

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 30 / 2012



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2012**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 30
2012

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones de comisiones de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

PONENCIAS EN COMISIONES

**LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL,
REGULACIÓN, APLICACIÓN, DESDE UNA
PERSPECTIVA DOGMÁTICA MIRANDO A LA
NORMA JURÍDICA INTERNACIONAL ***

SERGIO PEÑA NEIRA **

Abstract:

El valor de las fuentes de Derecho internacional público se ha relativizado y absolutizado en razón de aumento y reconducción de expresiones normativo-jurídico internacionales. Las fuentes en el Ordenamiento jurídico se expresan cuando las normas jurídicas-cuyo origen se encuentra en la regulación jurídica internacional aplicada a nivel nacional debido a la unidad del Ordenamiento jurídico como

* Texto, que con modificaciones, se ha expuesto en las IV Jornadas de Regionales de Derecho Público organizadas en la Universidad Andrés Bello (Viña del Mar, 6 y 7 de octubre de 2011) y en las Segundas Jornadas chileno argentinas de Filosofía jurídica y Social efectuadas en la Universidad de Valparaíso (Valparaíso 11 y 12 de noviembre de 2011) y en las XLI Jornadas de Derecho público en la Universidad de Chile (Santiago 17 y 18 de noviembre de 2011).

** Profesor de Derecho internacional en la Universidad del Mar y profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Andrés Bello (Santiago). Es profesor invitado en la Universidad de Chile, Escuela de Recursos naturales. Es Licenciado en Ciencias jurídicas, Licenciado y Magíster en Relaciones internacionales y Europeas, Diplomado en Ciencias Jurídicas y Candidato a Doctor. Tiene un Diploma predoctoral de la Universidad de Naciones Unidas en Tokyo así como estudios doctorales en Bélgica e investigaciones en Alemania, España y Canadá. Miembro del Equipo investigador del proyecto de investigación sobre Estado de Derecho internacional público en la Universidad Nacional Autónoma de México. Curso de Derecho internacional público de La Haya. Contacto: sergio.penaneira ()gmail.com

expresión de un Estado de Derecho internacional-conlleven la obligación de aplicación (supuesta ratificación o aplicación directa) y la ausencia de aplicación, supuesta la misma, acarrea responsabilidad jurídica internacional. Es decir, el Ordenamiento jurídico como globalidad conlleva aplicación y no sólo interpretación de las normas jurídicas internacionales tras la transformación en el Derecho internacional público desde la Segunda Guerra Mundial y la aplicación nacional del mismo.

I. Introducción

Todo ordenamiento jurídico posee "orígenes", "causas eficientes" de las normas jurídicas que la regulan, es decir, normas jurídicas que crean otras normas jurídicas o que generan directamente, las mismas, derechos y obligaciones¹.

Más aún, el Estado de Derecho internacional (conjunto de normas jurídicas positivizadas o no y a las que se encuentran sometidas las relaciones internacionales entre sujetos y objetos del Derecho internacional público sometiendo al Poder de manera general y abstracta a través de las mismas normas jurídicas), tiene "fuentes" de su ordenación. Este concepto pasa desde el ámbito político al jurídico y es ahí donde se efectúa un análisis por aproximación a lo que constituiría su esencia.

Se analizan las "fuentes" de este ordenamiento que constituye, *prima facie*, el Estado de Derecho internacional público. Esto supone relaciones entre sujetos de Derecho internacional público en igualdad jurídica. El Ordenamiento jurídico en su conjunto nace con el Ordenamiento jurídico internacional y éste se encuentra en un plano de autoridad y superioridad respecto de los ordenamientos jurídicos privados y de los ordenamientos jurídicos transnacionales o internacionales de corte privado debido a que regulan aspectos fundamentales de la vida jurídica de tales sujetos de Derecho

1. Esta afirmación general se debe ver en perspectiva considerando la posibilidad de que las mismas no tengan dicha característica en algunos casos pero es un lugar común, al menos desde Kelsen, que las normas jurídicas, además de órdenes y coactividad producen derechos y obligaciones donde las mismas nacen de la estructura lógica de las normas jurídicas.

internacional público, sin los cuales los mismos sujetos no tendrían vigencia y existencia. Es decir, no sólo se produce un efecto de auto-creación normativa sino de creación normativa por superioridad y autoridad y donde luego, en este Estado de Derecho internacional público sinónimo de Ordenamiento jurídico se produce el proceso de producción, interpretación, aplicación y ejecución de las normas jurídicas internacionales.

Origen del concepto

En principio, este era un concepto anterior al de ordenamiento jurídico, era un concepto político relacionado con el balance entre orden y libertad (podría ser igualdad y libertad) pero en el Derecho internacional público lo proponemos como un conjunto de normas jurídicas cuya unidad, la norma jurídica internacional, establece derechos y obligaciones².

Este concepto político posee una serie de conceptualizaciones, en el mundo germánico, en el mundo anglosajón, en el mundo francófono y en el español así como en el iberoamericano³. Es dable

2. Este concepto adquiere desde diversas perspectivas un "status" jurídico, a saber, desde el momento en que se le considera como sinónimo de imperio de la ley o de otras opciones. Pero "Estado de Derecho" como conjunto de normas jurídicas dice relación a lo que es el orden jurídico, en esta investigación, y en anteriores textos, extraer los elementos propios del "Estado de Derecho nacional" para incorporarlo (o no) en un "Estado de Derecho internacional público".

3. El Estado de Derecho internacional público tiene como esencia un proceso de racionalización jurídico y otro político del Poder, en otras palabras, supone la fundamentación del poder. A su vez esta racionalización, un proceso de comprensión del poder y su fundamentación en el plano jurídico, dice relación con el fin de "seguridad jurídica", que el Derecho aplicable sea homogéneo y cierto. Donde se difiere es en la forma de entender esta racionalización del poder supuesto que el Derecho sea tal, es decir, poder. En el ámbito anglosajón supone que el Poder se somete al Derecho (el Poder político se somete al Ordenamiento jurídico). El soberano es el Parlamento o la Nación. "En el caso continental, la certeza y homogeneidad del Derecho llevan a un reajuste del sistema de fuentes, de modo que el derecho se convierte en la voluntad del poder soberano, que debe conformarse con las limitaciones impuestas en el pacto originario" Jaria i Manzano, Jordi, La cuestión ambiental y la

señalar, sin embargo y de la mano de connotados internacionalistas y teóricos del derecho que este concepto tiene un fuerte desarrollo en la primera década del presente siglo⁴. Expresa la necesidad de seguir aplicando normas jurídicas internacionales que han sido desarrolladas para alcanzar dicho Estado de Derecho internacional de manera plena y que tiene por objeto orden jurídico, libertad política y económica y justicia social. Pero es el primero de los elementos el más relevante. Es el que se considera esencial, el Estado de Derecho internacional público contiene normas jurídicas en un conjunto denominado Ordenamiento jurídico donde existen fuentes de dichas normas y consiguientemente de dicho Estado que habrán de ser base para las normas de dicho Ordenamiento y, además luego de clarificar algunos conceptos y de definir su unidad “norma jurídica internacional” se estudia su relatividad y absolutismo, la relación con la Teoría General del Derecho, se debe analizar su aplicabilidad a nivel nacional, el que el Ordenamiento jurídico es la expresión de un Estado de Derecho internacional, la aplicación como concepto diferente al de interpretación de normas jurídicas, la metodología jurídica en este Estado de Derecho internacional. Hoy día el espacio político-jurídico no sólo se concentra en un territorio sino en una serie de territorios del mundo.

transformación de lo público, Tirant lo Blanch, Valencia 2011. En este caso el derecho es un conjunto de normas generales y abstractas donde se expresa la voluntad política de la comunidad constituida en Estado, fuente final en la medida en que tenga atribuido el monopolio del poder. Jaria i Manzano, Jordi, op. cit., p. 90; Los derechos se entienden positivizados y por consiguiente deben estar en el texto constitucional. Álvarez, Alejandro, Dissenting Opinion on the South West Africa Case, International Court of Justice. Allí expresa un Nuevo Derecho internacional cuyas características nos llegan hasta hoy día.

4. Basta revisar las compilaciones de documentos de derecho internacional donde se deja constancia de la efectividad del Derecho internacional público aunque ya se observa la misma efectividad en el caso Nicaragua. Solo a vía de ejemplo en cuanto al trabajo doctrinario Brownlie, Ian, Basic documents in international law, fifth edition, Oxford University Press, Oxford, 2002; Evans, Malcolm, International Law Documents, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007; Dixon, Martin, McQuorquodale, Robert, Cases and Materials on international law, Oxford University Press, Oxford, 2003.

II. La fuente y la expresión normativa, confusiones

El Derecho internacional público posee fuentes u origen de sus normas jurídicas aunque el origen último sea único. El Derecho internacional público tiene como elemento esencial, del mismo modo que el Derecho en general, a la norma jurídica, “norma jurídica internacional”⁵.

Así también es necesario, desde ya indicar que las “fuentes” del Derecho internacional público, son, “fuentes” y “expresión normativa o norma jurídica” a la vez, planteándose, del mismo modo y como “fuente” la existencia de un ordenamiento jurídico, consecuencia de una “constitución” y que es “el conjunto de normas de derecho internacional que regulan la creación del derecho internacional”⁶, son fuentes de producción del derecho⁷, o sea, sus “fuentes” y que, al mismo tiempo, son parte de dicho Ordenamiento jurídico constituyendo éste, el Estado de Derecho internacional público.

De la producción de normas a la ejecución de las mismas

La producción jurídica es un presupuesto conceptual de la doctrina de la división de los poderes, del Ordenamiento jurídico internacional, del Derecho internacional público y del Estado de Derecho internacional público.

La *producción* del derecho se genera sobre la base de las fuentes del Derecho, formales o materiales pero siempre fuentes de producción del Derecho. La *interpretación* del Derecho supone la determinación del sentido y alcance de la norma jurídica a través de los enunciados

5. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Segunda traducción, Colihue, 2011, pp. 59 y ss.

6. Al respecto, KELSEN, Hans, Principios de Derecho internacional público (Traducción Caminos, Hugo y Hermida, Ernesto), Ateneo, Buenos Aires, p. 259.

7. GUASTINI, Ricardo, Distinguiendo, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 81 y ss.

jurídicos en que la norma de derecho se expresa y que pueden o no ser frases normativas⁸. La *aplicación* del derecho implica la “actividad consistente en crear preceptos singulares y concretos de conformidad con normas (generales y/o abstractas) preconstituidas”⁹. Finalmente la *ejecución* del Derecho “designa todo comportamiento material que constituya obediencia a una norma (que no esté dirigida a los ciudadanos privados sino a los órganos del estado)”¹⁰.

Estas distinciones son relevantes para la producción, las normas jurídicas internacionales se generan por medio de fuentes formales, principalmente, con el objeto de regular relaciones jurídicas internacionales y nacionales al tener que interpretarlas y aplicarlas internacionalmente y nacionalmente (cuándo corresponda y de acuerdo a la naturaleza de la norma jurídica internacional) y luego ejecutarlas¹¹. Esto se ha presentado, como lo explicó el profesor y Juez de la Corte Internacional de Justicia Antonio Cançado Trindade en el caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá” de 22 de febrero de 2011¹²

8. Las primeras serían las “proposiciones normativas interpretadas prescriptivamente” y, las segundas, son “descripciones realizadas por los juristas de una o varias normas”. Capella, Juan Ramón, Elementos de análisis jurídico, Trotta, Barcelona, 1990, p. 62.

9. GUASTINI, Ricardo, op.cit., p. 83.

10. GUASTINI, Ricardo, op. cit., p. 83.

11. Hay que hacer presente que la aplicación es discrecional salvo que la norma a aplicar no predetermine completamente el contenido del precepto singular, como es el caso de las normas de Derecho internacional de los Derechos humanos o el caso de los Derechos internacional del Medio Ambiente o determinada cuando se determina de manera definitiva el contenido del precepto “singular y concreto que desciende de ella”. GUASTINI, Ricardo, op.cit., p. 84. Debemos recordar que tradicionalmente la aplicación se efectúa por un procedimiento silogístico.

12. CANÇADO Trindade, Antonio Augusto, Apuntes de clases del Programa de Derecho Internacional Público de la Academia de La Haya, noviembre 2011. Con esta sentencia se deja de lado la noción de ser la jurisdicción sólo un proceso doble, conocimiento y juzgamiento, para pasar a uno triple, conocimiento, juzgamiento y aplicación y se abandona dicha opción que al menos entre nosotros mantuvo el gran profesor uruguayo D. Eduardo Couture y que ha sido seguido por una parte importante de los procesalistas.

pero que es una cuestión reiterada en el Derecho internacional desde siempre, la norma, su aplicación primaria a nivel internacional y nacional y su aplicación secundaria a nivel nacional más su ejecución. Esta distinción, como la hemos indicado, es fundamental en el Derecho internacional público.

Fuentes formales y materiales, consecuencias

En Derecho internacional público no se hace una distinción entre fuentes formales, las normas jurídicas productoras de otras normas (normas secundarias en Hart) y las fuentes materiales del derecho internacional (hechos o actos que generan el Derecho)¹³. Las fuentes formales son, a la vez, normas jurídicas, regulando la creación normativa y, a la vez, siendo normas jurídicas obligatorias. El tratado internacional no sólo contiene derechos y obligaciones entre Estados sino que es en sí mismo una norma jurídica.

En este caso es posible hablar de “fuente de producción del Derecho” internacional público. Esta fuente de producción puede ser *material* (“identificar ciertos actos (y hechos) como fuentes del derecho independientemente de su contenido (o resultado)”) y *material* (“pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuentes del derecho independientemente de su contenido (o resultado)”) ¹⁴. Esta distinción de Teoría General del Derecho o Teoría del Derecho no se efectúa en el Derecho internacional con lo cual, como es obvio, se genera una confusión respecto de fuentes que pierden forma y fondo, es decir, son fuentes materiales del Derecho pero no se encuentran formalizadas, pueden o generan derechos y obligaciones ex novo sin contar con un origen, permiso, vigencia (puede tratarse de soft law o de ius cogens aunque no es completamente clara esta posibilidad). A su vez, el concepto “material” de fuente es un concepto teórico material que pretende determinar cuáles son las fuentes de cada Ordenamiento jurídico, en este caso internacional, de un modo independiente del

13. GUASTINI, Ricardo, op. cit., pp. 81 y ss.

14. GUASTINI, Ricardo, op. cit., p. 81.

contenido positivo del Ordenamiento jurídico en cuestión. De otra parte, el concepto "formal" es un concepto "dogmático" a fin de determinar las fuentes de un ordenamiento a través del contenido positivo del ordenamiento en cuestión (normas sobre producción jurídica)¹⁵ en este caso, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La noción material supone la creación de normas generales y abstractas nuevas con lo cual se modifica el Ordenamiento jurídico de hecho, es decir, cualquier acto o hecho que modifica el Ordenamiento jurídico¹⁶. Se mira a la sustancia, no a la forma, y se estudia el contenido del acto para determinar si es fuente del derecho, lo que puede generar, en principio, un problema de inseguridad jurídica al no determinarse una norma general y abstracto.

El tratamiento en el Derecho internacional público

Incluyen los tratadistas a fuentes formales que, en realidad, son materiales o que no son fuentes, entre las primeras, por ejemplo podríamos incluir a la Equidad o al "ius cogens", la Justicia, el denominado "soft law", y entre las segundas el "soft law", las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas o del Consejo de Seguridad de la misma organización.

En el caso del Derecho internacional público hablamos de "norma jurídica internacional" que posee, aunque a veces pueda no crearse, características especiales que enriquecerán la Teoría general del Derecho en lo que se refiere a las normas jurídicas¹⁷.

15. GUASTINI, Ricardo, op. cit., pp. 81-82.

16. GUASTINI, Ricardo, op. cit., p. 83.

17. Al respecto es necesario mencionar que las normas jurídicas internacionales reúnen las características lógicas de la norma jurídica en general expresadas en el sencillo "Si es A entonces B; si no es B entonces S". Las normas jurídicas internacionales agregan elementos relacionados con otros aspectos relevantes, es el caso de la forma en que la sanción toma forma, la interpretación de las mismas que puede ser doble, es decir, puede ser interpretada como propia de las relaciones interestatales o en la aplicación a nivel nacional generando, a su vez, la necesidad de ser reinterpretadas a nivel nacional.

III. Definición de "norma jurídica internacional"

La "norma jurídica internacional" tiene, como fuente, una serie de expresiones, y podemos consignar dos, las más importantes, a saber, tratado y costumbre¹⁸. Pero no son las únicas, está presente la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho así como la equidad y la voluntad unilateral de los Estados y otras.

En el caso del Derecho internacional público hablamos de "norma jurídica internacional": una estructura lógica que debe incorporar la aplicación desde el Derecho internacional al Derecho nacional como una obligación, supuesta su aplicabilidad la que puede ser directa, determinada por la Constitución política de cada país o, finalmente, la generación directa de una norma jurídica nacional, copia y adaptación de la norma jurídica internacional o indirecta, supuesta la ratificación del Estado a la norma jurídica internacional. Otro requisito es que la fuente del Derecho de que se trate sea aplicable o que la misma norma jurídica internacional sea aplicable porque habrá de establecer normas jurídicas a personas naturales y personas jurídicas en relación al Estado en cuyo territorio y jurisdicción se aplican.

Las primeras nombradas, tratado y costumbre, se encuentran en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este Estatuto posee efecto vinculante para quienes se someten a su competencia y es considerado la fuente primaria de las fuentes normativo jurídicas internacionales o del Derecho internacional público¹⁹. La Convención o el tratado son fuente o creación del Derecho o aplicación del mismo, dependiendo de la situación jurídica de que se trate²⁰. Esta regla de derecho o afirmación normativa es aplicable a la costumbre jurídica internacional. Sin embargo, hemos visto que el Derecho internacional público se mueve, respecto de ambas, costumbre y Derecho, entre la relatividad y el absolutismo.

18. Al respecto, KELSEN, Hans, op. cit., p. XII.

19. Son las denominadas fuentes formales del Derecho internacional público.

20. KELSEN, Hans, El contrato y el Tratado (analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho), Ediciones Coyoacán, Primera edición, 2007.

IV. Relatividad y absolutismo de las fuentes del Derecho internacional²¹

Las fuentes del Derecho internacional público se han relativizado o absolutizado dependiendo del respectivo punto de vista que tomemos.

La relativización se inicia con la noción de "soft law" (aun antes, con el concepto de "lege ferenda") y el intento de descubrir una norma jurídica en las expresiones de voluntad de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en las declaraciones internacionales y otros actos humanos cuyo valor jurídico se encuentra en discusión.

Tales concepciones se enfrentan a la noción de Derecho sancionado, cuando procede de alguna de las fuentes del Derecho internacional público, ya nombradas, Tratados y Costumbre jurídica internacional.

Estas nociones vienen de alguna manera a provocar problemas en el Ordenamiento jurídico y, a la vez, a provocar dificultades de comprensión debido a lo transitorio y carente de seguridad jurídica de sus fundamentos jurídicos. Lo anterior afecta su aplicación desde el ámbito internacional al nacional²²⁻²³.

21. No analizaré el "ius cogens" pero pareciera que no es una fuente sino más bien una causal de nulidad de los tratados cuyas normas, obligatorias e imperativas para todos los Estados, son una creación similar al reconocimiento de una norma internacional propia de los principios generales de Derecho y no de otra fuente, sin perjuicio de poder ser estatuido como norma jurídica en un tratado.

22. Además, parecería que un nuevo grupo de fuentes, las internacionales, se superpone a las nacionales. Es en este contexto que es necesario encontrar solución a la aplicación posterior a la interpretación, de las normas jurídicas internacionales en el plano nacional. Este tema es aun más complejo derivada su complejidad del concepto de principios generales del Derecho del Artículo 38 número 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Además de la definición de este concepto, parecería, como lo indica Friedmann, que es posible a través del mismo, como obligación internacional de utilizar dicha fuente en la interpretación del derecho internacional público, como medio para la incorporación de normas jurídicas que tengan la posibilidad de ser aplicadas en el Derecho nacional bajo estos conceptos.

23. FRIEDMANN, Wolfgang, La nueva estructura del derecho internacional, Trillas, 1967, p. 216.

V. Las fuentes del Derecho internacional público y su relación con la Teoría General del Derecho, verbo y sustantivo

En el Derecho internacional público nunca habrá de escatimarse importancia al tema de las fuentes. Junto con la norma jurídica internacional, el Ordenamiento jurídico (que entendemos engloba al internacional y nacional) las fuentes representan un tercer sector de responsabilidad vital para el Derecho. Si como proponemos, el Ordenamiento jurídico es uno, entonces las fuentes serán únicas y, si las fuentes son únicas, entonces cuáles son las mismas: La respuesta es las fuentes del Derecho internacional al cual el Derecho se debe.

He leído el que la noción de que la aplicación de una norma jurídica internacional es algo así como una "ideología"²⁴. La inmensa mayoría sino la unanimidad de la doctrina ha planteado que esa es una obligación y esto es de tal nivel que algo similar ha concluido la Comunidad internacional al aprobar la "Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados" con lo cual, estamos frente a un incumplimiento de una obligación internacional por ausencia de una ejecución de la obligación de manera exacta. Ergo, no se trata de una ideología sino de una realidad.

Las fuentes del Derecho internacional de carácter formal son las que entregan los fundamentos para el desarrollo del Derecho internacional público. Aun así posee una doble existencia o un doble sentido, así puede ser un título o calidad o la realidad incorporada en una norma jurídica. En efecto, se es sustantivo en cuanto una "fuente", por ejemplo, un tratado, es tal por encontrarse en el artículo referido del Estatuto de la Corte pero además por poseer la calidad de tal debido a que genera derechos y obligaciones. Además, en el caso de nuevas posibles "fuentes" poseen la calidad pero no el título, al menos, en lo que aparece en el Estatuto referido.

24. ALDUNATE, Eduardo, La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho positivo, *Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 185-210. Opiniones que no sólo no comparto en relación a la relación Derecho internacional público y Derecho nacional por pertenecer a un mismo Orden jurídico.

Esto conlleva que todo orden jurídico tendrá una serie de fuentes formales pero las mismas fuentes pueden ser tanto títulos como aquellas que tengan la calidad.

VI. Las "fuentes" del Derecho internacional en el Derecho nacional

Las fuentes del Derecho internacional en su aplicación nacional muestran serias diferencias basadas en su propia naturaleza aunque en principio, por una cuestión de lógica, no exista diferencia²⁵. Es decir, potencialmente pueden ser aplicables todas en el Derecho nacional aunque, sin duda, habrá algunas de aplicación jurídica más conveniente o menos conveniente dada su precisión²⁶.

Aspectos teóricos

Desde el punto de vista teórico no hay razón para pensar que no se puedan aplicar las fuentes del Derecho internacional público en el Derecho nacional. Si miramos al Ordenamiento jurídico como un todo observamos que el mismo es, sin duda, depositario de las normas jurídicas internacionales que tienen su fuente y su expresión en las denominadas "fuentes del Derecho internacional público".

Sin embargo, la pregunta que se debe formular es si es, de acuerdo a la naturaleza de las normas jurídicas internacionales expresadas en las fuentes indicadas, son aplicables (o no) en el Derecho nacional.

En el caso de los tratados, salvo que se refieran exclusivamente a derechos y obligaciones entre Estados, tienen aplicación interna a través de la generación de derechos (y la consiguiente obligación) de los sujetos de Derecho nacional *vis a vis* el Estado.

25. KELSEN, Hans, op. cit., supra 1, p. 348.

26. Es necesario indicar que al ser aplicadas las normas jurídicas nacionales conceden derecho y obligaciones a los gobernados, es decir, a quienes son los objetos de la norma internacional que devienen en una situación jurídica diferente, sujetos de derecho nacional, supuesto que no se trata de normas jurídicas internacionales reguladoras estrictas de relaciones interestatales y que sea posible de ser aplicada a nivel nacional.

En el caso de la costumbre internacional de carácter público, cuando es la creación de una norma jurídica internacional estrictamente interestatal, la posibilidad de su aplicación resulta difícil a nivel nacional.

La tercera fuente del Derecho internacional público que podemos nombrar y que puede generar normas jurídicas internacionales son los denominados principios de Derecho internacional público dado que los mismos pueden ser aplicables a nivel nacional pero supuesto que pueden generar derechos y obligaciones²⁷.

Una cuestión es que se enuncie un principio, o varios como lo señala Kelsen, en orden a ser directivas simples para que podamos entendernos, otra es que se enuncien en orden a convertirse en directivas normativo-jurídicas y una tercera es la enunciación por parte de tribunales u órganos internacionales y su incorporación en tratados internacionales, en todos aquellos casos, la situación jurídica, su naturaleza, es diferente.

La jurisprudencia internacional, los fallos de tribunales internacionales no parecen posible de incorporarse a la legislación chilena salvo en cuanto el Estado de Chile deba cumplirlos de manera directa pagando alguna indemnización de perjuicios o provoquen la modificación de normas jurídicas que tengan como fuente el Derecho nacional.

La doctrina de los más connotados internacionalistas, salvo que se falle incluyendo tales doctrinas en el fallo. Pues bien, resulta difícil que encontremos tal actividad dentro de los fallos de nuestros tribunales que, incluyendo al Tribunal Constitucional, fallan aplicando criterios jurídicos nacionales rechazando fuentes de Derecho internacional público y desarrollando un fuerte criterio antagónico a la aplicación de normas jurídicas con fuentes de Derecho internacional.

27. La referencia a "naciones civilizadas" ha quedado excluida dado que hoy día todos los Estados se les considera "civilizados".

Aspectos prácticos (aceptación y rechazo)

Es por lo anterior que es dable afirmar el rechazo de las normas jurídicas internacional o su aplicación incorrecta debido a una interpretación incorrecta a la misma.

En este sentido debemos mirar al Ordenamiento jurídico y las fuentes.

VII. El Ordenamiento jurídico (internacional) como expresión del Estado de Derecho internacional en relación a las Fuentes del Derecho

El Estado de Derecho internacional (público) es el conjunto de normas jurídicas que regulan sujetos u objetos de derecho internacionales e inclusive, nacionales, que, a su vez, tienen a los derechos y las obligaciones como objetos de regulación.

Este Estado de Derecho internacional tiene como expresión el Ordenamiento jurídico en su globalidad y esto por cuanto existe una primacía de parte de este Ordenamiento jurídico internacional dejando de lado a los Ordenamientos jurídicos nacionales.

A diferencia de lo que en algunos casos se promueve, una suerte de ideologización de la aplicación de las normas jurídicas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, este planteamiento supone que las normas jurídicas internacionales tienen plena aplicación debido a su pertenencia a un Ordenamiento jurídico único con expresiones diferentes a nivel internacional y nacional y con fuentes que si bien son diferentes en varios casos son fuentes tanto a nivel internacional como a nivel nacional.

Un tratado ratificado por un país (sin perjuicio del supuesto del artículo 5 inciso 2) siempre será de aplicación directa a nivel nacional debido a que si entrega derechos y obligaciones a sujetos de Derecho nacionales o es el Estado el depositario del deber de velar por dicho derecho, no cabe duda que asumirá el deber de hacer efectivos los derechos de tales sujetos de Derecho como también sus deberes.

VIII. La aplicación como diferente a la interpretación de las normas jurídicas internacionales en un Ordenamiento jurídico como expresión del Estado de Derecho internacional

El Estado de Derecho internacional público tiene diferentes momentos entre la interpretación de una norma y su aplicación.

Toda norma jurídica, prístina inclusive, sufre un proceso de interpretación²⁸.

Luego tal proceso deviene en uno de aplicación. El primero, en un Estado de Derecho internacional público, supuesta la existencia de una norma jurídica de carácter formal expresada en un tratado, supone la determinación de la descripción del tipo contenida en la misma, su determinación de sujetos a los que se les debe aplicar y el objeto de aplicación.

Una fase diferente, tras este primer momento, es el de determinación de la forma de aplicación dado el caso concreto, el ámbito específico donde es aplicable la norma.

IX. La metodología del Derecho internacional público supuesta la pluralidad de fuentes

Siempre aparecerá, sin embargo, un problema, el de la metodología del Derecho internacional, supuesto que opera entre sujetos, en primera instancia, diferentes, es decir, sujetos internacionales y luego nacionales, para luego encontrarnos con objetos diferentes, las relaciones jurídicas entre los Estados y luego la de los Estados con sujetos u objetos nacionales, según sea posible.

Además es necesario comprender que existe una pluralidad de fuentes y de formas en que las mismas habrán de aplicarse a fin de configurar la norma jurídica de que se trate, en el proceso de interpretación o proceso interpretativo correspondiente y luego ver el proceso de aplicación mismo.

28. GUASTINI, Ricardo, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Mínima, Trotta, 2007.

X. Conclusión

El Estado de Derecho internacional público es un nuevo concepto que puede o no tener una fuente en normativas externas a las fuentes del Derecho internacional público, asimilables a principios generales del derecho, costumbre internacional o doctrina internacional.

El Estado de Derecho internacional público cambia de un concepto de Estado de Derecho de corte político a uno jurídico.

El concepto jurídico de Estado de Derecho internacional supondría estudiar lo que es un Estado de Derecho, sus características, elementos para luego incorporarlos a la caracterización de un Estado de Derecho internacional. Esto bajo el supuesto que un Estado de Derecho internacional público será, sin duda, un ordenamiento jurídico.

Este Ordenamiento jurídico internacional que abarca al ordenamiento jurídico nacional tiene una unidad, la norma jurídica internacional cuya estructura (no abordada en este texto por latitud) posee características especiales desde el punto de vista lógico pero que al igual que cualquier otra norma jurídica establece derechos y obligaciones.

Existe una fuerte confusión de "fuentes" en el Derecho internacional público, así no se distingue entre fuentes materiales y formales considerando al Estado de Derecho internacional público y las resoluciones que lo han establecido en la Asamblea General de Naciones Unidas un concepto propio de las fuentes materiales aunque la configuración final de la misma sea la de un ordenamiento u orden jurídico.

Es posible que las "fuentes" del Derecho internacional público de carácter formal se puedan aplicar al ordenamiento nacional, no cabe duda que las convenciones y los principios pueden aplicarse pero no así el resto de las fuentes.

El punto de vista metodológico en el Derecho internacional público merece de un análisis muy profundizado. Pero esto será motivo de ampliación y será tratado en otro momento.

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO FUENTE DEL DERECHO DE FAMILIA *

PAULINA GÓMEZ BARBOZA **

I. Objetivos y Marco Analítico: La Unidad y Eficacia de los sistemas jurídicos y las características distintivas del microsistema de Derechos Fundamentales

1.1. La Unidad y Eficacia de los sistemas jurídicos

El objetivo de esta comunicación es presentar algunas conclusiones acerca del modo cómo se está interpretando y aplicando por los Tribunales de Justicia del país la Convención de los derechos del Niño¹ como normas de jerarquía constitucional dentro del sistema las normas de derechos fundamentales del Derecho de Familia. Y así poder evidenciar cuál es el grado de eficacia o ineficacia demostrado en

* Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho. Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Valparaíso, 11 y 12 de noviembre de 2011.

** Doctora en Historia y Magíster en Derechos Fundamentales Universidad Complutense de Madrid; Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social; Directora Académica de Civitas y Docente en Programa Nacional de Perfeccionamiento de Jueces de la Academia Judicial.

1. En adelante CDN.