

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Año 1 N° 1 ISSN 0718-0195

Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales

Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile

Correo electrónico: cecoch@utalca.cl Página Web: www.cecoch.cl

LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Marisol Peña Torres (*)

RESUMEN

El artículo analiza la jurisprudencia y las interpretaciones constitucionales del Tribunal constitucional chileno en materia de tratados internacionales, teniendo como telón de fondo el contexto actual y el texto vigente de la Constitución Política con sus vacíos e imperfecciones, planteando finalmente los futuros desafíos para el Tribunal constitucional en la materia.

Derecho público. Derecho constitucional. Jurisdicción constitucional. Tribunal Constitucional. Control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de tratados internacionales.

Para abordar adecuadamente el tema que nos ha sido solicitado dividiremos esta exposición en tres partes: la primera es una introducción destinada a plantear el contexto y las características que hoy rodean el desarrollo del derecho de los tratados. Enseguida nos referiremos a las lecciones derivadas de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en materia de tratados para pasar, finalmente, a configurar algunos de los desafíos futuros que, a nuestro juicio, deberá enfrentar la labor de dicho Tribunal.

(*) Profesora de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la P. Universidad Católica de Chile.

Artículo recibido el 21 de septiembre de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 24 de octubre de 2003.
Correo electrónico: marisalp@anepe.cl

CARACTERÍSTICAS ACTUALES Y DESARROLLO DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

Analizar la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, en materia de tratados internacionales, nos parece una materia de la más profunda relevancia si convenimos en que la globalización constituye el “signo de nuestros tiempos”. Como señala Giddens “hay buenas y objetivas razones para pensar que vivimos un período crucial de transición histórica” si pensamos tan sólo en que la magnitud de los cambios que estamos apreciando no se reducen a una sola parte del globo, sino que se extienden prácticamente a todo el planeta¹.

Lo que Kehoane y Nye denominaron, en los años 80, como “interdependencia compleja”² es hoy una realidad de todos los días, por lo que no debe extrañar que los acuerdos entre los Estados, expresados en los tratados internacionales, se hayan incrementado.

Conviene recordar que los tratados constituyen la primera de las fuentes formales del Derecho Internacional Público enumeradas en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Junto con la costumbre internacional, por lo tanto, siguen constituyendo la base de las relaciones entre los sujetos del Derecho Internacional, al tiempo que el referente esencial para la solución de litigios y controversias internacionales.

Sin perjuicio de su efecto directo consistente en regular relaciones entre los sujetos de derecho internacional, la moderna doctrina internacional postula que los tratados producen además efectos *meta-legislativos*³ que podrían resumirse de la siguiente forma:

1. Los tratados suelen extender sus efectos a la formación de relaciones jurídicas que no sólo se aplican a las partes del tratado sino también a quienes no son partes como es el caso de la cláusula de la nación más favorecida de frecuente uso en tratados comerciales. Así, por un lado, los tratados van codificando el tradicional derecho internacional consuetudinario pero, al mismo tiempo, sientan las bases para la generación y desarrollo de nuevas prácticas y costumbres de general aplicación en materia internacional.

¹ Anthony Giddens. 2001. **Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas**. Editorial Taurus, Madrid, p. 13.

² Robert Kehoane y Joseph Nye. 1980. **Poder e Interdependencia. La política mundial en transición**. Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, pp. 22-23.

³ Michael Byers (Ed.). 2000. **The role of law in international politics**. Oxford University Press, New York, pp. 82-83.

2. Los tratados suelen asimismo crear situaciones jurídicas generales en virtud de las cuales las relaciones con quienes no han sido partes del tratado son modificadas incluso sin su consentimiento específico. Este efecto, sin duda, es aplicable a la existencia de jurisdicciones de carácter universal, como la de la Corte Penal Internacional, destinada a juzgar crímenes que lesionan la conciencia de la humanidad entera.

Como se sabe, los tratados aparecen definidos en el Art. 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita en Viena, en el año 1969, y que fuera promulgada en Chile por Decreto Supremo N° 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1981 y publicada en el *Diario Oficial* de 22 de Junio de ese mismo año. Esta norma considera que un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Si bien, bajo el esquema clásico de las relaciones internacionales, los Estados eran los únicos sujetos de los derechos internacionales, la evolución propia de dichas relaciones ha llevado a reconocer la importancia de los nuevos actores que, junto con aquél, ocupan hoy lugares relevantes en la arena internacional. Es el caso de las organizaciones internacionales y de las compañías o firmas multinacionales que han obligado al derecho internacional de hoy a adecuar sus normativas y, aún más, a diseñar nuevos instrumentos jurídicos destinados a regular su accionar.

De allí que la Convención de Viena, de 1969, referida únicamente a los Estados se ha visto complementada, en el año 1996, por una nueva Convención, suscrita también en la ciudad de Viena, sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o sólo entre estas últimas. Recientemente hemos sabido también que la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas trabaja en un proyecto de estatuto destinado a regular a las compañías multinacionales.

¿Cuáles son, a nuestro juicio, las tendencias que se desprenden del estado actual del Derecho de los Tratados?

En primer término, cabría dejar constancia de **la proliferación de los tratados internacionales**, en su más amplia gama, desde convenciones, acuerdos, protocolos, estatutos y muchos otros, lo cual refleja, sin duda alguna, que este instrumento jurídico internacional constituye una de las expresiones más patentes de la profundización de los vínculos de interdependencia entre las naciones del planeta. Según estadísticas oficiales obtenidas en la Honorable Cámara de Diputados, desde el año 1991 a la fecha, han ingresado al Congreso Nacional 377 proyectos de acuerdos destinados a aprobar tratados internacionales de la más diversa especie sin contar, naturalmente, aquellos que no pasan por el órgano legislativo debido a que se trata de acuerdos de forma simplificada.

En segundo término, podríamos sostener que muchos de estos nuevos tratados **contienen regímenes internacionales** destinados a regular determinados aspectos del proceso de globalización. Entendemos por regímenes internacionales “el conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones alrededor de los cuales las expectativas de un actor convergen en un área temática dada”⁴. Este es el caso de la Convención sobre Aviación Civil Internacional (1944) y del Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (1966) que dio origen al CIADI.

Enseguida, la proliferación de ciertos tratados internacionales, en áreas específicas, ha generado **el surgimiento de nuevas ramas del Derecho Internacional Público** como es el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario o Derecho de los Conflictos Armados y del Derecho de la Integración, entre otros.

En el caso de los tratados que integran el derecho internacional de los derechos humanos debe destacarse que su piedra angular es el reconocimiento y reafirmación ineludible del valor sustancial de la dignidad intrínseca de todo ser humano, por lo que las normas contenidas en este tipo de tratados son de aquellas que la doctrina califica como “*self executing*” o auto ejecutables, precisamente, porque al emanar en forma directa de la propia dignidad humana⁵ no requieren de normas legislativas o de medidas administrativas que las hagan operables. Por su parte, no es de extrañar que, en forma creciente, los ordenamientos constitucionales tiendan a considerar que este tipo de normas forman parte de la Constitución material⁶ o, incluso, que tienen rango supraconstitucional.⁷

En el caso de los tratados sobre integración económica éstos han dejado de ser un instrumento que afecta exclusivamente a los Estados **para pasar a afectar directamente derechos e intereses de personas naturales y jurídicas**. Hoy, los tratados interesan tanto a los sujetos de derecho privado como a los de derecho público, lo que, naturalmente, genera expectativas a nivel de toda la población nacional⁸.

⁴ Stephen Krasner. 1983. **International Regimes**. Cornell University Press, p. 1.

⁵ El Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, señala que “reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”.

⁶ Véase, a modo de ejemplo, el Art. 75 N° 22 de la Constitución de Argentina de 1994.

⁷ Puede consultarse, como ejemplo, el Art. 93 de la Constitución de Colombia de 1991.

⁸ Carlos Carmona Santander. 2001. «Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas» en **Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional**. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, p. 66.

Una última característica podría estar apuntada a la constatación de que los nuevos tratados internacionales **están reflejando las más modernas tendencias que reafirman la existencia de una comunidad internacional basada en intereses y valores que identifican prácticamente a todas las poblaciones del planeta**. Este es el caso, por ejemplo, de los tratados que integran el corpus del derecho internacional humanitario, como es el caso del Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, en cuanto reflejo de la tendencia a reprimir y sancionar todos aquellos crímenes que, por su envergadura, lesionan la conciencia de la humanidad entera. También incluimos aquí los tratados que incentivan el desarme y, por ende, la paz en el mundo como el Tratado de Tlatelolco, de 1967, sobre proscripción de las armas nucleares en la América Latina y el Caribe.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de tratados internacionales contrastan notoriamente con la cantidad de tratados sometidos a la aprobación del Congreso Nacional, a partir del año 1991. Los fallos considerados, para este análisis consideran:

1. El Rol N° 282, de 28 de Enero de 1999 recaído en el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22.
2. El Rol N° 288, de 24 de Junio de 1999 que se refiere al Acuerdo entre la República de Chile y la República de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet.
3. El Rol N° 309, de 4 de Agosto de 2000, referido al Convenio N° 169, de la OIT, de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
4. El Rol N° 312, de 3 de Octubre de 2000, sobre el Tratado de Integración y Complementación Minera suscrito por Chile y Argentina.
5. El Rol N° 346, de 8 de Abril de 2002, sobre el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional,
6. El Rol N° 379, de 1° de Julio de 2003, recaído en el proyecto de ley que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, y
7. El Rol N° 383, de 5 de Septiembre de 2003, referido a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La escasa cantidad de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en lo atinente a tratados internacionales, aparece influida por el hecho de que, de conformidad con el artículo 82 N° 2 de la Constitución Política, los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso sólo pueden ser examinados por el Tribunal Constitucional por la vía de una cuestión de constitucionalidad que podría ser promovida por cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. De conformidad con lo preceptuado en el Art. 82 inciso 4°, el requerimiento también podría ser planteado por el Presidente de la República, lo que parece bastante difícil de imaginar si en virtud del Art. 32 N° 17 es atribución especial del Presidente de la República “llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país”. En reciente fallo de 1° de julio de 2003, el Tribunal Constitucional ha declarado que esta atribución presidencial es “exclusiva y excluyente”⁹ correspondiendo al Congreso Nacional solamente la aprobación o rechazo del tratado antes de su ratificación.

Es probable que la situación explicada experimente un vuelco sustancial en el evento de aprobarse la reforma constitucional que actualmente se tramita ante el Senado¹⁰, pues sin perjuicio de mantenerse la posibilidad de promover cuestiones de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, se establecería un control preventivo obligatorio de constitucionalidad, por el Tribunal Constitucional, respecto de aquellos tratados que versen sobre materias propias de leyes interpretativas de la Constitución y de leyes orgánicas constitucionales (Art. 82 N° 1).

Queda claro, entonces, que de aprobarse la reforma constitucional que actualmente se tramita en el Senado podrían incrementarse los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en lo referente al control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales.

Distinto es el caso del control sobre tratados internacionales que ya han entrado en vigor, tanto en el plano internacional (porque ha operado la ratificación) como en el ámbito interno (porque han sido promulgados y publicados en el *Diario Oficial*), pues, en este caso, si bien la reforma constitucional en trámite radica en el Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inaplicabilidad de “todo precepto legal” contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial (Art. 82 N° 6), la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes¹¹.

⁹ Sentencia Rol N° 379, de 1° de julio de 2003. Control preventivo de constitucionalidad del Proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, considerando 39°.

¹⁰ Boletines Nos. 2526-07 y 2534-07.

¹¹ Sentencia Rol N° 288, de 24 de junio de 1999. Requerimiento relacionado con el Acuerdo entre las Repúblicas de Chile y de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet, considerando 6°.

Al tenor de la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe entenderse, entonces, que en el evento de radicarse el control posterior de constitucionalidad en este órgano, privando del mismo a la Corte Suprema por la vía del recurso de inaplicabilidad, la única posibilidad de extender dicho control a los tratados internacionales sería utilizando la misma técnica de redacción que la Carta emplea en el actual Art. 82 N° 2, en el que distingue, claramente entre “proyectos de ley” y “tratados” sometidos a la aprobación del Congreso.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe tener presentes algunas consideraciones propias del Derecho de los Tratados que llevan a sostener que, en todo caso, el aludido control posterior no resultaría posible. Nos referimos básicamente a los Arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969. La primera de estas normas consagra la regla “*pacta sunt servanda*”, según la cual “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Como sabemos, ésta es una regla de *jus cogens*, esto es, de aquéllas que forman parte de la normativa generalmente aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter¹².

Concordante con lo anterior, el Art. 27 de la Convención de Viena precisa que “una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Por lo tanto, si vigente un tratado en el plano internacional pudiera ser declarado inconstitucional y, por ende, dejar de aplicarse en el ámbito interno de nuestro Estado, aunque fuese en un caso concreto, podría estarse incurriendo en responsabilidad internacional por parte de Chile, pues, precisamente se invocaría una disposición de derecho interno para eludir el cumplimiento del tratado. No debe olvidarse, en este sentido, que el requisito básico de la responsabilidad internacional es la comisión de un ilícito internacional, esto es, de un acto o de una omisión que vulnera una norma internacional, convencional o consuetudinaria, que sea imputable al Estado como cuando actúa uno de sus órganos. En este punto, por lo tanto, coincidimos con aquel sector de la doctrina nacional que ha sustentado precisamente la imposibilidad del control represivo de los tratados internacionales¹³.

¹² El Art. 53 de la Convención de Viena precisa que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”, en tanto que el Art. 64 de la misma Convención indica que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

¹³ Ver Humberto Nogueira Alcalá. 2002. “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: Del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control del Tribunal Constitucional” en *Revista Ius et Praxis* Año 8 N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, p. 353.

Por su parte, la Constitución española de 1978 parece haber acogido precisamente este criterio, en su artículo 96.1 que precisa: *“Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”*¹⁴.

Creemos, a su turno, que la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional provee algunas luces para rechazar el control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales. Así es como, al examinar la constitucionalidad del Convenio N° 169, de 1989, de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, expresó que *“entraña particular gravedad para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno, lo que obliga al intérprete a hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución”*¹⁵. Esta tesis aplica uno de los principios de hermenéutica impulsados por el Tribunal Constitucional y que se denomina *“presunción de constitucionalidad”* o *“presunción de legitimidad”* consistente en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado, lo que obliga a buscar la armonía entre la norma cuestionada y la Carta Fundamental¹⁶.

Reafirmando la misma línea de interpretación que se ha venido sosteniendo, el Tribunal Constitucional ha advertido que la total incertidumbre acerca de la fecha de promulgación de un tratado erosionaría seriamente la seguridad jurídica tanto en el ámbito internacional como en el interno, ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas¹⁷.

Para el análisis específico de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional en materia de tratados internacionales nos referiremos, en primer término, a los aspectos procedimentales o de forma, esto es, relacionados con la formación de un tratado, entre los que incluiremos aspectos relativos a la oportunidad para formular un eventual requerimiento destinado a impugnar su constitucionalidad para, luego, centrarnos en los aspectos sustantivos o de fondo, más vinculados a su ubicación jerárquica dentro del ordenamiento jurídico chileno.

¹⁴ Debe tenerse presente que la reforma constitucional que actualmente se tramita ante el Senado considera una norma de similar redacción que quedaría incorporada en el inciso 5° del Art. 50 N° 1 de la Carta Fundamental.

¹⁵ Sentencia Rol N° 309, de 4 de Agosto de 2000. de 4 de Agosto de 2000. Requerimiento relativo al Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, considerando 3°.

¹⁶ Ibidem, considerando 2°.

¹⁷ Rol N° 288, Op. Cit., considerando 14°.

A. Aspectos procedimentales o de forma

1. Naturaleza y alcances de la aprobación, por el Congreso Nacional, de un tratado internacional:

El Art. 50 N° 1 de la Carta Fundamental preceptúa que son atribuciones exclusivas del Congreso Nacional “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha precisado que “de la norma antes transcrita y de los principios generales de derecho que rigen la materia se inferen, con nitidez, dos reglas básicas que deben observarse en la aprobación de un tratado internacional por el Congreso: 1) que el tratado debe aprobarse o desecharse como un todo sin que sea admisible que el Parlamento le introduzca modificaciones y 2) Que si bien el tratado no es propiamente una ley, su aprobación se sujetará a los trámites de ésta”¹⁸.

La naturaleza de la aprobación de un tratado, por parte del Congreso Nacional, fue abordada en un voto disidente de los ex Ministros del Tribunal, don Osvaldo Fáunderz y doña Luz Bulnes, con ocasión del pronunciamiento recaído en el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22, oportunidad en que señalaron que la aprobación del Congreso Nacional es una “formalidad habilitante” para que el Presidente de la República pueda ratificar los tratados internacionales y otorgarles el carácter de leyes de la República¹⁹.

2. Forma en que debe aprobarse un tratado internacional por el Congreso Nacional:

Como ya se indicó, y en conformidad al Art. 50 N° 1 de la Carta Fundamental, la aprobación de un tratado debe someterse a los trámites de una ley.

Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional ha precisado, en primer término, los alcances que, para estos efectos tiene la expresión “someterse a los trámites de una ley”. Así ha indicado que “la circunstancia de que un tratado deba aprobarse conforme a los trámites de una ley significa que, en dicha aprobación, deben observarse todas las normas que la Constitución establece para la tramitación de una ley en cuanto resulten compatibles de acuerdo con la preceptiva constitucional”²⁰. Ello

¹⁸ Sentencia Rol N° 309, Op.Cit., considerando 11°.

¹⁹ Sentencia Rol N° 282, de 28 de Enero de 1999, considerando 6° letra b) del voto disidente.

²⁰ Ibidem, considerando 12°.

implica que, en dicha aprobación, no sólo deben observarse los pasos o etapas requeridos en la formación de la ley sino también los quórum exigidos para aprobarla que son consustanciales a los trámites de formación de la misma, por ejemplo, si se trata de materias de ley orgánica constitucional o de ley de quórum calificado²¹.

En segundo término, el Tribunal Constitucional se ha referido, específicamente, a la exigencia del quórum con que debe ser aprobado un tratado internacional partiendo por distinguir entre el tratado mismo y el proyecto de acuerdo aprobatorio que se remite al Congreso Nacional. En este orden de ideas, ha señalado que en el caso de que un tratado contemple normas de distinta naturaleza se aprobarán o rechazarán aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara del Congreso cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ellas. En caso de que una o más disposiciones de la respectiva convención fuesen desestimadas, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo²². Ello, porque en concepto del Tribunal, “acuerdo y tratado constituyen un todo indivisible al punto que sin tratado simplemente no hay acuerdo que votar”²³.

Así, debe concluirse, a juicio del Tribunal, que el Art. 50 N° 1 de la Constitución “obliga a aprobar o rechazar el acuerdo de un tratado; pero no impide dividir la votación de sus normas conforme a la naturaleza de ellas, lo que sí autoriza el artículo 63 de la Carta Fundamental”²⁴.

En este mismo punto, referido al quórum de aprobación de un tratado internacional, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el error en que se haya incurrido durante el trámite de aprobación de un tratado en una Cámara, al calificar como de ley simple materias propias de leyes orgánicas, queda desprovisto de la trascendencia indispensable para declararlo inconstitucional, si el quórum de votación ha excedido el mínimo exigido por el inciso 2° del artículo 63 de la Constitución²⁵.

3. Característica y plazo de la ratificación de un tratado internacional:

El Art. 32 N° 17 de la Carta Fundamental considera, como atribución especial del Presidente de la República, la de “conducir las relaciones políticas con las poten-

²¹ Ibidem, considerandos 13°, 17° y 18°.

²² Ibidem, considerando 25°.

²³ Ibidem, considerando 12°.

²⁴ Ibidem, considerando 27°.

²⁵ Sentencia Rol N° 312, de 3 de Octubre de 2000. Requerimiento referido al Tratado entre la República de Chile y la república de Argentina sobre integración y complementación minera, considerando 6°.

cias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y *ratificar* los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50, N° 1°”. Esta última norma, como se expresó, atribuye al Congreso Nacional la potestad exclusiva de “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su *ratificación*”.

El Tribunal Constitucional ha considerado que, dentro de nuestro ordenamiento, la ratificación de un tratado representa una facultad privativa del Presidente de la República que puede ejecutar con toda discrecionalidad sin tener plazo en su actuar²⁶.

Desde un punto de vista más amplio a la sola ratificación, el Tribunal Constitucional ha sostenido, recientemente, que las funciones y facultades que el legislador confíe a los servicios públicos –como es el caso del nuevo Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes– no pueden afectar las facultades presidenciales contenidas en el Art. 32 N° 17 de la Constitución, particularmente en lo que podría implicar la representación de Chile ante otros Estados y organismos internacionales²⁷.

4. Oportunidad para promulgar y publicar los tratados internacionales:

Como ya se señaló, el Art. N° 50 N° 1 de la Constitución obliga a someter la aprobación de un tratado a los trámites de una ley.

Por su parte, el Art. 72 de la Carta se refiere a los trámites de promulgación y publicación de las leyes indicando que “si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley. ...La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente. La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio”.

Concordante con lo anterior, el Art. 6° del Código Civil explica que “la ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen”.

²⁶ Sentencia Rol N° 288, Op. Cit., considerando 10°.

²⁷ Sentencia Rol N° 379, de 1° de Julio de 2003. Pronunciamiento referido al Proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes, considerando 42°.

El Tribunal Constitucional ha declarado, sobre este punto, que la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental²⁸.

Agrega el Tribunal que con posterioridad a la ratificación procede la promulgación y publicación del tratado, para lo cual el Presidente de la República carece de plazo para hacerlo al extremo que, en nuestra práctica institucional, se registran casos en que han pasado décadas sin que se promulgue un convenio ya aprobado y ratificado²⁹.

Profundizando dicho razonamiento, ha agregado que la inexistencia de una oportunidad para promulgar los tratados resulta plenamente aplicable si se considera que, con posterioridad a su aprobación por el Congreso, procede el trámite de la ratificación por el Presidente de la República conforme lo indica el N° 17 del artículo 32 de la Constitución³⁰.

5. Oportunidad para formular un requerimiento de constitucionalidad respecto de un tratado internacional y contenido del mismo:

De conformidad con el Art. 82 N° 2 de la Carta Fundamental son atribuciones del Tribunal Constitucional “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Concordante con su tesis de que no existe plazo para que el Presidente de la República promulgue un tratado internacional y de que, como se verá, el tratado y la ley son fuentes distintas del derecho, el Tribunal Constitucional ha estimado que “no es posible fijar la ‘promulgación de la ley’ como la oportunidad límite para formular un requerimiento en contra de un proyecto de tratado internacional”³¹.

Basado en ello, el Tribunal ha declarado que tratándose de los tratados internacionales el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso³².

²⁸ Sentencia Rol N° 288, Op Cit., considerando 7°.

²⁹ Ibidem, considerando 11°.

³⁰ Ibidem, considerando 8°.

³¹ Ibidem, considerando 13°.

³² Ibidem, considerando 15°.

Debe dejarse constancia que el fallo correspondiente al Rol N° 288, en que se sentó esta tesis, contó con el voto disidente del Ministro Eugenio Valenzuela, quien fue de la tesis que “las diferencias, que efectivamente las hay, entre la tramitación legislativa de un proyecto de ley y la aprobación o rechazo de un tratado, carecen de relevancia en el caso de plantearse una cuestión de constitucionalidad, porque en esta hipótesis la Constitución no distingue entre uno y otra, sino, por el contrario, regula por normas iguales las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley o de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”³³.

En el reciente fallo de 5 de Septiembre pasado, recaído en examen de constitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Tribunal precisó que la circunstancia de que los requirentes no hayan invocado el vicio de forma detectado por el Tribunal en lo que se refiere, en este caso, al quórum necesario para aprobar el proyecto de acuerdo, no es óbice para que dicha Magistratura declare dicha inconstitucionalidad. Ello, porque el Tribunal Constitucional debe examinar, en primer lugar, si la norma cuyo mérito constitucional ha sido objeto del requerimiento fue o no generada por los órganos competentes para ello, cumpliendo los trámites y con el quórum que la Ley Fundamental ha establecido a efectos de que se integre válidamente al régimen jurídico en vigor³⁴.

B. Aspectos sustantivos o de fondo

1. Los tratados como fuente del derecho y su relación con la ley:

En la Sentencia de 3 de Octubre de 2000, que se pronunció sobre la constitucionalidad del Tratado sobre Integración y Complementación Minera suscrito entre las Repúblicas de Chile y de Argentina, el Tribunal Constitucional afirmó que “teniendo el tratado fuerza de ley, nada impide que pueda modificar una norma de igual jerarquía, sin lesionar por ello el ordenamiento jurídico vigente”³⁵.

Sin embargo, en fallos posteriores ha ido sentando la tesis de que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes como se desprende de algunos preceptos que decantan la distinción anterior: el artículo 5° que alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 que somete los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82 N° 2 que distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso³⁶.

³³ Ibidem, considerando 3° del voto de minoría.

³⁴ Rol N° 383, de 5 de Septiembre de 2003, considerandos 8° y 22°.

³⁵ Rol N° 312. Op. Cit., considerando 31°.

³⁶ Rol N° 288. Op. Cit., considerando 6°.

Esta tesis aparece corroborada en el fallo de 8 de Abril de 2002, que analizó la constitucionalidad del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Allí el Tribunal cita el Tratado de Derecho Constitucional del profesor Alejandro Silva Bascuñán quien sostiene, en lo pertinente, que “en la Comisión Ortúzar sostuvimos que ... dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales”³⁷.

Pese a que el Tribunal Constitucional no lo señala explícitamente, sino que sólo invoca la argumentación del profesor Silva Bascuñán, estimamos que del estado actual de la jurisprudencia de dicho órgano puede inferirse que los tratados y la ley *formalmente* tienen el mismo valor, sobre todo, en cuanto el Art. 50 N° 1 de la Carta Fundamental somete la aprobación de los tratados a los mismos trámites que la ley. Sin embargo, desde un punto de vista *sustancial o de fondo*, los tratados tendrían cierta prevalencia sobre la ley común cuando ellos se refieren a los derechos de los gobernados, esto es, al denominado “estatuto de la libertad”, en palabras del profesor Silva Bascuñán quien, por la misma razón, expresa que “si tratados y leyes integran formalmente el mismo rango o jerarquía normativa, en la aplicación de ambas preceptivas a un caso concreto tendrá primacía la del tratado sobre el precepto legal”³⁸.

Por lo tanto, los tratados internacionales sobre derechos humanos tendrían preferencia en su aplicación sobre la ley común confirmando que son fuentes de derecho diferentes.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha venido a zanjar la polémica que, respecto del rango jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos, generó la modificación introducida al inciso 2° del Art. 5° de la Constitución, en Agosto de 1989³⁹.

Descartando aquellas posiciones doctrinarias que habían atribuido a dichos tratados rango constitucional, el Tribunal ha sostenido que “el sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5° de la Constitución, es que el Constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber para los órganos del Estado, respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino que también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁴⁰. Ha agregado que “si aplicamos el criterio de

³⁷ Rol N° 346, de 8 de Abril de 2002. Pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, considerando 75°.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de Agosto de 1989.

⁴⁰ Ibidem, considerando 71°.

interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5°, inciso 2° de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre la de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile⁴¹.

Debe recordarse que esta misma tesis ya había sido sostenida por el Tribunal Constitucional, aunque antes de la reforma constitucional de 1989, al pronunciarse sobre el requerimiento de constitucionalidad que, en virtud del derogado Art. 8° de la Constitución Política, se dedujo contra el ex Canciller Clodomiro Almeyda. Entre otras consideraciones, el Tribunal señaló, en esa oportunidad, que “la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118”⁴².

2. La delegación de soberanía en órganos supranacionales requiere previa reforma constitucional:

Una de las conclusiones más relevantes del fallo que se pronunciara sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma referido a la Corte Penal Internacional es, sin duda, el que se refiere a que la necesidad de reformar previamente la Carta Fundamental para delegar funciones inherentes a la soberanía, como es la función jurisdiccional, en un órgano supranacional.

En efecto, luego de haber declarado que “la Corte Penal Internacional tiene características que permiten calificarla como un tribunal supranacional”⁴³, el Tribunal Constitucional ha declarado que “a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada (Art. 5° de la Constitución), por lo que se hace evidente su inconciliabilidad”⁴⁴ Por ello concluye que en la medida que se incluyan disposiciones de un tratado que complementen o eventualmente corrijan la situación antes descrita, deberán necesariamente incorporarse a nuestro sistema jurídico a través de una reforma a la Constitución”⁴⁵.

⁴¹ Ibidem, considerando 72°.

⁴² Rol N° 46, de 21 de Diciembre de 1987.

⁴³ Ibidem, considerando 32°.

⁴⁴ Ibidem, considerando 45°.

⁴⁵ Ibidem, considerando 46°.

Justo es reconocer que tres años antes, la ex Ministra del Tribunal Constitucional, Sra. Luz Bulnes, había sentado el mismo criterio con ocasión del pronunciamiento que le cupo al Tribunal en relación con el Tratado de Integración y Complementación Minera suscrito entre las Repúblicas de Chile y de Argentina, señalando, a modo de prevención que, si el tribunal contemplado en dicho tratado hubiese revestido el carácter de un tribunal internacional al que se le había delegado soberanía, sería menester que se reformaran los Arts. 5º, 73 y 79 de la Constitución Política⁴⁶.

3. Constitucionalidad de normas de tratados internacionales que son autoejecutables y no autoejecutables:

En esta materia, el Tribunal Constitucional emitió un importante pronunciamiento al examinar la constitucionalidad del Convenio N° 169, de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En dicha oportunidad definió las normas autoejecutables o “*self executing*” como aquéllas que “tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.” Por su parte, entendió como normas no autoejecutables o “*non self executing*” aquéllas “que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las hagan aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva”⁴⁷.

Avalando la importancia de dicha distinción el Tribunal concluyó que “sólo en el evento de que la norma sea auto ejecutable, el Tribunal debe –en esta instancia jurisdiccional– pronunciarse sobre su constitucionalidad”.

Agregó que si las normas del tratado, para tener fuerza interna, requieren de una actividad legislativa o administrativa posterior, “no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece”⁴⁸.

⁴⁶ Rol N° 312, prevención de la Sra. Ministra Luz Bulnes.

⁴⁷ Rol N° 309, Op. Cit., considerando 48º.

⁴⁸ Ibidem.

En la reciente sentencia de 5 de Septiembre pasado, recaída en el requerimiento de constitucionalidad relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Tribunal Constitucional creyó del caso precisar la jurisprudencia recién citada en el sentido de que “si la norma no auto ejecutable requiere de la aprobación por el Estado de Chile de preceptos que, conforme a la Constitución, conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención, como podría ocurrir en la especie, no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución sobre ella, habida consideración, en especial, de las disposiciones sobre cumplimiento de los tratados con singular significación su artículo 27”⁴⁹.

CONCLUSIONES

El examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional efectuado en los párrafos que preceden arroja interesantes lecciones en orden a precisar, significativamente, la naturaleza y alcance de los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico chileno.

Sin embargo, es evidente que el Tribunal Constitucional deberá enfrentar desafíos de gran envergadura en un futuro próximo, los que, en gran medida, se presentarán relacionados con el avance de los procesos de integración económica como de aquellos procesos vinculados con la reafirmación y defensa de bienes jurídicos de naturaleza global.

En este sentido, el examen de determinada jurisprudencia emanada de los Tribunales Constitucionales Europeos y, en particular, de los pronunciamientos que les ha cabido en orden a delimitar la relación entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales permite visualizar algunas de las cuestiones que, en un futuro próximo, debieran ser abordadas por nuestro Tribunal Constitucional. Estas podrían resumirse de la siguiente forma:

1. Posibilidad de delegar facultades soberanas en entidades de carácter supranacional:

El Tribunal Constitucional de Chile ya ha debido pronunciarse sobre este orden de materias, tanto en la sentencia recaída en el Tratado sobre Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina (Rol N° 312) como en aquella recaída en el examen de constitucionalidad del Estatuto de Roma que crea la Corte

⁴⁹ Rol N° 383. Op. Cit., considerando 4°.

Penal Internacional (Rol N° 346), dejando claro que dicha transferencia de competencias requeriría de una reforma constitucional.

Sin embargo, en Europa, el debate ha ido un poco más lejos⁵⁰, pues se discute si basta una habilitación genérica –como la que contiene el Art. 24.1 de la Ley Fundamental de Bonn– que permita al legislador atribuir el ejercicio de derechos de soberanía a entidades supranacionales o si es necesario, por el contrario, una habilitación constitucional específica respecto de situaciones concretas que se vayan presentando como la ratificación del tratado que crea la Corte Penal Internacional⁵¹.

2. Límites a la delegación de soberanía en entidades supranacionales:

Ya sea que la delegación de soberanía nacional en entidades de orden supranacional opere en virtud de una habilitación genérica o de una específica para cada caso concreto, las lecciones derivadas de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales europeos, en los últimos años, enseña que se ha ido perfilando, como límite de dichas delegaciones, el respeto a las denominadas “condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional”. Estas se han desarrollado como una fórmula global o general que permite controlar los atentados que se realizan contra las Constituciones nacionales y que no siempre pueden concretarse en el desconocimiento de un determinado precepto. En el fondo, se trata de evitar que el Estado pierda alguno de los atributos que, tradicionalmente, se conectan con la soberanía como sería la transferencia de competencias sensibles que, por su propia naturaleza, puedan afectar a las instituciones de la República, a la continuidad de la vida de la nación y a la garantía de los derechos y de las libertades de los ciudadanos⁵².

En fin, la misma relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados está sometida a una profunda revisión en la que, por cierto, nuestro Tribunal Constitucional está llamado a jugar un rol fundamental en los tiempos globalizados que corren.

⁵⁰ Mariano Badgalupo. «El Impacto del Tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional alemana de 21 de Diciembre de 1992: El nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn» en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 13 N° 39. Septiembre-Diciembre 1993, p. 163-164.

⁵¹ Véanse, al efecto, los Arts. 93 de la Constitución de Colombia de 1991 y 53.2 de la Constitución de Francia de 1958.

⁵² Francisco Javier Matía Portilla. «Las implicancias constitucionales del proceso europeo de integración: El Tratado de Ámsterdam y la Constitución Francesa» en *Revista de Estudios Políticos* N° 108. Abril-Junio 2000, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, p. 297-298. Ver también Francisco Rubio Llorente. «La Constitución Española y el Tratado de Maastricht» en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12 N° 36. Septiembre-Diciembre 1992, p. 257 y Giorgio Recchia. «Derechos fundamentales e integración europea: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano» en *Revista de Estudios Políticos* N° 75. Enero-Marzo 1992. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, p. 57.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Mariano. 1993. «El impacto del Tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional alemana de 21 de Diciembre de 1992: El nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn» en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13 N° 39. Septiembre-Diciembre.
- Byers, Michael (Ed.). 2000. **The role of law in international politics**. New York, Oxford University Press.
- Carmona Santander, Carlos. 2001. “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas” en **Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional**. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Giddens, Anthony. 2001. **Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas**. Madrid, Editorial Taurus.
- Kehoane, Robert y Nye, Joseph. 1980. **Poder e Interdependencia. La política mundial en transición**. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano.
- Krasner, Stephen. **International Regimes**. 1983. Cornell University Press.
- Matía Portilla, Francisco Javier. 2000. “Las implicancias constitucionales del proceso europeo de integración: El Tratado de Amsterdam y la Constitución Francesa” en *Revista de Estudios Políticos* N° 108. Abril-Junio 2000, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2002. “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: Del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control del Tribunal Constitucional” en *Revista Ius et Praxis* Año 8 N° 1, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.
- Recchia, Giorgio. 1992. “Derechos fundamentales e integración europea: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano” en *Revista de Estudios Políticos* N° 75. Enero-Marzo 1992. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Rubio Llorente, Francisco. 1992. “La Constitución Española y el Tratado de Maastricht” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12 N° 36, Septiembre-Diciembre 1992, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.