

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE

KARL MÜLLER GUZMÁN*

RESUMEN

Se destaca la importancia de las relaciones entre el derecho internacional público y el derecho nacional, lo cual se puede apreciar especialmente a propósito del control de constitucionalidad de los tratados. En este sentido, se debe tener presente las consecuencias que en el ámbito internacional puede generar dicho control de constitucionalidad, ya sea que se trate de un control represivo o a posteriori.

Palabras clave: Constitución Política, control de constitucionalidad, tratados internacionales, responsabilidad internacional, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

This paper highlights the importance of the relation between International Public Law and Local Law, relation that can be specially noticed regarding the judicial review of international treaties. In this order of ideas, the consequences that this judicial review can generate in the international relationships must be considered, whether it is a repressive control or ex post.

Key words: Constitution, judicial review, international treaties, international responsibility, Constitutional Court.

* Abogado, Universidad de Valparaíso. Candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. El presente artículo se elaboró con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 25 de agosto de 2009, sobre el control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en la cual se pronuncia, entre otras materias, sobre el control de constitucionalidad de los tratados. Consideramos que, no obstante lo resuelto en dicha sentencia, el presente artículo cumple aún su propósito de contribuir al debate sobre esta materia, especialmente si se tiene en cuenta los votos disidentes a dicho fallo.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda que una de las materias jurídicas que rápidamente va adquiriendo relevancia en nuestro derecho se refiere a las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional y el derecho internacional público. Sabido es que, en relación con dicha materia, dos aspectos son centrales:

- la incorporación del derecho internacional en el derecho nacional, y
- los posibles conflictos que dicha incorporación pueda generar entre la norma jurídica internacional incorporada y la norma nacional.

A partir del retorno de la democracia, Chile inició una profundización de sus vínculos internacionales. Para ello se celebraron tratados internacionales en diversas materias, tales como: tributarias, promoción de inversiones y previsión social. Además, nuestro país ha celebrado tratados en materias comerciales y políticas que constituyen hitos históricos en nuestras relaciones internacionales, como por ejemplo, el Acuerdo de Asociación Económica Estratégica con Japón, el Tratado de Libre Comercio con la República Popular China, Tratado de Libre Comercio con Canadá, Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América, Acuerdo de Asociación con la Comunidad Europea y sus Estados Miembros¹.

Más allá de la mayor o menor relevancia que pueda tener un tratado suscrito por nuestro país, lo cierto es que existe un gran número de acuerdos internacionales que anualmente son incorporados en nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, durante la presente administración del Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, hasta el 5 de enero de 2008 se promulgaron 58 tratados, convenciones y acuerdos internacionales publicados en el Diario Oficial².

Esta cifra nos da una muestra de la gran cantidad de normas jurídicas contenidas en tratados internacionales que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico. A lo anterior debemos agregar, de acuerdo a lo contemplado en nuestra Ley Fundamental en su artículo 54.1 inciso 4, aquellos acuerdos o medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo que son incorporados al derecho nacional sin requerir la aprobación del Congreso Nacional³. Ade-

¹ Texto de los acuerdos internacionales disponibles en: <http://www.direcon.cl/>

² REPÚBLICA DE CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, División Jurídico-Legislativa en: *Boletín de Información Legislativa*, N° 1 (2009) [citado el 8 de abril de 2009], http://www.minsejpres.gob.cl/portal/documentos/legislacion_al_dia/boletin_legislativo/boletin/documentoLista/0/documento/BoletinN1_2009.pdf

³ Artículo 54.1 inciso 4: Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

más, nuestro país ha incorporado en su ordenamiento jurídico el derecho internacional general por vía jurisprudencial, especialmente mediante la labor desarrollada por nuestros tribunales superiores de justicia⁴.

Como podemos apreciar, nuestro derecho nacional está siendo bombardeado intensamente por el derecho internacional público mediante sus diversas fuentes formales. Sin embargo, nos centraremos en los tratados internacionales y específicamente en su control de constitucionalidad, el cual nos permite apreciar los aspectos que antes mencionamos en cuanto a la importancia de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional público.

Tengamos en cuenta también que la relevancia de esta labor de control que deben realizar nuestros jueces constitucionales radica en que dicho control, como en realidad muchas de las funciones de los órganos del Estado actualmente, no solo producen sus efectos jurídicos en nuestro país, sino que eventualmente pueden producir efectos jurídicos a nivel internacional. En otras palabras, podemos decir que este aspecto del control constitucional resulta de especial interés y relevancia con respecto a la obligación, en el ámbito del derecho internacional, de cumplir con los acuerdos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales. Relevancia que se presenta fundamentalmente en aquella situación en que ejerciéndose un control a posteriori de la constitucionalidad, pueda declararse que un tratado ya incorporado en nuestro ordenamiento jurídico sea contrario a la Constitución.

Para abordar este tema haremos una breve referencia a la regulación existente en nuestra Constitución Política en materia de control de constitucionalidad de los tratados antes de la reforma del año 2005, para luego comentar algunos aspectos sobre la actual regulación de la materia. Tema que necesariamente nos lleva a tratar de encontrar algún fundamento para responder a la pregunta: ¿qué tipo de control debemos (queremos) aplicar? Pregunta que trataremos de responder en alguna medida desarrollando los aspectos que a continuación indicamos.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS

Antes de la reforma del año 2005, el artículo 82 de la Constitución Política establecía: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 2º 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”.

⁴ BENAVIDA, Santiago, *Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*, en: LEÓN STEFFENS, Avelino, *Nuevos enfoques del derecho internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

De esta manera se señalaba que nuestra Constitución “no impone como trámite obligatorio de la aprobación de los tratados el dictamen preventivo del Tribunal Constitucional; este ha de pronunciarse sobre la materia tan solo si se le formula una cuestión de constitucionalidad y siempre que el Presidente haya pedido la aprobación del Congreso”⁵.

Ahora bien, frente a un tratado que no ha sido objeto de un control preventivo de constitucionalidad, conforme al texto constitucional anterior a la reforma del año 2005, cabía la posibilidad, mediante un control a posteriori, declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al antiguo artículo 80 de la Constitución Política, situación que junto con ser incompatible con lo establecido en el artículo 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶, podía generar eventualmente responsabilidad internacional del Estado.

Efectivamente, el artículo 80 de la Constitución Política establecía lo siguiente: “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

Frente a esta norma del artículo 80 se sostenía, en relación con los tratados internacionales, que no procede ejercer respecto de ellos un “control represivo de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad”⁷.

Con respecto a las razones que se han señalado para formular tal afirmación podemos destacar aquella que nos indica que los tratados no son precepto

⁵ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VII, Congreso Nacional. La función legislativa –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 313.

⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2 N° 2 (1997), Talca, p. 15.

legales⁸, y, como veremos a continuación conforme a lo sostenido por diversos autores, otra razón la encontramos en la necesidad de evitar conflictos entre las normas de nuestro ordenamiento jurídico y las obligaciones internacionales que asume nuestro país, conforme a lo que ya señalamos a propósito de las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Al respecto, el profesor NOGUEIRA ha destacado que “el control preventivo desarrollado por el Tribunal Constitucional tiene un carácter fundamental, ...dicho control debería ser obligatorio, como lo son el control de los proyectos de leyes interpretativas de la Constitución y de las leyes orgánicas, lo que llevaría a la prohibición de celebrar un tratado internacional que entre en conflicto con las normas substantivas de la Carta Fundamental...”⁹.

Ahora bien, frente a la postura que nos señala que no procede ejercer un control represivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, el profesor PFEFFER estimaba que la Corte Suprema sí podía ejercer tal control. Diversas son las razones que señala el citado profesor para sostener lo anterior, pero queremos destacar las siguientes:

- “Porque si sus disposiciones lesionaran derechos que la Constitución asegura a todas las personas, no se visualiza racionalmente motivo que impida que los sujetos afectados puedan demandar la inaplicabilidad de sus normas si ellas vulneran dichos ordenamientos fundamentales”¹⁰.
- “Porque el artículo 80 de la Carta Fundamental autoriza a la Corte Suprema para declarar la inaplicable para esos casos particulares todo “precepto legal” contrario a la Constitución, expresión que ciertamente no es equivalente a la de la “ley” en sentido formal o restringido. Sino por el contrario es mucho más amplia y omnicompreensiva de toda aquella disposición, precepto o norma que regule o incida en una materia de aquellas que taxativamente, enumera el artículo 60 de la Constitución, es decir de una materia de ley. Por lo tanto si las normas contenidas en un tratado internacional regulan y se introducen en el ámbito o dominio de la ley, quedan comprendidas dentro de la referida expresión “precepto legal” y puede ser objeto de impugnación a través del recurso de inaplicabilidad...”¹¹.

⁸ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales” [en línea], en: *Estudios Constitucionales*, año 5 N° 1 (2007), Universidad de Talca, p. 121 [citado el 21 de mayo de 2009], http://www.cecoch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_html/improcedencia_5_1-2007.pdf

⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, N° 2 (1997), Talca, p. 15.

¹⁰ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Constitución Política de la República y Tratados Internacionales”, en: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 2 N° 2 (1997) p. 69.

¹¹ *Ibid.*, p. 70.

No obstante reconocer la posibilidad de que efectivamente pueda aplicarse a un tratado el control de constitucionalidad que se contemplaba en el artículo 80, agrega el autor que “para ser congruente con la naturaleza de las normas contenidas en tratados internacionales, que según se explicó, no pueden dejarse sin efecto unilateralmente por el Estado, lo que precisamente ocurriría si la Corte Suprema acoge un recurso de inaplicabilidad y concluye que uno de sus preceptos es inconstitucional, estimamos que esa sentencia no podría producir sus efectos, en tanto no fuera cumplida por el Jefe de Estado, quien debería proceder a denunciar el tratado de acuerdo a las normas del Derecho Internacional”¹².

Ante esta situación, dicho autor indicaba, en términos similares a lo sostenido, por ejemplo, por el profesor NOGUEIRA, que “parece aconsejable asignar, con carácter obligatorio y no facultativo, la atribución al Tribunal Constitucional para que no solo ejerza el control preventivo de la constitucionalidad de las normas contenidas en tratados internacionales que deban someterse a la aprobación del Congreso, sino que también respecto de aquellos que no deban someterse a su consideración, a fin de evitar que ellos entren en conflicto con las normas sustantivas de la Carta Fundamental, y con aquellas disposiciones que, contenidas en tratados internacionales, regulen derechos esenciales de la persona”¹³.

Por su parte, los profesores Fernando SAENGER y Guillermo BRUNA, junto con recordar el tradicional criterio que equipara al tratado internacional a una ley, agregan que “los tratados internacionales por su naturaleza son acuerdos internacionales; en relación a ellos la facultad consagrada en el artículo 80 procede, a nuestro juicio, solo en cuanto aquellas de sus disposiciones, o de las que autorice dictar, recaigan en el ámbito de la función legislativa nacional”¹⁴.

No obstante lo anteriormente señalado, y especialmente en relación con el sentido y alcance del término precepto legal, los tribunales superiores de justicia de nuestro país han reconocido la naturaleza jurídica propia de los tratados internacionales, destacando el criterio de que es improcedente mediante un acto unilateral, como sería la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte de nuestro Tribunal Constitucional, dejar sin efecto un tratado internacional.

Efectivamente, por ejemplo, en el año 1988, en el caso Cía. Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos, la Corte de Apelaciones sostuvo “que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, suscrito por Chile..., se encuentra vigente en Chile desde marzo de

¹² *Ibid.*, p. 71

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ SAENGER GIANONI, Fernando, BRUNA CONTRERAS, Guillermo, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Jurisprudencia 1980-2005*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006, p. 156.

1979 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados también vigente en este país se aplica con preferencia al derecho interno. Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral [pudiendo ser multilateral como es el caso del GATT], es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, acto unilateral de una sola de las partes...”¹⁵.

Por su parte, en la sentencia rol Nº 11.821-2003¹⁶, la Corte de Apelaciones de Santiago en sus considerandos 50, 51 y 53 menciona diversas sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia destacando la primacía del derecho internacional, particularmente el emanado de los tratados internacionales, sobre el derecho nacional, para lo cual esgrime fundamentos basados en la imposibilidad de invocar el derecho interno para incumplir obligaciones internacionales.

III. REGULACIÓN ACTUAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La regulación actual del control de constitucionalidad en relación con la materia que hemos abordado en este trabajo se encuentra fundamentalmente en el artículo 93 N^{os} 1^o, 3^o, 6^o y 7^o.

A pesar de existir conciencia respecto de los problemas que se observaban y discutían en relación con el control de constitucionalidad de los tratados en nuestro texto constitucional y su trascendencia para nuestras relaciones (jurídicas) internacionales, “la reforma de 2005 mantuvo el control preventivo, de carácter facultativo, de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso (Art. 93 N^o 3 de la Constitución)...”¹⁷. Sin embargo, en la reforma de ese año se “agregó el control preventivo, esta vez obligatorio, de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, antes de su promulgación”¹⁸.

El control de constitucionalidad a *posteriori* o represivo que se encontraba en manos de la Corte Suprema fue entregado al Tribunal Constitucional, conforme a lo que se contempla en el actual artículo 93, N^o 6 de nuestro texto constitucional, artículo en el cual se sigue hablando de precepto legal.

Recordando lo que señaláramos en cuanto al sentido y alcance que se reconoce al término “precepto legal”, consideramos absolutamente razona-

¹⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, enero-abril, 1988, segunda parte - sección segunda, p. 12.

¹⁶ Gaceta Jurídica, año 2004/ N^o 283/ enero, p. 204.

¹⁷ PEÑA TORRES, Marisol, “Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales: La Experiencia chilena un año después de la reforma de 2005”, p. 3 [citado el 17 de abril de 2009], <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Marisol%20Pena%20Torres.pdf>

¹⁸ *Ibidem*.

ble lo sostenido por la profesora Marisol Peña, en el sentido de que, considerando el artículo 93 N° 6 en relación con el actual artículo 54.1 inciso 5 de nuestra actual Constitución Política “...no podrían admitirse requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado vigente y que ya ha implicado que Chile se obligue en el plano internacional”¹⁹.

En idéntico sentido se pronuncian los profesores Francisco VEGA y Francisco ZÚNIGA, quienes señalan que “no cabe el control represivo y facultativo de los tratados internacionales, ya que estos no se encuadran en el concepto de ley, sino que son una fuente de derecho internacional incorporada al derecho interno, cuya validez arranca de dicho orden internacional, y en la que solo la aprobación parlamentaria de los mismos se somete a “los trámites de una ley”, conforme con el artículo 54 N° 1 de la Constitución, sin perjuicio del control abstracto y preventivo encomendado al Tribunal Constitucional sobre normas de un “tratado que versen sobre materias propias” de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93 N° 1 C.P.R)”²⁰.

Por su parte el profesor NOGUEIRA ha señalado que “...es más adecuado un control preventivo y obligatorio por parte del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales, lo cual asegura su constitucionalidad y otorga certeza jurídica del respeto de las normas internacionales válidamente incorporadas al derecho interno. Esta es la regla que respeta de mejor forma los principios de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la obligación de no oponer obstáculo de derecho interno al cumplimiento de los tratados ratificados, de los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados”²¹.

Conforme al actual artículo 54.1 inciso 5, podemos entender entonces, que con respecto a los tratados ya no se puede sostener que tengan fuerza de ley o que se los puede considerar con una jerarquía similar a una ley²². En otras palabras los tratados son lo que nos indica la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 2.1 a), y no otra cosa, a saber, “... 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 sea su denominación particular”, sin perjuicio de que doctrinalmente se hayan desarrollado definiciones más amplias.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5.

²⁰ VEGA, Francisco y ZÚNIGA Francisco, “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica”, en: *Estudios Constitucionales*, año 4 N° 2 (2006), p. 152 [citado el 28 de abril de 2009], http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/6.pdf

²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Editorial Librotecnia, 2005, p. 393.

Entonces, el tratado, una vez incorporado a nuestro ordenamiento, sigue produciendo efectos jurídicos internacionales, conserva su carácter de tal, nos vincula con otro(s) Estado(s), con organizaciones internacionales y eventualmente con la comunidad internacional en general si contiene normas fundamentales para dicha comunidad.

Sobre la base de lo indicado anteriormente es que entendemos el sentido del artículo 54 inciso 5 de la Constitución Política, vale decir, el tratado es una fuente formal del derecho internacional, no es una ley, ni es una norma constitucional, y en caso que surja un conflicto entre una norma jurídica internacional (tratado) y la norma jurídica nacional que no haya podido ser resuelto, habrá que derogar, modificar o reformar la norma jurídica nacional en cuestión, cualquiera sea su jerarquía.

Lo anterior es sin perjuicio de que el Estado esté dispuesto a asumir los efectos del incumplimiento de la norma jurídica internacional como consecuencia de esa eventual incompatibilidad con la norma nacional, esto es, incurrir en responsabilidad internacional²³.

IV. ¿ALGUNA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

Resulta particularmente problemático que se declare la inconstitucionalidad de un tratado internacional, ya sea en virtud de un control de constitucionalidad preventivo o *a posteriori*.

Lo anterior lo podemos apreciar si recordamos que declarada la inconstitucionalidad de una norma convencional internacional como consecuencia de un control de constitucionalidad *a posteriori*, se puede generar la responsabilidad internacional del Estado en caso de que definitivamente no cumpla con sus obligaciones internacionales emanadas del tratado internacional²⁴.

Los problemas tampoco desaparecen, en el caso que se ejerza un control preventivo de constitucionalidad, en que si bien el tratado aún no ha sido ratificado y no se encuentra en vigor en nuestro país (pudiendo estarlo

²² LLANOS MANSILLA, Hugo, "Los tratados y la reforma constitucional, en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Editorial Librotecnia, 2005, p. 379. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales", en: *Estudios Constitucionales*, año 5 N° 1 (2007), p. 124 [citado el 24 de mayo de 2009], http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/improcedencia_5_1-2007.pdf PENA TORRES, Marisol, "Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional", en: *Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1 (2003), p. 605. CAMPUSANO, Raúl F., "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005", en: *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 13 (2006), pp. 26-28.

²³ HENRÍQUEZ VIÑAS, *Improcedencia del control...*, p. 123.

²⁴ *Ibid.*, p. 122.

internacionalmente), el Estado, aun cuando no sea parte de dicho tratado, está obligado a cumplir con determinadas obligaciones internacionales contenidas en dicho tratado en la medida que tenga lugar lo establecido en los artículos 38 y 43 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados²⁵. Vale decir, deberá cumplir con determinadas obligaciones del tratado internacional, aun cuando sea declarada su inconstitucionalidad, por cuanto estará vinculado a tales obligaciones (normas jurídicas internacionales) en cuanto forman parte del derecho internacional general, fundamentalmente consuetudinario.

En este sentido, estimamos necesario destacar otro aspecto que dice relación con las obligaciones que el Estado asume con respecto a un tratado negociado y firmado pero aún no ratificado. Efectivamente, la Convención de Viena en su artículo 18 establece que “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado: a) si ha firmado el tratado...”.

Entonces, por una parte, es correcto sostener que el Tribunal al ejercer su control preventivo de constitucionalidad evita los problemas que pueden plantearse respecto de un control represivo respecto de tratados internacionales, teniendo en cuenta las características jurídicas de los mismos y los efectos jurídicos internacionales que su incumplimiento puede generar al Estado.

Sin embargo, si bien el texto del tratado, mediante un control preventivo podrá ser declarado inconstitucional y por ende no podrá ser aprobado por el Congreso Nacional mientras no se reforme nuestra Constitución, lo cierto es que sobre el Estado pesa la obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, y se podría entender que un Estado estará incurriendo en esta última situación si a consecuencia de un control preventivo de constitucionalidad del acuerdo internacional no lo pueda ratificar, en otras palabras, no pueda manifestar internacionalmente su consentimiento en obligarse por el tratado que ha firmado.

No obstante lo discutible que puede ser lo anteriormente señalado²⁶, sí se puede sostener que determinadas actuaciones de los órganos del Estado,

²⁵ Artículo 38. Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional, reconocida como tal.

Artículo 43. Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado. La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulte de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

²⁶ LLANOS MANCILLA, Hugo, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Introducción y Fuentes*, Tomo I –tercera edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005, pp. 84-85.

violando la obligación del artículo 18 de la citada Convención, pueden afectar el objeto y fin de un tratado y por lo tanto generar responsabilidad internacional para el Estado chileno²⁷.

Frente al problema de dejar sin efecto normas jurídicas internacionales de carácter bilateral o multilateral, como son los tratados internacionales, mediante un acto unilateral del Estado, como sería el caso en que se ejerciera un control de constitucionalidad a posteriori de un tratado internacional, se ha señalado que lo que corresponde es que el Presidente de la República denuncie el tratado.

Estimamos que esta solución es correcta, pero, como bien señala la profesora Miriam HENRÍQUEZ, sus “consecuencias son altamente negativas y engorrosas”²⁸. Recordemos al respecto que para que proceda la denuncia esta debe estar contemplada en el mismo tratado o en caso contrario deberá cumplirse con las normas generales que el derecho internacional contempla en relación con dicha causa de terminación de los tratados, conforme a lo establecido en el artículo 56 de la Convención de Viena sobre el Derecho de lo Tratados²⁹.

Es en esta situación que observamos, como se ha señalado por los autores citados, la importancia que reviste un control de constitucionalidad preventivo, obligatorio y que comprenda no solo un control de los tratados que requieran de la aprobación del Congreso Nacional, sino también de aquellos tratados que no requieren tal aprobación, como son los tratados celebrados en forma simplificada, lo cual es sin perjuicio de los problemas que subsisten aun cuando se excluya la posibilidad de un control represivo como ya señalamos.

²⁷ En la sentencia rol N° 11.821-2003 en su considerando 35 se establece que “... al ser Chile Estado suscriptor de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, está obligado por la Convención de Viena de 1969, sobre derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país, a no frustrar, de acuerdo a su artículo 18, el objeto y fin de dicha Convención, antes de su entrada en vigor”; agregando en su considerando 36 que “... en consecuencia, si la situación descrita por el mencionado artículo II de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, quedara impune en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esta Convención”; en: *Gaceta Jurídica*, N° 283 (enero 2004) p. 204.

²⁸ HENRÍQUEZ VIÑAS, *Improcedencia del control...* p. 123.

²⁹ Establece el artículo 56 lo siguiente: Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro.

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.

V. COMENTARIOS FINALES

Teniendo presente lo señalado en este trabajo y recordando las ideas sostenidas por los autores citados, estimamos pertinente destacar los siguientes aspectos:

- con respecto a los tratados internacionales, estos deberían ser objeto de un control de constitucionalidad preventivo de carácter obligatorio, y
- dicho control preventivo debería ejercerse respecto a la totalidad de los tratados, incluso aquellos que no requieran aprobación del Congreso Nacional.

Si bien estos aspectos recién señalados pueden ser criticados o no aceptados, su fundamento lo encontramos esencialmente en los siguientes aspectos:

- responder, como vimos, a la necesidad de restringir o limitar las situaciones en que pueda comprometerse la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones internacionales,
- mediante este tipo de control se podrá disminuir la posibilidad de conflictos entre nuestro derecho y el derecho internacional público,
- las especiales características de los tratados en cuanto fuente formal del derecho internacional, pero que a la vez se han incorporado en el derecho nacional, obviamente, porque el Estado tiene el propósito de cumplirlos.

Si bien se puede criticar la falta de una regulación más completa y precisa en nuestra Constitución sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional y específicamente en materia de control de constitucionalidad de los tratados, consideramos interesante no olvidar, por ejemplo, lo señalado por Luz BULNES ALDUNATE en el sentido de que “las razones que llevan a aceptar el principio de una Constitución breve, sumaria, son más valederas que nunca en materia internacional (...) en este campo, cualquier norma reglamentaria puede ser limitativa y crear conflictos imposibles de prever en el momento presente”³⁰.

Dichas palabras son perfectamente aplicables a la realidad actual, especialmente si tenemos en cuenta la rapidez con que varía el escenario de las relaciones internacionales así como su cada vez mayor complejidad. Relaciones que, a su vez, son reguladas generalmente por tratados internacionales.

³⁰ Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República, p. 2.512.

Sin embargo, podemos también citar a Jaime GUZMÁN quien, en respuesta a la profesora BULNES ALDUNATE, sostenía que “el sistema no ha provocado grandes dificultades, pero que sí ha dado lugar a debate y (...) es obligación de quienes preparan un proyecto de Constitución anticiparse a los problemas que pueden surgir de su texto, en vez de esperar que ellos se produzcan para resolverlos”³¹.

Como podemos observar, dos posturas distintas, donde en definitiva se ha adoptado, aunque lentamente, la última, en el sentido que se ha estimado necesario regular con mayor precisión en nuestra Constitución Política diversos aspectos relativos a las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional público. Lo anterior lo podemos apreciar especialmente con las reformas constitucionales del año 2005.

En definitiva, más allá de las discusiones que se puedan desarrollar, especialmente en el ámbito de la doctrina, en cuanto a la necesidad de contar con una mayor regulación constitucional con respecto a las materias que hemos mencionado en este artículo, en nuestra cultura jurídica actual se está tomando conciencia del peso que realmente tiene y debe tener el derecho internacional en el actuar de los órganos del Estado, como el es el caso de nuestro Tribunal Constitucional.

En relación con nuestras normas constitucionales, un antecedente del desarrollo de dicha conciencia sobre la importancia del derecho internacional en el derecho nacional lo podemos apreciar en las palabras de Ortúzar, quien hace treinta años señalaba que “considera indudable que la ley interna no puede modificar un tratado, porque sería lo mismo que enmendar un contrato por la voluntad de una sola parte...de no ser así, el honor de la nación quedaría por el suelo”³².

En otras palabras, y teniendo en cuenta lo señalado por la jurisprudencia internacional recogida por los tribunales superiores de justicia de nuestro país, un acto unilateral de un Estado no debe dejar sin efecto un acto bilateral o una norma jurídica internacional. Es decir, los órganos del Estado, como el Tribunal Constitucional, no podrían dejar sin efecto un tratado internacional, lo cual hoy está en consonancia con lo que establece actualmente nuestra Constitución Política en su artículo 54 (1) inciso 5.

Lo anterior es sin perjuicio, como señaláramos, de que el Estado esté dispuesto a asumir las eventuales consecuencias del incumplimiento de alguna norma jurídica internacional, en este caso, de una norma consagrada en un tratado internacional.

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República.
- BENADAVA, Santiago, "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", en: LEÓN STEFFENS, Avelino (coord.), *Nuevos enfoques del derecho internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- CAMPUSANO, Raúl F., "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005", en: *Revista de Actualidad Jurídica*. N° 13, pp. 26-28, enero de 2006, Santiago, Universidad del Desarrollo.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales", en: *Estudios Constitucionales*, año 5 N° 1, 2007 [citado el 24 de mayo de 2009], http://www.cecocoh.cl/hm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_html/improcedencia_5_1-2007.pdf
- LLANOS MANCILLA, Hugo, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público, Introducción y Fuentes*, Tomo I –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005.
- , "Los tratados y la reforma constitucional", en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Editorial Librotecnia, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, Editorial Librotecnia, 2005.
- , "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, N° 2 (1997).
- PEÑA TORRES, Marisol, "Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional", en: *Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1 (2003).
- , "Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005" [citado el 17 de abril de 2009], <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Marisol%20Pena%20Torres.pdf>
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, "Constitución Política de la República y Tratados Internacionales", en: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 2, N° 2 (1997).
- REPÚBLICA DE CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, División Jurídico-Legislativa, *Boletín de Información Legislativa*, N° 1 (2009) [citado el 8 de abril de 2009], http://www.minsegpres.gob.cl/portal/documentos/legislacion_al_dia/boletin_legislativo/boletin/documentoLista/0/documento/BoletinN1_2009.pdf

- SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Jurisprudencia 1980-2005*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VII, Congreso Nacional. La función legislativa –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- VEGA, Francisco y ZÚÑIGA, Francisco, “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 4 N° 2 (2006), [citado el 28 de abril de 2009], http://www.cecocch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/6.pdf