

LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980. JURISPRUDENCIA EN LA DÉCADA DE 1981-1989

Guillermo Bruna Contreras (*)

RESUMEN

El presente artículo realiza un análisis de la doctrina y la jurisprudencia chilena respecto de la ubicación de los tratados internacionales en general dentro de las fuentes del derecho constitucional chileno, bajo el imperio de la Constitución de 1980, entre 1981 y 1989.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales.

ABSTRACT

Scholarship and the doctrine emanating from judicial decisions are considered here, with respect to the status of international treaties as sources of Chilean Constitutional Law under the provisions of the Constitution of 1980, between the years of 1981 and 1989.

Chile. Constitutional Law. Fundamental Rights.

(*) Abogado, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.
Artículo recepcionado el 10 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 24 de abril de 2003.
Correo electrónico: g.bruna@terra.cl

I. MARCO CONSTITUCIONAL

La materia de los tratados internacionales la encontramos en la **Constitución de 1980**, básicamente, en dos disposiciones: 1.- en el **artículo 50 N° 1**, como la primera de dos atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, cuando dice: «*Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación*» y 2.- en el **artículo 32 N° 17**, como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, cuando señala que le corresponde: «*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*».

Hay algunas otras normas que se vinculan más directa o indirectamente con esta materia, como, por ejemplo el **artículo 82 N° 2**, que señala como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional «*Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación ... de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*»; el mismo **32 N° 17** cuando atribuye al Presidente de la República «*Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones*»; y su **N° 10**, que le encarga: «*Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales*».

«*La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley*», agrega el **Nº1 del artículo 50**, por lo que esta materia se vincula, también, con lo dispuesto en los artículos **62 a 72** que reglamentan la formación de la ley.

En forma expresa el **artículo 52**, sobre el funcionamiento del Congreso, distinguiendo entre las legislaturas ordinaria y extraordinaria, señala que en la extraordinaria convocada por el Presidente de la República «*sólo podrá ocuparse de los asuntos legislativos o de los tratados internacionales que aquél incluyere en la convocatoria...*».

Como el citado N°1 del artículo 50 establece que «*Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.*», se vincula también con la potestad reglamentaria del Presidente, que se contiene en el **Nº 8 del artículo 32**, que faculta al Presidente para

«Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.»

Y si requiere de una ley para cumplir un tratado, como lo anticipa el citado N°1 del artículo 50, entonces esta materia se vincula con el **artículo 60** que contiene las materias de ley, con los **62 a 72** ya mencionados, sobre la formación de la ley, con el **61** que permite al Congreso Nacional autorizar al Presidente para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año y con el **32 N° 3**, que concuerda con esta delegación legislativa en cuanto atribuciones del Presidente.

II. DIFERENCIAS CON LA CONSTITUCIÓN DE 1925

En lo esencial, el tratamiento de los tratados internacionales no ha experimentado variación en la Constitución de 1980, respecto del contenido de la precedente de 1925.

Continúa el Presidente de la República a cargo de las relaciones exteriores y, como consecuencia, puede negociar, concluir, firmar y ratificar tratados, los que requieren la aprobación del Congreso Nacional antes de su ratificación, mediante los mismos trámites de una ley.

Hay mejoría en la redacción de las respectivas atribuciones del Congreso y del Presidente, y se ha reemplazado la referencia a distintas formas de tratados, que contenía la Constitución anterior -de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones- por una genérica que se refiere a «*tratados internacionales*».

Se perfecciona la normativa en cuanto el Presidente puede cumplir los tratados sin nuevas aprobaciones del Congreso, salvo en materias de ley, y se incluye el tema de la legislatura extraordinaria para evitar dudas interpretativas.

III. ANÁLISIS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Comencemos por precisar el concepto de «*tratado*».

Hemos señalado que la referencia a distintas formas de tratados que hacía la Constitución de 1925, se reemplazó por la de «*tratados internacionales*». Para

Humberto Nogueira el concepto «*está tomado en sentido genérico, caben en él todo tipo de convenciones, resoluciones, entre otros*»¹.

Don Alejandro Silva acude a la **Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, de 1969**, que Chile aprobó sólo en 1981, para aplicar su **artículo 2º** que entiende por tratado «*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*». Reafirma esta definición expresando: «*Basta que importe un acuerdo escrito, suscrito entre Estados y que verse sobre un asunto regido por el derecho internacional*»².

Pero esta definición se limita a los tratados suscritos entre Estados, como bien lo aclara el mismo autor, y como también lo destacan lo profesores Verdugo y Pfeffer³, quienes precisan que el término «*tratado*» es «*omnicomprendsivo de todos los acuerdos internacionales susceptibles de ser suscritos, respecto de los cuales existe una gran cantidad de denominaciones*», dentro de las cuales señalan convenciones, protocolos, estatutos, acuerdos, modus vivendi, compromisos, concordatos, cartas, pactos de contravenda y declaraciones⁴.

La misma **Convención de Viena -artículo 6º-** reconoce a las organizaciones internacionales capacidad para celebrar tratados, la que se incluye, normalmente, en su instrumento constitutivo.

De modo que a la definición del artículo 2º deberíamos agregar «*entre Estados y u organismos internacionales...*» para hacerla más completa.

En cuanto a la obligatoriedad, la Constitución es clara en el sentido que el Presidente requiere de la aprobación del Congreso para aquellos tratados que él quiera ratificar, pero no es su obligación someterle todos los tratados que haya concluido. «*Es perfectamente concebible - opina el Profesor Silva - que la variación de las circunstan-*

¹ Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, **Derecho Constitucional**, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo II, p. 155.

² Silva Bascuñán, Alejandro, **Tratado de Derecho Constitucional**, segunda edición, año 2000, Editorial Jurídica de Chile, tomo VII, p. 296.

³ Op. cit., p. 74.

⁴ Ibídem, pp. 74 y 75.

cias propias de las contingencias internacionales o su apreciación del sentido de las reacciones de la opinión pública nacional o de los miembros del Congreso, le aconsejen⁵ enviar a las Cámaras los convenios que haya celebrado para obtener el acuerdo de éstas». A contrario sensu, «implícitamente se niega al Congreso ... la facultad de aprobar un tratado que el Presidente no le haya presentado para ese objeto»⁶.

Algunos temas en la génesis de un tratado

En el mundo globalizado que nos ha tocado en suerte vivir en los últimos años, fruto de las comunicaciones instantáneas, del conocimiento generalizado, de los medios de transporte rápidos y de las economías integradas, las relaciones entre Estados y entre habitantes de un Estado con otros Estados o con los habitantes de éstos, han pasado a ser temas no sólo de soberanía sino de relaciones personales y de ejercicio de derechos individuales.

Nuestra Constitución, sin embargo, ha quedado rezagada respecto de otras Cartas Fundamentales y no ha incorporado aún conceptos y prácticas generalmente aceptadas, lo que no significa una crítica sino una mera constatación. ¿quién sabe si los más adelantados pueden ser, algún día, arrepentidos?.

Bajo el prisma presidencial de nuestra Constitución, acentuado en la Constitución de 1980, todo el manejo de las relaciones exteriores se encuentra en manos del Presidente de la República, quien puede:

- a) conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales;
- b) llevar a cabo negociaciones;
- c) concluir, firmar y ratificar tratados, y
- d) designar a los embajadores, ministros diplomáticos y representantes ante organismos internacionales.

El Congreso Nacional sólo tiene participación en la aprobación o rechazo de los tratados que el Presidente le proponga antes de su ratificación, la que, por lo demás, no

⁵ Creo que faltó aquí la palabra «no».

⁶ Op. cit., Tomo VII, p. 289.

es obligatoria una vez aprobados; tampoco participa en la denuncia o desahucio de los tratados en vigor⁷ y no tiene injerencia en las designaciones de embajadores, como antes la tuvo el Senado, y éstos no son funcionarios acusables en el llamado juicio político, como sí lo son el Presidente de la República, sus Ministros de Estado, generales y almirantes, «*por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación*», materia que por estar muy vinculada a las relaciones exteriores, debiera implicar también a los embajadores, que son personas de la confianza exclusiva del Presidente de la República, igual que sus Ministros, intendentes y gobernadores, quienes sí son acusables.

En consecuencia, en materia de tratados la participación del Presidente es incontestable, pues por sí mismo, con sus Ministros, embajadores y representantes, todos de su exclusiva confianza, tiene el monopolio de las negociaciones; los concluye, firma y ratifica siempre que quiera; los denuncia también cuando quiera, aunque sí de acuerdo a los términos de los tratados y sólo requiere del Congreso para su aprobación, el que sólo puede decir sí o no, sin proponer cambio alguno en sus términos. Además, puede dictar normas para cumplirlos, con la excepción única de materias de ley, pero respecto de las cuales puede recibir facultades delegadas del Congreso para dictar decretos con fuerza de ley.

Veamos sólo algunos puntos, temas o materias que hayan planteado problemas, pues no es ésta ocasión para hacer una exposición pedagógica exhaustiva.

A. Alcance de la aprobación

«*Al Congreso sólo le cabe aprobar o desechar los tratados sometidos a su consideración antes de su ratificación. No podrá introducirles enmiendas, atendido que la conducción de las relaciones internacionales es facultad exclusiva del Presidente de la República*», nos dicen los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer⁸.

«*El Congreso actúa ... en ejercicio de atribución exclusiva suya, y no como Poder Legislativo*», precisa don Alejandro Silva⁹, mediante un acuerdo y no por ley.

⁷ Hecho que es motivo de sorpresa para el profesor Humberto Nogueira Alcalá, ver su trabajo sobre «Los tratados internacionales», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, tomo I, mayo-agosto 1996.

⁸ Op. cit., p. 77.

⁹ Op. cit., Tomo VII, p. 290.

No existe, entonces, ni el trámite de insistencias de la Constitución de 1925, ni el de las comisiones mixtas de la de 1980, pues se requiere de la conformidad de cada Cámara, opina también el profesor Silva Bascuñán¹⁰. La urgencia es posible, pero no así el veto.

Si la materia del tratado no es propia de ley, bastará la aprobación de la simple mayoría de los presentes en cada Cámara, pero si lo es, habrá que distinguir si es ley corriente, de quórum calificado u orgánica constitucional, y exigir las mayorías constitucionales respectivas. Así lo ha considerado también la práctica. El profesor Cea Egaña cita un Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que a su vez es citado por el profesor Francisco Zúñiga Urbina en un trabajo sobre la Función Consultiva de la Comisión citada, que señala que «*tanto el Presidente de la República como, en su oportunidad, el Congreso Nacional, deben discernir si en un tratado existen o no normas que versen sobre materias que sean propias de ley, sin que haya motivo para excluir de ese análisis lo concerniente a la mayoría requerida para la aprobación de aquellas disposiciones que sean propias de ley»*¹¹.

Distinta es la opinión de Humberto Nogueira en su trabajo publicado en 1996, donde sostiene «*que los preceptos legales tienen todos la misma eficacia y categoría de normas primarias, entre los cuales sólo opera el principio de disyunción que otorga al mismo órgano legislativo el deber de actuar con quórum diferentes ante las distintas materias, reservando algunas de éstas la Constitución a su desarrollo legislativo por ley orgánica constitucional y otras por ley de quórum calificado, siendo el resto de competencia del legislador ordinario, pero ello no indica niveles de jerarquía entre leyes dentro del ordenamiento jurídico interno que el constituyente no estableció. Además es posible establecer que el artículo 50 N° 1 de la Constitución no estableció ninguna distinción; por tanto, donde la Carta Fundamental no distingue no es válido al operador jurídico establecer distingos, con lo que es claro que la incorporación del tratado al ordenamiento jurídico interno en la forma establecida por la Constitución modifica o deroga cualquier ley anterior, sea ésta ordinaria, de quórum calificado u orgánica constitucional»*¹².

¹⁰ Ibídem, p. 305.

¹¹ Cea, José Luis, **El sistema Constitucional de Chile**, ediciones Universidad Austral de Chile, 1999, pp. 184 y 185.

¹² Op. cit., p. 347.

«No todos los tratados requieren ser sometidos a la aprobación del Congreso», nos dicen los mismos autores señores Verdugo y Pfeffer. Y ejemplifican con : «1) aquellos pactados en cumplimiento de una ley; 2) los que complementen un tratado ya en vigencia, y 3) los suscritos en virtud de las facultades privativas del Presidente de la República»¹³.

Los del primer caso se explican porque el Congreso ya habría prestado su acuerdo al aprobar la ley, restándole al Presidente la responsabilidad de su ejecución. Los profesores citados aluden a una opinión de la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, que no singularizan, que había dicho: *«en este caso el Congreso no podría negar su aprobación al tratado, porque eso equivaldría a derogar con efecto retroactivo la ley que lo motiva o anular un acto válidamente ejecutado; tan sólo procede determinar si el Gobierno actuó o no dentro de los términos de la ley».*

En el caso 3) la razón sería que *«su suscripción está comprendida dentro de las facultades constitucionales y legales del Jefe de Estado y podría presentarse cuando una ley expresamente autorice al Presidente o a otro órgano del Poder Ejecutivo para celebrarlo o cuando esta facultad de implementarlos se deduzca implícitamente de una ley aprobada por el Congreso»¹⁴.*

En forma similar pero con otra nomenclatura, José Luis Cea denomina *«medidas ejecutivas»* y *«acuerdos simplificados»* a aquellos actos cuya realización el Presidente de la República puede decidir o celebrar, sin la aprobación previa del Congreso *«porque se refieren a la ejecución de tratados solemnes vigentes»*. Para este autor las *«medidas ejecutivas»* serían expresión de la potestad reglamentaria del Presidente, subordinadas a la implementación de un tratado marco preexistente. *«En cambio, los acuerdos simplificados los celebra el Presidente con otros Jefes de Estado, obligando a Chile en el ámbito internacional, aunque siempre y exclusivamente para llevar a cabo lo ya dispuesto en un tratado solemne básico o con el rango de marco en el que se encuadra esta normativa complementaria»¹⁵.*

Para don Alejandro Silva no requieren de la aprobación por el Congreso *«... las declaraciones simplemente unilaterales que formen parte del proceso de conducción de*

¹³ Op. cit., p. 77.

¹⁴ Ibídem, pp. 80 y 81.

¹⁵ Op. cit., p. 58.

las relaciones políticas con las potencias extranjeras». Tampoco «los acuerdos que se generen como simple cumplimiento de las obligaciones ya asumidas por un tratado, con mayor razón si pueden entenderse comprendidas en la potestad reglamentaria configurada según nuestro propio ordenamiento jurídico»¹⁶.

Respecto de la potestad reglamentaria autónoma, el citado autor se muestra más cauto y afirma que «Pareciera ... que no se impondría tampoco la necesidad del trámite previo de aprobación congresional respecto de toda decisión o acuerdo que se entienda incluido en la potestad reglamentaria ampliada, si se toma en cuenta que el Presidente dispone, en materia de relaciones exteriores, de una atribución especial, de modo que todo lo que quede en su órbita y no afecte ni el ámbito legislativo ni la competencia de cualquiera de los otros poderes fundamentales, no la requeriría»¹⁷. Cita a este respecto las prácticas norteamericanas con los «executive agreements», que aquí se han llamado «acuerdos simplificados», coincidiendo así con la nomenclatura del profesor Cea Egaña.

B. Promulgación y publicación

«La promulgación tiene sólo importancia para su validez interna, sirve para certificar la regularidad de su conclusión y ordena su ejecución dentro del territorio nacional», opinan los profesores Vergudo y Pfeffer¹⁸.

«Si un convenio no es publicado carece de obligatoriedad interna y no puede ser aplicado por los tribunales de justicia, sin perjuicio, obviamente, de su validez y aplicabilidad en el plano internacional», continúan diciendo¹⁹.

La Ley N° 18.158, de 18 de agosto de 1982, estableció normas especiales para la publicación de los tratados permitiendo al Presidente, en casos de que sean de gran extensión, sustituir la publicación en el *Diario Oficial* por un depósito de un ejemplar en el Ministerio de Relaciones Exteriores y de otro en la Contraloría General de la República.

¹⁶ Op. cit., tomo VII, pp. 310 y 311.

¹⁷ Ibídem, p. 290.

¹⁸ Ibídem, p. 79.

¹⁹ Ibídem, p. 79.

Como ya he señalado, los tratados no tienen plazo fijo para su promulgación y posterior publicación -a diferencia de las leyes, para las cuales la Constitución fija al Presidente de la República plazos de diez y de cinco días, desde que sean procedentes- «ya que para ello debe esperarse la aprobación del otro u otros Estados contratantes, además de las ratificaciones», agregan ellos mismos²⁰.

Es interesante recordar una rectificación de su anterior opinión -de 1989- que hace el profesor don Alejandro Silva Bascuñán en 1997, separando los trámites de promulgación y publicación de un tratado con los mismos de las leyes, que antes había considerado iguales. *La asimilación, señala, sólo se refiere a los trámites de su aprobación y la promulgación y publicación no lo son, pues son consecuencias de ella. En la formación y en la sanción, afirma, el Presidente actúa como colegislador, y en la promulgación lo hace como Jefe del Poder Ejecutivo, en cumplimiento de la ley aprobada y sancionada»²¹.*

El tema no ha preocupado sólo a los constitucionalistas, los internacionalistas también lo han estudiado y analizado, como son los casos de Jeannette Irigoin y María Teresa Infante. Ésta reconoce que el enfoque predominante se ha basado en la analogía entre el tratado y la ley, aunque ni el texto de la Constitución de 1925 ni el actualmente vigente de 1980 hagan referencia alguna a los actos de promulgación y publicación. Recuerda que el caso que ha producido mayor revuelo ha sido el del «*Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y vigente internacionalmente desde el 23 de marzo de 1976. Se publicó en Chile con fecha 29 de abril de 1989, trece años después de su promulgación el 30 de noviembre de 1976. Los tribunales chilenos negaron sistemáticamente que se encontrara incorporado en el plano interno y fuere aplicable en las instancias judiciales por no haber sido promulgado y publicado, o una vez promulgado, por falta del segundo trámite»²².*

²⁰ Ibídem, p. 81.

²¹ Op. cit., Tomo IV, 1997, p. 123 y tomo VII, año 2000, pp. 321 a 323.

²² Rol N° 20.187, Corte Suprema, Recurso de Amparo N°s 701 y 702, Jaime Castillo Velasco y Eugenio Letelier, 25 de agosto de 1976, fallo fotocopiado del expediente; Rol N° 24.128, Corte Suprema, Apelación de amparo, Caso Ortega Rodríguez, L. y otro, 22 de octubre de 1984, *ESTUDIOS* 1984, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 410-418; Rol N° 242-86, Corte de Apelaciones, Recurso de Protección, sentencia confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 21.471, Apelación de Protección, Ramona de Jesús Alfaro Rojas, 11 de noviembre de 1986, *Fallos del mes*, N° 336, pp. 796-7.

Opinión y citas en María Teresa Infante Caffi, «Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, Tomo I, 1996, p. 281.

En cuanto a la distinción entre vigencia interna e internacional la profesora Infante tiene una opinión diferente de los constitucionalistas citados, cuando expresa que «*no podría afirmarse que un tratado puede encontrarse vigente en el plano interno por decisión unilateral, si no ha entrado en vigencia internacional previa o simultáneamente, debido a que como fuente del derecho se rige por normas propias, independientes de las reglas del derecho interno. Otra cosa es que un Estado (Chile) adopte normas internas -leyes o reglamentos - cuyo contenido coincida con las disposiciones de un tratado que no ha entrado en vigencia internacional, pero su validez no deriva del tratado sino que del ordenamiento jurídico interno*»²³.

C. Jerarquía normativa de los tratados

Esta exposición se limita, de acuerdo al programa de este Seminario, al quasi decenio 1981-1989, de modo que no incluye la reforma constitucional al inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental, que introdujo como limitación del ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos humanos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que será objeto de la atención y comentarios de otros Profesores, y que altera, en forma importante, lo que se podía decir respecto del texto original de la Constitución de 1980, en este tópico.

Hecha esta declaración que me parecía necesaria y útil, analizo el valor jerárquico de los tratados en la época que me corresponde comentar.

Primero debo afirmar que todo tratado, que es expresión de la soberanía de un Estado, a su vez es una limitación de ella, pues implica un compromiso con otro u otros Estados u organismos internacionales, de los cuales no puede prescindir, ignorar, o contrariar, como tampoco puede modificar o dejar sin efecto, salvo en la forma y con el procedimiento y oportunidad previstos en el mismo tratado.

Si seguimos las explicaciones y opiniones del maestro Silva Bascuñán, diremos que el contenido de un tratado se incorpora al ordenamiento interno y «*deroga toda norma jurídica de cualquier nivel o naturaleza incompatible con lo estipulado en él*»²⁴, excepto las de rango constitucional, agrego yo para aclarar estas afirmaciones. De igual

²³ Ibídem, p. 282.

²⁴ Op. cit., Tomo IV, p. 121.

opinión a la del profesor Silva es el profesor Humberto Nogueira, quien afirma que «*la incorporación de las normas internacionales por la autorización de la Constitución produce, desde el momento mismo de su vigencia interna, la inaplicación de las normas internas que contravengan las normas del tratado incorporado válidamente al ordenamiento jurídico interno»*²⁵.

En esta misma línea, el profesor Silva continúa diciendo que «*durante el proceso de formalización de los tratados, deberán cumplirse los requisitos de la Carta encaminados a asegurar que su sustancia normativa armonice plenamente con el respeto que todos los órganos constituidos deben guardar al estatuto fundamental*», haciendo una tácita alusión e invocación al artículo 6º de nuestra Constitución.

Para despejar toda duda, el mencionado autor, aun con referencia a los tratados internacionales sobre derechos esenciales - y con mayor razón a los tratados sobre otros objetos o contenidos - afirma que «*revisten siempre sus estipulaciones ... el rango o jerarquía de ley, de modo que han de ajustarse a las reglas pertinentes para su conformidad sustancial y formal con la Carta, resortes de control preventivo de constitucionalidad, recursos que puedan incidir en la sustancia de lo pactado, etc.*»²⁶. Idea en la que insiste más adelante, repitiendo que «*... el tratado es, indiscutiblemente, una norma que merece la calificación de precepto legal y por lo tanto entonces en una controversia que al respecto se formalice ante la jurisdicción ordinaria, podrá interponerse el recurso de inaplicabilidad o ejercer la misma Corte Suprema la atribución que le concede el art. 80 de la Carta*»²⁷.

En la Comisión Ortúzar, que estudió el Anteproyecto de Nueva Constitución, el profesor Silva, uno de sus integrantes, sostuvo 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 los preceptos constitucionales*»²⁸. Para concretar estos conceptos, propuso incorporarlos al texto constitucional, sin éxito. No

²⁵ Op. cit., tomo VII, p. 348.

²⁶ Op. cit., tomo IV, . p. 123.

²⁷ Ibídem, tomo VII, p. 332.

²⁸ Ibídem, tomo IV, p. 124.

obstante, cree que sus afirmaciones tienen pleno valor, pues «*aun cuando, por su propia índole, los preceptos contenidos en los tratados que consideramos recaigan, según ya se ha anotado, en asuntos de la más diversa naturaleza, cuando ellos inciden en lo que se pudiera llamar el «estatuto de la libertad» consagrado por la Constitución, quedan siempre evidentemente situados en la categoría formal de la ley y ello advirtiendo, una vez más, la circunstancia de que les acompaña mayor fuerza jurídica al compararlos con la que reviste la ley interna común. En síntesis, 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»²⁹.*

La subordinación formal y sustantiva del tratado a la Constitución, no reviste dudas, aunque en materia de derechos humanos algunos estudiosos han pensado lo contrario. Para el profesor Silva «... *podría eventualmente carecer el tratado de regularidad formal en su gestación y, en tal hipótesis, será la justicia ordinaria la que, al resolver las acciones que pudieran proponerse, estará facultada para pronunciarse sobre una cuestión de esa naturaleza. Entretanto, si la sustancia del tratado pugnare con algún precepto de nuestra Carta, será exclusivamente la Corte Suprema la que podrá decidir sobre la inconstitucionalidad de fondo, para los efectos de declarar inaplicable la norma del tratado al pronunciamiento de la justicia en el caso propuesto ante ella (art. 80 de la Carta)»³⁰.*

Diferente es la opinión que da Humberto Nogueira en su comentado trabajo de 1996, al decir: «*El tratado internacional no puede ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80 de la Constitución); primero, por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena); segundo, porque los tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el artículo 82 Nº 2, y en Derecho Constitucional, las diferencias de términos deben ser interpretadas siempre dándoles un sentido útil; de lo contrario, no se habrían establecido; tercero, porque el control de inaplicabilidad se refiere sólo a los aspectos de contenido de los preceptos legales*

²⁹ Ibídem, p. 124.

³⁰ Ibídem, p. 125.

no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico, competencia otorgada sólo al Tribunal Constitucional (artículo 82 N° 2); cuarto, por cuanto el control represivo de constitucionalidad busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación al caso particular, lo que es imposible en relación al tratado, ya que no depende la validez de su contenido de la norma constitucional, ya que el órgano de control interno sólo puede pronunciarse sobre la validez de su incorporación al derecho interno, vale decir, la corrección jurídica de la actuación de los órganos estatales que han manifestado el consentimiento internacional del Estado»³¹.

Volviendo al punto jerárquico entre tratado y ley, don Alejandro Silva aconseja distinguir entre la validez, vigencia y efectos de las normas, desde el punto de vista orgánico, formal y jerárquico, de los problemas que suscita una decisión jurisdiccional, que depende de la aplicación de los principios de jerarquía normativa a un caso concreto. Agrega que, a pesar de que tratado y ley son del mismo tipo, en lo jerárquico y formal, en la aplicación a un caso concreto «goza de mayor fuerza jurídica (la norma) que se contiene en el tratado». Concibe que los legisladores dicten una ley que pugne contra un tratado, pero sentencia que, en tal caso, «se habrá de entender sin eficacia alguna». Si la ley es, simplemente incompatible con el tratado «no hay duda de que procederá desconocerle todo valor jurídico, ejerciendo las acciones y recursos correspondientes». Su argumento de peso es que el tratado «reviste superior valor jurídico por cuanto envuelve una restricción de la soberanía que tiene que ser respetada incluso por nuestro legislador nacional»³². Termina citando al profesor Gustavo Fiamma, para quien «... no existe en esencia... una relación de jerarquía entre la ley y el tratado, sino más bien, una distribución de competencias»³³.

Humberto Nogueira precisa muy bien este tema, que lo titula «*Los tratados y las leyes posteriores a su incorporación al derecho interno*», y afirma que no es «un problema de jerarquía de los tratados sobre las leyes y sobre la Constitución, ya que el cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior; ello se debe a que las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional, limitándose el ordenamiento jurídico interno a determinar las condiciones de su aplicabilidad». Y agrega: «... incorporado un tratado al ordenamiento jurídico interno en forma válida, ninguna

³¹ Op. cit., p. 345.

³² Ibídem, p. 332.

³³ P. 130, tomo IV.

norma interna puede decidir su inaplicabilidad ni su pérdida de validez».

Estas consideraciones le permiten afirmar, como él mismo dice, junto a gran parte de la doctrina comparada y con otros autores nacionales, que los tratados ocupan una posición superior a la ley, construyendo un escalón supralegal³⁴.

En cuanto a la autorización que el Congreso otorgue al Presidente a fin de que, durante la vigencia de un tratado, dicte disposiciones con fuerza de ley para su cabal cumplimiento, tal delegación debe ejercerse considerando los decretos siempre como preceptos legales que pueden «*ser impugnados en razón de inconstitucionalidad al ejercer la Corte Suprema su facultad de declararlos inaplicables para los casos pertinentes*»³⁵.

D. Participación del Tribunal Constitucional

Para la Constitución no es imposible que un tratado se oponga a la Constitución, por el contrario, tanto lo prevé, que considera como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional «*resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación... de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*». (82 Nº2)

«*El Tribunal se pronunciará en relación al fondo o al procedimiento de su tramitación, resolviendo, naturalmente, si se ajusta o no a la Constitución. En este caso, el Tribunal no podrá actuar mientras el Presidente no lo haya aún sometido a la aprobación del Congreso*», opinan los profesores Verdugo y Pfeffer³⁶.

En el **inciso 4º, el artículo 82** expresa que el Tribunal sólo puede pronunciarse a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley. Como el caso se refiere a los tratados, deberíamos entender antes de la promulgación de éstos, pero como ya hemos visto, la promulgación de éstos sólo tiene importancia para su obligatoriedad interna, pues en lo externo rigen desde su ratificación. Se nos presenta, pues, un vacío o laguna constitucional. ¿Hasta qué momento se puede interponer un requerimiento en contra de un tratado ante el Tribunal

³⁴ Op. cit., pp. 348 a 350.

³⁵ Op. cit., Tomo VII, pp. 302 y 303.

³⁶ Op. cit., p. 247.

Constitucional? Otra pregunta que surge es: si el Presidente ha concluido y firmado un tratado para luego pedir su aprobación al Congreso, el que sólo puede aprobarlo o rechazarlo, no modificarlo, ¿cómo es posible imaginar que él objete su constitucionalidad?

Asimismo, el **artículo 83** señala en términos generales que las disposiciones - legales, debemos suponer - que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate (obviamente el texto no previó ni aludió el caso de los tratados). Para entender qué sucede con un requerimiento en contra de un tratado, debemos recordar que éste no puede ser aprobado por el Congreso introduciendo algún cambio en su texto y lo mismo cabe decir respecto del Tribunal Constitucional, de modo que si lo declara inconstitucional en algún aspecto, no habrá acuerdo del Congreso, ni podrá con posterioridad el Presidente ratificarlo, a menos, pienso, que la objeción sea tan puctual o parcial que admita una reserva al momento de la ratificación o del canje respectivo.

El profesor Silva Bascuñán ve posible que en lo sustantivo un tratado se oponga al texto constitucional y suscribe las opiniones del profesor Adolfo Veloso en un artículo que cita y que se publicó en la *Revista de Concepción*, en 1977. Reproduzco la misma cita: «*Si el tratado está en oposición con una norma constitucional, prevalece indudablemente la Constitución Política. Pero habría que fijar las siguientes posibilidades: a) Si la norma constitucional es posterior al tratado, prevalecerá aquélla sin más, dejando sin efecto obligatorio en el plano interno a éste o a la parte de éste afectada; b) Si la regla constitucional es anterior, primará respecto del tratado sólo a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad; y c) La inconstitucionalidad de forma del tratado significará su no conclusión, su falta de existencia*»³⁷. Esta reproducción de cita la hace también María Teresa Infante en su trabajo «*Los tratados en el derecho interno chileno*»³⁸.

Humberto Nogueira hace una fina precisión respecto de la oposición posible entre un tratado y una norma constitucional posterior, al decir: «.. si incorporado el tratado al ordenamiento jurídico posteriormente se modifica la Ley Fundamental, entrando la nueva disposición constitucional en conflicto con la norma del tratado, la norma internacional no pierde validez ni aplicabilidad, teniendo una especial fuerza pasiva

³⁷ Ibídem, p. 331.

³⁸ *Revista chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, Tomo I, mayo-agosto 1996, p. 288.

frente a la modificación constitucional, dada por los principios de ius cogens denominados Pacta Sunt Servanda y Bonna Fide (cumplimiento de los tratados y buena fe, como base de la convivencia civilizada). De lo contrario, un Estado, a través de una modificación a la Constitución, podría alterar unilateralmente sus obligaciones e incluso sus fronteras con otros Estados»³⁹.

La duda acerca de por qué el Presidente puede presentar un requerimiento ante el Tribunal, no obstante que él ha conducido las negociaciones y concluido y firmado el tratado, la responde el Profesor Silva Bascuñán con un doble argumento: el primero, para equiparar al Presidente con las Cámaras; el segundo, porque sería ésta la primera oportunidad de conocer el criterio del Tribunal, ya que no es órgano asesor suyo, o porque la duda le surgió en el curso o con motivo del trámite de aprobación⁴⁰. Con mucho respeto hacia el autor, sólo esta última nos parece una razón valedera, pero no así las otras.

La otra interrogante respecto de la promulgación, nos sigue pareciendo un vacío constitucional. Don Alejandro Silva en su tan citada obra incurre, en mi parecer, en un obvio error, pues si bien reproduce la norma constitucional que dice «... antes de la promulgación...», luego da una explicación citándola como «... antes de la aprobación...», no siendo ambos conceptos sinónimos en el derecho de la Constitución.

Como ya lo hemos dicho, al aprobar un tratado el Congreso ejerce una atribución exclusiva suya mediante un acuerdo, no por ley, y el trámite concluye con el pronunciamiento favorable y por mayoría suficiente de la segunda cámara, que no es revisora sino par de la primera, y el requerimiento habrá de formularse, en consecuencia, antes de la votación.

Recordemos que el Tribunal Constitucional debe resolver dentro del plazo constitucional de diez días contado desde que recibe el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados como lo dispone el inciso quinto del **artículo 82**. El requerimiento no suspende la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada no puede ser promulgada hasta la expiración del plazo referido. Esto, evidentemente, se refiere a proyectos de ley. En el caso de los

³⁹ Op. cit., p. 343.

⁴⁰ Ibídem, p. 313.

tratados, en que, repito, se trata de un acuerdo y no hay sanción, voto ni promulgación por el Presidente, salvo para aspectos internos de ejecución, creo que la tramitación del acuerdo tampoco debe verse suspendida por un requerimiento y la cuestión de la promulgación debe tener otra solución.

El Presidente podría promulgar el tratado antes de que el Tribunal resolviera, pero ello nos llevaría a un absurdo, pues el pronunciamiento del Tribunal podría ser inútil. Por otra parte, la promulgación, que no tiene obligatoriedad ni plazo para hacerla, pues está dentro de las facultades exclusivas suyas como conductor de las relaciones exteriores, no debe hacerse antes sino después de la ratificación del tratado, trámite que también es voluntario de parte del Presidente, y no puede involucrar un texto para el exterior y otro para el interior, objetado de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

Todo lo anterior nos lleva a la necesaria conclusión de que el Presidente de la República, por prudencia y respeto hacia otros órganos del Estado, no podría promulgar un tratado, ni ratificarlo, estando pendiente un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, oportunamente requerido.

Posteriormente al período que abarca el presente estudio, 1981 a 1989, la Contraloría General de la República en 1992 y el Tribunal Constitucional en 1999, han abordado estos temas, llegando con parecidos, pero no iguales argumentos, a similares conclusiones.

Para completar el estudio sobre la intervención del Tribunal en materia de tratados, conviene decir que en opinión del profesor José Luis Cea, «*debieran ser sometidos al control preventivo de supremacía las normas de los tratados internacionales que contengan materias propias de las leyes orgánicas constitucionales*»⁴¹ afirmación que me parece completamente justificada y correcta, pues no es posible que bajo la forma de un tratado se regule una materia de ley orgánica constitucional cumpliendo las mayorías constitucionales, pero se eluda el control de constitucionalidad obligatorio.

Más lejos va aún el profesor Humberto Nogueira, para quien el control de constitucionalidad de todos los tratados debiera ser obligatorio, evitando así un posible conflicto entre ellos y la Carta Fundamental⁴².

⁴¹ Op. cit., p. 184.

⁴² Op. cit., p. 345.

E. Jurisprudencia

Entre el 11 de marzo de 1981 y fines de 1989, es decir en poco más de 8 años, el Tribunal Constitucional pronunció sesenta y cinco sentencias, menos de una al mes de promedio, exactamente 0,6 mensuales.

El detalle, año a año, es el siguiente, que he obtenido del libro de Patricio Zapata⁴³

Marzo 1981 a Marzo de 1982	10
Marzo 1982 a Marzo de 1983	5
Marzo 1983 a Marzo de 1984	5
Marzo 1984 a Marzo de 1985	7
Marzo 1985 a Marzo de 1986	7
Marzo 1986 a Marzo de 1987	9
Marzo 1987 a Marzo de 1988	8
Marzo 1988 a Marzo de 1989	<u>14</u>
	65

Justo es decir que en estos años se aplicaron las normas transitorias de la Constitución de 1980, ejerciendo el General Augusto Pinochet como Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la República, y los Comandantes en Jefe de la Armada, de la Fuerza Aérea y el General Director de Carabineros, más el Vice-Comandante en Jefe del Ejército, como Miembros de la Junta de Gobierno, a cargo del Poder Legislativo, en reemplazo del Congreso Nacional ausente, de modo que era difícil que se produjeran requerimientos por diferencias en el trámite de formación de las leyes.

El mayor porcentaje de sentencias incide en el examen obligatorio de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, que el mismo profesor Zapata estima en 85% para el período 1981-1994.

En el período analizado no hay ningún requerimiento que incida en un tratado, por objetar su constitucionalidad en su trámite de aprobación por el Congreso.

Sí hay, en el llamado caso Almeyda, un pronunciamiento acerca de la primacía de la Constitución sobre las decisiones de los tratados internacionales, concretamente en

⁴³ Zapata Larraín, Patricio, **La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, 1994, pp. 249 y 250.

el considerando 28 del fallo de 21 de diciembre de 1987, rol N° 46 que dice: «*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 significa permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 a 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario».*

Los tribunales superiores de justicia, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, tuvieron oportunidades de pronunciarse sobre el tema de aplicación preferente del tratado sobre la ley: Reproduzco lo escrito por Humberto Nogueira, quien a su vez lo obtuvo de Luz María y Marcela Fernández Saldas⁴⁴.

Así la Corte Suprema, en fallo de 28 de diciembre de 1983, acoge un recurso de queja recaído sobre sentencia de la Corte de Apelaciones, estableciendo, en su considerando tercero, lo siguiente: «*Que es un hecho no discutido en dicho proceso que el recargo del 100% de los tributos con que se gravó la patente anual del automóvil del reclamante, resultó indebidamente aplicado, toda vez que dicho gravamen respecto de determinados vehículos motorizados no podía ser exigible, por cuanto contravenía lo dispuesto en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio GATT, vigente desde marzo de 1949, tratado internacional que, una vez suscrito por Chile, no puede sufrir derogaciones, modificaciones o suspensiones por medio de disposiciones contenidas en preceptos legales de orden interno».*

A su vez, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 7 de marzo de 1988, concluye en la superior jerarquía del tratado sobre la ley interna, sosteniendo en su considerando cuarto: «*por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, 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, que en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado acuerdo GATT»* (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, 2^a parte, sección 2^a, p. 12).

⁴⁴ Humberto Nogueira, Op. cit., pp. 372 y 373 y Fernández Saldas, Luz María y Marcela. La Protección de los Derechos Humanos en Chile. La Reforma al Artículo V de la Constitución. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Valparaíso, Chile, 1993.

Finalmente, la Corte Suprema, en sentencia del 14 de noviembre de 1988, en su considerando 13, señaló: «*Que tratándose de garantías constitucionales, cuyo ejercicio está expresamente amparado con un recurso establecido en la propia Constitución, forzoso es concluir que corresponde entender que las normas de esta última prevalece en función de lo que disponga una Convención de carácter internacional que jurídicamente tiene valor la ley, y que, por lo tanto, conforme a nuestra jerarquía legal, no puede disponer más allá de la Constitución que se reconoce universalmente como a la 'Suprema Ley'*» (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXV, Nº 3, septiembre-diciembre, 1988, 2^a parte, sección 5^a, p. 259).

La exigüidad de jurisprudencia en materia de tratados no nos puede llevar a concluir, sin embargo, que éstos hayan sido pocos en la época bajo estudio.

Por el contrario, bajo distintas denominaciones de acuerdos, recomendaciones, convenios, acuerdos complementarios, estatutos, protocolos, convenciones, tratados, convenios básicos, programas ejecutivos, planes ejecutivos y leyes propiamente tales, he contabilizado alrededor de 200 instrumentos internacionales aprobados por Chile y publicados en el *Diario Oficial*. Entre ellos muchos en materia de medio ambiente, salud, economía y comercio, agricultura, derechos humanos y hasta límites, de los que sólo quiero nombrar tres, por su extraordinaria importancia:

- Convención contra la tortura o penas crueles, inhumanas o degradantes, de las N.U. de 10 de diciembre de 1984, ratificada el 30 de septiembre de 1988.
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, ratificada el 7 de diciembre de 1989.
- Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina, de 29 de noviembre de 1984, *Diario Oficial* de 14 de mayo de 1985