 290 y ss.

Curtze y otros (1941): Corte Suprema, 13 de agosto de 1941, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XXXIX, 2a., 1a., pp. 190 y ss.

Hott c. Fisco, (1948): Corte Suprema, 5 de agosto de 1948, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XLV, 2a., 1a., pp. 667 y ss.

Santos c. Fisco (1949): Corte Suprema, 19 de agosto de 1949, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XLVI, 2a. 1a., pp. 709 y ss.

Pilassi c. Fisco (1950): Corte Suprema, 22 de septiembre de 1950, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XLVII, 2a., 1a., pp. 411 y ss.

Agrícola y Ganadera Montes c. Fisco (1955): Corte Suprema sentencia de 15 de diciembre de 1955, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LII 2a.1a., pp. 399 y ss.

Banco Alemán Transatlántico (1959): Corte Suprema, 25 de septiembre de 1959, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LVI, 2a. parte, secc. 1a, pp. 320-328.

Zenteno c. Fisco (1961): Corte Suprema, 23 de septiembre de 1961, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LVIII, 2a.1a, pp. 357 y ss.

Vicuña y otra con Banco de Chile (1964): Corte Suprema, 2 de julio de 1964, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXI 2a.1a., pp. 182 y ss.

Álamos y otros c. Corporación de la Reforma Agraria (1968): Corte Suprema, 4 de enero de 1968, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXV-A, 2a. 1a., pp. 2 y ss.

Riesco c. Corporación de Mejoramiento Urbano (1968): Corte Suprema, 14 de diciembre de 1968, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XLV-A, 2a.1a, pp. 378 y ss.

Bravo c. Conservador de Bienes Raíces de Santiago (1969): Corte Suprema, 5 de noviembre de 1969, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXVI-B, 2a. 3a, pp. 166 y ss.

Agrícola Lo Vicuña c. Fisco (1970): Corte Suprema, 1 de diciembre de 1970, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXVII 2a., 1a., pp. 573 y ss.

Cuesta c. Fisco (1970): Corte Suprema, 24 de diciembre de 1970, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXVIIA, 2a., 1a., pp. 619 y ss.

- Cortés c. Fisco* (1986): Corte Suprema, 31 de enero de 1986, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXXXIII-B, 2a.5a, pp. 7 y ss.
- Manfred Skrabs Naujoks y otros con Horst Kriegler, Cónsul de la República Federal de Alemania en Concepción* (1988): Corte Suprema, 21 de julio de 1988, Rol N° 12.419.
- Walter Szurgelies Hoyer y Mathilde Selent Ritz de Szurgelies con Primer Consejero de la Embajada de la República Federal Alemana en Chile Hans Ulrich Spohn* (1988): Corte Suprema, 18 de julio de 1988, Rol N° 12.595
- Duhart c. Kramer* (1992): Corte Suprema, 28 de enero de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXXXIX, 2a., 5a., pp. 15 y ss.
- Empresa Nacional de Electricidad c. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción* (1992): Corte Suprema, 9 de septiembre de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXXXIX 2a., 5a., pp. 254 y ss.
- Cía. Minera Tamaya c. Soc. Minera Atocha* (1995): Corte Suprema, 31 de marzo de 1995, en *Gaceta Jurídica* 181, pp. 164 y ss.
- Labarca c. Municipalidad de Melipilla* (1996): Corte Suprema, 6 de diciembre de 1996, en *Gaceta Jurídica* 199, pp. 197 y ss.
- Fuenzalida c. Fisco* (1998): Corte Suprema, 28 de agosto de 1998, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XCVB, 2a., 5a., pp. 111 y ss.
- Lizana Herrera y Otros c. Alcalde de la I. Municipalidad de La Cisterna* (1998): Corte de Apelaciones de San Miguel, 12 de enero de 1998, en *Gaceta Jurídica* 211, pp. 27 y ss.
- Pozo y otros c. Empresa de Ferrocarriles Antofagasta a Bolivia* (1998): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 4 de marzo de 1998, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XCV, 2a., 5a., pp. 130 y ss.
- Empresa Eléctrica Colbún Machicura c. Sociedad Austral de Electricidad* (2000): Corte Suprema, 28 de junio de 2000, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XCVIIB 2a.7a., pp. 155 y ss.
- Corpesca S.A. con Servicio de Salud Antofagasta* (2002): Corte Suprema de 30 de octubre de 2002, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XCIX/4, 2a., 1a., pp. 274 y ss.
- Barría c. Alcalde de la Municipalidad de Santiago y otro* (2004): Corte Suprema, sentencia de 21 de enero de 2004, en *Gaceta Jurídica* 283, pp. 41 y ss.
- Márquez Muñoz c. Carabineros de Chile* (2006): Corte de Apelaciones de La Serena, 29 de septiembre de 2006, rol núm. 1.188-2006.
- Aetna Seguros Generales con Compagnie Nationale Air France* (2007): Corte Suprema, sentencia de 26 de diciembre de 2007, rol núm. 5.493-06.

Contra José Díaz Flores (2008a): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 9 de junio de 2008, Rol N° 86-2008.

Contra José Díaz Flores (2008b): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 24 de diciembre de 2008, Rol N° 272-2008.

Aetna Chile Seguros Generales con LAN Chile S.A. (2009): Corte de Suprema de 26 de agosto de 2009, rol núm. 1.501-09.

c) Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

d) Corte Europea de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Matthews v. Reino Unido* (18 de febrero de 1999). Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>>

e) Otros

Tribunal Constitucional alemán, 30 de junio de 2009, sentencia sobre el Tratado de Lisboa. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.htm>