

VISIÓN PROSPECTIVA EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Miguel Angel Fernández González (*)

RESUMEN

El artículo se plantea en forma prospectiva considerando los fenómenos de globalización e integración, como asimismo en la necesidad de renovar el concepto de soberanía. Dentro de este contexto se analiza el derecho constitucional vigente y la evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, planteando proposiciones normativas para perfeccionar la Constitución, haciendo presente los obstáculos que representa el pasado reciente y la posible evolución interpretativa de los operadores jurisdiccionales.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales.
Derechos Humanos.

ABSTRACT

This article brings globalization and international integration, as well as the need to revise the concept of national sovereignty, as elements of the

(*) Abogado. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica, Universidad de Chile, Universidad de Los Andes y Universidad Alberto Hurtado. Es miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

Artículo recepcionado el 14 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 28 de abril de 2003.
Correo electrónico: mafernande@cb.cl

context for the analysis of current Constitutional Law and the evolution of opinions of the higher Courts. Improvements to the Constitution are suggested, acknowledging at the same time the obstacles deriving from the past, and the eventual evolution in the interpretation of the Constitution by the judiciary.

Chile. Constitutional Law. Fundamental Rights. Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de este Seminario Internacional sobre Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales se me ha invitado a participar en el Panel, dedicado a elaborar una visión prospectiva de las adecuaciones necesarias de nuestro ordenamiento constitucional en la materia.

Creo útil referirme, en primer lugar, a dos, parámetros que, por una parte, permiten diagnosticar, sin mayor dificultad, la escasa regulación constitucional en materia de tratados internacionales y, de otra, contribuyen a perfilar algunos perfeccionamientos. A partir de lo cual es posible formular, con ánimo constructivo, la visión prospectiva que se nos ha encomendado examinar esta mañana, teniendo especialmente en cuenta el trabajo que ha venido desarrollando, en materia de reformas constitucionales, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado¹.

Debo prevenir, por cierto, que desarrollaré esta ponencia apenas aludiendo a los vacíos, defectos o problemas que existen o se han ido presentando en la materia, sin indagar, pues ello ha sido examinado en otros Paneles de este Seminario y corresponde a un panorama retrospectivo, acerca del origen de ellos ni lo acertado o no de las soluciones, especialmente en sede judicial, que se han ido elaborando. Por el contrario, me concentraré en la visión prospectiva o de futuro en torno de la posición jurídica que ocupan los tratados en nuestro ordenamiento jurídico; respecto de su procedimiento de

¹ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en los proyectos de reforma constitucional, en primer trámite, originados en mociones de los Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Romero y del ex Senador señor Díez, y de los Honorables Senadores señores Silva y Viera-Gallo y de los ex Senadores señores Bitar y Hamilton, contenidos en los Boletines N° 2.526 - 07 y N° 2.534 - 07, evacuado el 18 de marzo de 2003.

incorporación a él; y, en fin, a propósito de su ejecución.

II. PARÁMETROS QUE PERFILAN UN DIAGNÓSTICO

Afirmo que no hay duda acerca de la escasa regulación acerca de los tratados internacionales en nuestra Constitución. Aquella debilidad adquiere ribetes de defecto cuando se advierte la relevancia que las relaciones exteriores y el Derecho Internacional vienen adoptando progresivamente. Dos elementos sirven para corroborar esta afirmación: Por una parte, y ya no es cuestión dudosa o ajena a cualquier debate en la materia, surgen los procesos de globalización e integración; y de otra, no puede dejar de hacerse una referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

1. Globalización e integración²

Sin abundar aquí en torno de aquellos fenómenos, me parece interesante recordar que, aunque los dos términos mencionados suelen emplearse como sinónimos, ellos se refieren a cuestiones distintas, ya que mientras la integración es la «expresión con que se define la tendencia manifestada desde la década de los 70 en adelante, donde se acrecientan la interacción e interdependencia entre los Estados, particularmente en lo económico, proliferando acuerdos regionales cada vez más amplios, mercados comunes y otras fórmulas similares»³; la globalización, se refiere a «los progresos del avance científico y los adelantos técnicos que faciliten de modo maravilloso e impresionante la comunicación de las informaciones y las ideas»⁴.

Por ello, es posible afirmar que la globalización es un proceso inevitable de producción, acceso y transferencia de información, que se acrecienta, en forma más acelerada y sistemática, conforme avanza el desarrollo tecnológico. Es un proceso -a diferencia del de integración- que no sólo ni principalmente se verifica en el ámbito económico, sino que aumenta la relación y dependencia recíproca entre los Estados, en todos los ámbitos del quehacer y, especialmente, en el orden cultural, lo cual no

² Véase Fernández González, Miguel Angel, «Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado» en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pp. 45 - 50.

³ Estudio Jurídico Quijada y Gómez, **Nafta Libre Comercio. Diccionario**, Ed. Conosur, Santiago, 1995, p. 136.

⁴ Silva Bascuñán, Alejandro, **I Tratado de Derecho Constitucional**, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 147.

depende, necesaria ni fundamentalmente, de acuerdos regionales, sino que es la consecuencia irreversible del progreso tecnológico que facilita la transferencia recíproca de información.

La integración, en cambio, supone la reunión voluntaria de entidades y, en virtud de este proceso, es que las partes que componen la unidad a la que naturalmente pertenecen, nunca abandonan lo que las diferencia, aunque privilegian aquello que las vincula. Es un proceso llevado a cabo, fundamentalmente, por los Gobiernos, al cual se incorporan las sociedades que ellos representan, especialmente en el ámbito económico.

Consecuencia ineludible de los dos procesos descritos es la renovación del concepto de Soberanía⁵, dado que la integración y la globalización constituyen fenómenos que la limitan:

«Poder supremo, lo hemos dicho ya, pero no absoluto e ilimitado, como lo creyeron los expositores del concepto de soberanía, limitado por... la realidad de otros Estados que se hacen presentes en igualdad jurídica y estrechan la convivencia internacional, que tiende a transformarse en un solo cuerpo mundial organizado; todos estos factores y fuentes de limitación de la ambiguamente llamada soberanía estatal reducen ésta tan sólo a simbolizar la importancia de la autonomía con que ésta se define dentro de su orden, al completar y auxiliar las otras esferas de poder que anidan en el cuerpo político»⁶.

En efecto, los procesos de globalización e integración, con su basamento y expresión a través de normas jurídicas de Derecho Internacional que se incorporan a los ordenamientos nacionales, importa radicales cambios en el concepto, caracterización y ejercicio de la soberanía, tanto en las relaciones interestatales cuanto al interior de los Estado - Naciones, sobre todo cuando aquellos fenómenos van más allá de meras regulaciones comerciales y se colocan en el plano de la integración política, social y

⁵ Este párrafo corresponde a la ponencia presentada por el autor, en el marco de las **Primeras Jornadas Argentino - Chilenas de Derecho Constitucional**, durante su Cuarto Panel relativo a **Los Aspectos Institucionales Frente a los Procesos de Integración: Análisis del Estado Actual de la Cuestión Desde la Perspectiva de Ambos Países**, realizadas en la ciudad de Buenos Aires los días 28 y 29 de Agosto de 1997, publicada en la *Revista de Derecho* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Vol. X, Valdivia, 1999, pp. 103 - 109.

⁶ Silva Bascuñán, Alejandro, citado en supra nota 4, p. 230 y, en otro sentido, véase el Tomo II, pp. 222 - 226.

cultural, o sea, cuando dejan de ser procesos gubernamentales llevados a cabo por los órganos estatales y se transforman en fenómenos impulsados y desarrollados por la Sociedad Civil⁷:

« Sea como fuere en el plano teórico, son cada vez más los que piensan que, en el plano práctico, la idea de soberanía resulta incompatible con las condiciones del mundo actual»⁸

En el contexto descrito, los Sistemas Jurídicos no pueden ignorar, como todavía ocurre con el nuestro, la realidad y, reconocida que sea ésta, tienen que provocar perfeccionamientos en el tratamiento que confieren a las relaciones internacionales y a los tratados que de ellas se derivan.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Penal Internacional

De frente a la envergadura del fenómeno descrito, resulta indudable que la escasa regulación de los tratados en nuestra Constitución, se convierte en defecto que debe ser corregido. Una prueba de lo anterior ha sido lo ocurrido a propósito del Estatuto de Roma. No evaluó lo acertado, o no, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sino que examinó la paradoja que emana de aquella sentencia, la cual queda reflejada en el voto de minoría:

«Que, como es sabido, el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política establece que: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado «derechos esenciales que emanan de la

⁷ Sarmiento García, Jorge (Director), **Derecho Público**, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 208.

⁸ López, Mario Justo, **Manual de Derecho Político**, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1973, p. 248.

naturaleza humana»? ¿En otras palabras, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?»⁹.

La paradoja expuesta se ve aumentada cuando se la sitúa en el contexto de la evolución universal que ha venido ocurriendo en el ámbito de la defensa de los derechos humanos:

«Se llegó a una conciencia generalizada que el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos no era una cuestión que sólo debía quedar entregada a los Estados, puesto que muchas veces los que detentaban el poder utilizaban, precisamente, ese poder con el objetivo de violar tales derechos. Desde este punto de vista, podría decirse que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es, en el nivel internacional, lo que el desarrollo del constitucionalismo significó en el nivel nacional. Ambos se desarrollan con el fin de limitar efectivamente el poder de los Estados. En el caso del primero, substrayendo de su competencia la decisión última en cuanto al modo como los gobernantes debían comportarse con respecto a los gobernados en materia de derechos humanos. Para ello, se hacía necesario universalizar estos derechos, por una parte a través de la adopción de un catálogo universal de derechos humanos, jurídicamente vinculante y, por otra, estableciendo mecanismos internacionales para controlar el cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de respetar y garantizar los derechos allí contenidos»¹⁰.

Pues bien, lo resuelto por el Tribunal Constitucional, más allá de la opinión jurídica que pueda manifestarse al respecto, sirve para ilustrar, de manera definitiva, la afirmación que ya se convierte en diagnóstico, en cuanto a la necesidad de introducir perfeccionamientos en la regulación constitucional de los tratados internacionales.

Para ese efecto y después de mencionar la regulación actual, considero útil

⁹ Considerando 9º del **voto de minoría** contenido en la sentencia pronunciada el 8 de abril de 2002 (Rol N° 346).

¹⁰ González, Felipe, «Los derechos humanos como criterio de legitimidad del orden jurídico interno» en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 10, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1989, pp. 15 ff. Fernández González, Miguel Angel, «Derechos humanos en los procesos de integración», clase dictada en el **Seminario sobre Nueva Europa y América Latina**, impartido por el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, el 29 de septiembre de 2002 (sin publicar).

distinguir aquellos perfeccionamientos que se vinculan con la posición jurídica de los tratados internacionales en nuestro Derecho Interno, los que se refieren al procedimiento de incorporación a él; y los que dicen relación con su ejecución.

III. MARCO CONSTITUCIONAL

Como todos ustedes saben, en la Constitución existen solamente tres disposiciones que se refieren a los tratados internacionales:

En primer lugar, el artículo 5° inciso 2° que, después de la reforma introducida en 1989, incorporó una frase en virtud de la cual se dispuso que «es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes»;

En segundo lugar, el artículo 32° N° 17°, al tenor del cual es atribución especial del Presidente de la República «conducir las relaciones políticas con las potencias 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° número 1) «para lo cual el Jefe de Estado puede disponer que las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos sean secretos, y

En tercer lugar, el artículo 50° N° 1), conforme al cual es atribución exclusiva del Congreso Nacional «aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación», aprobación que «se someterá a los trámites de una ley». Agrega, en su inciso 2°, 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»; y, en el inciso 3° del mismo numeral se precisa que «en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61°».

A las disposiciones constitucionales aludidas cabe agregar lo dispuesto por la Ley N° 18.158, publicada en el *Diario Oficial* el 9 de septiembre de 1982, cuyo artículo 1°

señala que «la publicación de los tratados internacionales y de los acuerdos a que se refiere el inciso segundo del N° 1) del artículo 50° de la Constitución Política de la República de Chile, que sean de gran extensión, podrá efectuarse mediante el depósito de un ejemplar en el Ministerio de Relaciones Exteriores y de otro en la Contraloría General de la República, debidamente autenticados con las firmas del Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores», salvo que se trate de tratados internacionales o acuerdos sobre fronteras o límites o que puedan afectar la integridad territorial del Estado.

Precisa el artículo 2° que, desde la fecha de publicación del decreto promulgatorio en que el Presidente de la República disponga aquella forma especial de publicación, para facilitar su consulta pública, el Ministro de Relaciones Exteriores y la Contraloría General de la República, deberán mantener en las oficinas correspondientes los textos de los tratados o acuerdos y el Secretario General de la Contraloría remitirá a cada una de sus oficinas regionales una copia del texto debidamente autorizada por él, dentro de los cinco días siguientes al depósito.

El exiguo marco normativo descrito, de frente a los fenómenos mencionados, explica, en parte, lo paradójicamente decidido por el Tribunal Constitucional. Procede ahora, en consecuencia, con ánimo prospectivo, mas no profético, examinar algunos de los ámbitos en los cuales cabe considerar perfeccionamientos en la regulación constitucional.

IV. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En este primer acápite me refiero al espinudo tema de la jerarquía normativa de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico, a la incorporación de aquellos instrumentos internacionales cuando implican modificaciones a la Constitución y al tema del control de constitucionalidad. Todos esos temas se encuentran vinculados por una definición que es previa y que estriba en dirimir cuál es el rol o importancia que, en nuestro Sistema Jurídico y, aún más ampliamente, en el Sistema Político, cabe asignar a los tratados internacionales, en cuanto expresión concreta de las relaciones exteriores y de la posición internacional de Chile. Aquella definición puede ir desde una posición minimalista y, en cierta forma, reticente de frente a los tratados internacionales; o, ubicándose en los parámetros referidos al comienzo, en una situación consistente con los tiempos y con el genuino significado de aquellos instrumentos jurídicos.

4. Jerarquía normativa de los tratados

No voy a entrar, como lo adelantaba al comienzo, a exponer el conflicto o deficiencia en esta materia ni a justificar o criticar la manera como el Poder Constituyente, el Legislador o, particularmente, los Tribunales, han ido resolviéndolo. Me atengo a lo que, a estas alturas, creo que resulta una obviedad, en cuanto a que constituye un tema pendiente de solución el de la jerarquía normativa de los tratados internacionales en Chile¹¹, el cual, ciertamente, ha sido objeto de análisis en otros Paneles de este

¹¹ Desde la perspectiva jurisprudencial, inicialmente, nuestros Tribunales sostuvieron la **homologación de los tratados a la ley** y, por ende, sujetaron aquellas convenciones internacionales a las reglas de interpretación y aplicación de los preceptos legales. Así, en el caso *Godoy y otros con Fisco*, en 1915, la Corte Suprema declaró: «Que esta estructura jurídica de los tratados internacionales y principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legislativos, hace que sean ellos **verdaderas leyes** ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de una ley, tal como lo define el artículo 1º del Código Civil» (XII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p. S. 1ª, p. 104).

Aquella doctrina llevó a la misma Corte, en 1932, a propósito del asunto *Duncan Fox con Dirección de Impuestos Internos* a sostener que **una ley interna posterior derogaba la norma de un tratado**, puesto que: «...si la sentencia que nos ocupa fuera contraria a dicho Tratado, no sería aquella la que lo desconocería sino la ley posterior que lo modificó y a la cual se amolda la resolución impugnada» (XXX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 1ª, p. 106).

Es más en 1963, con motivo del caso relativo a la *extradición de Walter Rauff*, se resolvió, cuando estaban en juego normas internas de **orden público**:

«Que las **normas** relativas a la formación, derogación y efectos de las leyes internas son **de orden público**, y constituyen una emanación irrenunciable de la soberanía de cada país. En este concepto, aquellas **no pueden estar subordinadas a las reglas restrictivas que se incorporan en los instrumentos internacionales que tienen fuerza en el ámbito del Derecho Internacional**» (LX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 4ª, p. 186).

Sin embargo, ya en 1966, en el caso *Ford Motor*, la Corte Suprema entendió que:

«...el **tratado no puede ser desconocido por la decisión unilateral del Estado contratante**... que es el Estado de Chile, que bajo su honor, y con la expresión de su voluntad manifestada legalmente por sus personeros, garantiza a los nacionales y extranjeros que los derechos de beneficio que se adquieren... serán respetados...

No es posible admitir que el Estado Chileno después de comprometer públicamente su garantía, desconozca los beneficios que otorgó... porque este convenio o convención legal que celebra... constituye un contrato que debe ser cumplido de buena fe» (LXIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 1ª, pp. 359 -360).

En el año 1972, a propósito de **los beneficios concedidos por la Convención sobre el ejercicio de las profesiones liberales**, la Corte Suprema fue todavía más categórica en el sentido expuesto, al sostener que:

«...es **inaceptable en Derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes**» (Considerando citado por Santiago Benadava: «Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos» en *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 55).

Sin embargo, en 1984, en el caso *Galletué con Fisco*, la Corte Suprema volvió a su posición más antigua al sostener que los tratados se asimilaban a las leyes. Pero, en 1988 y esto tiene particular trascendencia en el contexto de este Diplomado, por la naturaleza y contenido del tratado, en el caso *Compañía Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos*, resolvió:

«Que el **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio**, GATT, suscrito por Chile durante la Conferencia de Comercio y Empleo de las Naciones Unidas, celebrado en Ginebra, entre los meses de abril y octubre de 1947, se encuentra vigente en Chile desde marzo de 1979 y **en virtud de lo dispuesto en el artículo 27º 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, 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, como es el caso de la Ley N° 18.211, que, en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado Acuerdo del GATT...

...Por otra parte, el tratado aludido tiene el carácter de ley especial con respecto a la Ley N° 18.211, ya que se aplica sólo a determinados países y, en consecuencia, debe dársele preferencia» (LXXXV *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 2ª, p. 12).

No cabe duda, en consecuencia, que **sobre la base de lo preceptuado en el artículo 27° de la Convención de Viena, al tenor del cual un Estado Parte no puede invocar las disposiciones legales o infralegislativas de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado, las normas de Derecho Internacional tienen supremacía sobre el Derecho Interno Chileno**, como lo ha resuelto, desde 1966 y no sin sobresaltos, la Corte Suprema.

Sin embargo, es bien sabido que, **a partir de 1989**, se ha suscitado **una nueva controversia**, esta vez en torno de las relaciones de jerarquía ya no sólo entre los tratados internacionales y las leyes y demás normas infralegislativas que integran el Derecho Interno, sino que ha venido a abrirse debate en torno de la **posición jurídica de los tratados sobre derechos humanos en relación con la Constitución, a partir de la reforma constitucional** que, en ese año, se introdujo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, en virtud de la cual se dispuso que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza sea que estén garantizados en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Con posterioridad a la promulgación del Pacto, pero antes de la reforma constitucional de 1989, la Corte de Apelaciones de Santiago, en *Ortega con Ministerio del Interior*, en 1984, sostuvo que dicho Pacto no tenía jerarquía constitucional:

«Que **cualquiera que sean los efectos y alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...** que ha sido promulgado, pero no publicado, es lo cierto que **sus cláusulas y disposiciones no podrían**, dentro de un orden de prelación razonable y natural, **contrariar preceptos constitucionales ni menos primar sobre éstos**» (*Fallos del Mes* N° 311, pp. 588 ff. La Corte Suprema confirmó, pero sobre la base de que el Pacto no estaba vigente en Chile dado que no había sido publicado).

La misma posición sustentó el **Tribunal Constitucional** en el caso *Clodomiro Almeyda* en 1987:

«Que la argumentación del señor Almeyda en este orden de ideas plantea diversas cuestiones jurídicas, tales como la incorporación de aquellos instrumentos internacionales en el orden positivo interno; la naturaleza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el punto de si el artículo 8° de la Constitución efectivamente infringiría los señalados instrumentos internacionales y, en fin, **determinar la norma que debe prevalecer en el derecho interno ante una eventual contradicción entre una regla de Derecho Internacional convencional y un precepto de la Constitución Política de la República.**

Que, sin embargo, resulta inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la ilegitimidad del artículo 8° de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, 'sobre la base del derecho nacional correspondiente' (**Principios de Derecho Internacional Público**, p. 359), esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los artículos 6°, 32° N° 17°, 50° N° 1° y 82° N° 2°, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

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°. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionales en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario» (Considerandos 26° a 28° de la sentencia pronunciada el 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46).

A partir de la reforma constitucional de **1989**, sin embargo, **se ha abierto un camino cuyo derrotero resulta todavía vacilante y no definitivo** en su tránsito. En efecto, es bien sabido que la Corte de Apelaciones de Santiago ha acogido recursos de amparo en contra de órdenes de detención dispuestas, conforme al artículo 44° de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, por giro doloso de aquellos instrumentos comerciales, sobre la

base de sostener, por ejemplo en *Quinteros Marabolí*:

«Que el artículo 44°, en la parte que exige la caución de un depósito de dinero por el total de los cheques, intereses y costas, **se encuentra en pugna con lo prevenido en el artículo 5° inciso final de la Constitución** Política del Estado en relación con el artículo 7° N° 7° del tratado internacional denominado San José de Costa Rica promulgado en Chile el 5 de enero de este año, se revoca en lo apelado la resolución de 7 de febrero en curso, escrita a fs. 92, y se declara que se exime al reo de la aludida caución por estimar que ella constituye un entorpecimiento que hace de la prisión preventiva, más allá de su concesión por la autoridad judicial una verdadera prisión por deudas» (Henríquez Viñas, Miriam: *Interpretación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Tesis de Magíster, Santiago, 2001, p. 159).

Sin embargo y como ya se adelantó, dicha posición no ha sido siempre mantenida por la Corte Suprema en los casos relativos a la ley de cheques, así como en relación con la aplicación de la Ley N° 17.322 sobre pago de cotizaciones previsionales y del artículo 163° letra f) del Código Tributario respecto de la caución allí contemplada.

Resulta evidente y no puede ser silenciado que los conflictos en torno de los derechos humanos, ocurridos en el pasado cada vez más lejano, impiden una solución jurídica al tema referido.

Seminario, particularmente en lo que atañe a la reforma que se introdujo, en 1989, al artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

La controversia habida por largo tiempo en Chile, en torno de la jerarquía de los tratados, profundizada en los últimos diez o quince años, podría conducir a pensar que el tema tiene que ser resuelto, necesariamente, mediante una reforma constitucional, sea que lo resuelva en su conjunto o, al menos, respecto del significado concreto del artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

Sin embargo, siendo la reforma un método de solución, la visión prospectiva exige no sólo visualizar su dimensión jurídica, sino que verificar la posibilidad de éxito y, aún más, de consolidación. En esta perspectiva, me parece dudoso pensar que aquella reforma sea posible, máxime si con ella, como no podría ser de otra manera, tienen que señalarse la superioridad normativa de los tratados internacionales sobre nuestro ordenamiento jurídico interno, incluyendo por cierto la Constitución.

La inclusión por el Tribunal Constitucional, en los considerandos 59° a 75° de la sentencia sobre el Estatuto de Roma, de un párrafo especial, innecesario de hecho para resolver el requerimiento planteado, dedicado a la jerarquía de los tratados, me parece prueba irrefutable de cuanto consenso falta todavía por alcanzar para materializar una reforma en el rubro, cualquiera sea el sentido que ella adopte.

Por ello, la solución debe ir por vía jurisprudencial, y sin necesidad de entrar en el tema de la jerarquía de los tratados, pues lo que procede determinar es la aplicación

preferente de los tratados internacionales, atendido que se trata de acuerdos celebrados por el Estado de Chile que no pueden ser unilateralmente desconocidos, ni aun por aplicación de disposiciones constitucionales.

Cabe, en este sentido y nada más que para confirmar lo expuesto, recordar que el artículo 25° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹², plenamente vigente en Chile, dispone que «todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»; y que su artículo 27° inciso 1° señala que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

De esta manera y aún con independencia del tema relativo a la jerarquía normativa de los tratados, el asunto ya no admite discusión en Chile.

Con todo y no cabe desaprovechar la oportunidad para reiterar aquí lo que escribí en 1989, a propósito de la reforma de ese año¹³, pues, tratándose de tratados sobre derechos humanos, estos derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía no por la jerarquía normativa del tratado que los contiene -tema todavía discutido en Chile- ni sólo porque se contengan en un cuerpo jurídico que no puede ser unilateralmente alterado, sino que por tratarse de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los cuales constituyen barreras supraconstitucionales al ejercicio del poder, conforme lo dispuso el Poder Constituyente Originario.

Si la reforma de 1989 al artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental no tuvo la virtualidad de constitucionalizar los tratados internacionales, aún los que se refieren a derechos humanos, precisó, sin que pueda ser discutido, que los derechos contemplados en esos tratados, cuando han sido ratificados por y se encuentran vigentes en nuestro país, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía.

Resulta improbable, entonces, que se genere consenso constitucional en torno a definir, en la Carta Fundamental, la jerarquía normativa de los tratados internacionales. Más útil me parece apuntar a la correcta aplicación de los artículos 25° y 27° de la

¹² Contenida en el **Decreto Supremo**, del Ministerio de Relaciones exteriores, N° 381, publicado en el *Diario Oficial* el 22 de junio de 1981.

¹³ Fernández González, Miguel Angel, «La reforma al artículo 5° de la Constitución» en *XVI Revista Chilena de Derecho* N° 3, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, p. 819.

Convención de Viena.

5. Tratados que implican modificación de la Constitución

Una variante de la situación recién planteada surge cuando el tratado internacional importa una modificación de la Constitución, pues allí no basta con acudir a los artículos 25° y 27° ya aludidos, sino que tal confrontación debe ser resuelta, en el procedimiento de incorporación del tratado, por el Derecho Interno. Más todavía, cuando tenemos el pronunciamiento del tribunal Constitucional a propósito del Estatuto de Roma:

«Que, como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 5°, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del Poder Judicial. De esta manera, 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, por lo que hace evidente su inconciliabilidad;

Que, cuando el Constituyente quiso delegar el ejercicio de una de las funciones por las que se manifiesta la soberanía, lo dijo expresamente, como es en el caso de la delegación de la función legislativa en el Presidente de la República, autorizada por el artículo 61° de la Ley Fundamental...

Que, si bien el concepto de soberanía ha evolucionado y no es absoluto como se le concibió en el siglo XVIII, y prueba de ello es que la propia Constitución le ha señalado un límite -los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana- no es dable pretender que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas, ya sea a través de una delegación o cesión no autorizada por el Constituyente»¹⁴.

¹⁴ Considerandos 45°, 52° y 53° de la sentencia pronunciada el 8 de abril de 2002, Rol N° 346. Léase Salinas Burgos, Hernán, «La incorporación del Derecho Internacional en el Derecho Interno y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», publicado en *LXIII Revista de Derecho Público* Publicación del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1998 - 1999, p. 284.

En este sentido, no cabe duda de la necesidad de modificar la Constitución para admitir figuras como la Corte Penal Internacional. Ello puede hacerse, en primer lugar, mediante la incorporación de una disposición expresa en la Constitución, tal vez en el artículo 50° N° 1, que faculte al Congreso Nacional para aprobar tratados internacionales que impliquen atribuir a organismos internacionales el ejercicio de potestades públicas, como ocurre con el artículo 75° N° 24 de la Constitución de Argentina que confiere al Congreso la facultad de «aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales...»; o, en segundo lugar, agregando un precepto del tenor del artículo 54° de la Constitución de Francia, conforme al cual, si el Consejo Constitucional (en nuestro caso, el Tribunal Constitucional), debidamente requerido, declara que un tratado contiene una cláusula contraria a la Carta Fundamental, entonces, «la autorización para ratificar o aprobar el acuerdo internacional sólo podrá realizarse previa revisión de la Constitución»; o, en fin, facultando al Legislador para que autorice aquella cesión de competencia, como en el artículo 93° de la Constitución de España, según el cual «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

6. Control de constitucionalidad de los tratados

Finalmente, cuanto viene siendo expuesto torna indispensable incorporar los tratados entre las normas sujetas a control obligatorio por el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 82° N° 1° del Código Político, una vez aprobado por el Congreso y antes de su ratificación. Una reforma en esta línea comenzaría a situar el asunto en el nivel de importancia que ciertamente posee.

VI. PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN

Un segundo grupo de asuntos en que se han planteado dudas en cuanto a la idoneidad de la regulación constitucional, estriba en la necesidad de perfeccionar el procedimiento de incorporación del tratado a nuestro ordenamiento jurídico interno, dado que la Constitución se limita a declarar, en el artículo 50° N° 1) inciso 1°, que la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley, lo cual permite sostener que:

«...la referencia que la Constitución hace a la ley para indicar que el tratado se tramitará como una ley es defectuosa...

...la iniciativa la tiene siempre el Presidente de la República, no hay indicación de cuáles la Cámara de Origen, no actúan las Comisiones Mixtas, no hay normas sobre la publicación del tratado, lo cual crea una inseguridad jurídica...»¹⁵.

Ciertamente, no todos los trámites aplicables al procedimiento legislativo son aplicables respecto de la aprobación o rechazo de un tratado internacional, durante su secuela parlamentaria. Sin embargo, no parece indispensable introducir cambios o siquiera precisiones en esta materia, que ha seguido un derrotero razonable, salvo allí donde, efectivamente, se han producido dificultades o interpretaciones que desvirtúan la naturaleza de un tratado internacional.

7. Distinto quórum para aprobar disposiciones diferentes del tratado

El primer tema que, en materia de incorporación de los tratados, amerita ser revisado, a propósito del procedimiento de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, radica en la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que, cuando un tratado contiene disposiciones que, conforme al artículo 63° de la Carta Fundamental, requieren quórum diferente para ser aprobadas, hay que dividir esa aprobación respetando cada uno de los quórum allí previstos:

«Que, conforme a lo precedentemente considerado, el primer punto que corresponde resolver consiste en saber qué ocurre cuando un tratado internacional, como lo es el Convenio N° 169 en estudio, contiene normas propias de ley orgánica constitucional. El acuerdo sancionatorio por el Congreso de dicho tratado debe aprobarse con el quórum de ley simple y votarse como un todo como lo sostuvo la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interplanetarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados con motivo del proyecto de acuerdo cuestionado. O el referido acuerdo, como lo argumentan los requirentes, debe votarse como un todo, pero con el quórum exigido para las leyes de rango orgánico constitucional;

Que ninguna de estas dos posiciones se concilia con una interpretación armónica y sistemática de la preceptiva constitucional...;

¹⁵ Comentario del profesor Eduardo Vío contenido en **Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional**, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 160.

Que la circunstancia que un tratado deba aprobarse conforme a los trámites de una ley significa, sin necesidad de mayor demostración, que en dicha aprobación deberán observarse todas las normas que la Constitución establece para la tramitación de una ley, en cuanto resulten compatibles, de acuerdo a la preceptiva constitucional.

En la adecuada resolución de este asunto también es conveniente precisar que el ‘acuerdo ‘ aprobatorio de una convención internacional y el tratado mismo que se aprueba no constituyen actos jurídicos independientes y autónomos...

Que someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo con una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, en cuanto sean compatibles como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formación de la ley, sino también, necesariamente, los quórum requeridos para aprobar una ley, pues de lo contrario no podría aprobarse o rechazarse en cada una de esas etapas. En otras palabras, el quórum de aprobación de una ley, jurídicamente considerado, es consustancial a los trámites de formación de una ley, pues si se desconocen tales quórum, la ley simplemente no puede aprobarse ni desecharse, o sea, no puede tramitarse...;

...En este caso, en cambio, la situación es distinta, porque las razones que conducen a sostener que el término ‘ ley ‘ empleado en el artículo 50° N° 1), no es sinónimo de ley común sino de ley en general no sólo fluyen de su propio contexto y del antecedente histórico que deriva de la Constitución de 1925 donde no se contemplaban las leyes orgánicas constitucionales sino, además, se fundamenta en sólidos criterios interpretativos consustanciales a una verdadera interpretación constitucional...;

Que una interpretación armónica y sistemática de los artículos 50° N° 1) y 63, inciso segundo, del Código Fundamental llevan, indubitadamente, a la conclusión que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes...

Que, sin embargo, tal contradicción es más aparente que real, ya que interpretando ambas normas en forma armónica y teniendo en vista la finalidad perseguida por ambos preceptos, es perfectamente conciliable el propósito pretendido por el

artículo 50° N° 1), con la obligación que deriva del artículo 63°. De esta manera, interpretando ambas normas constitucionales de forma razonable, fuerza es concluir que las disposiciones del tratado -en el caso que éste contemple normas de distinta naturaleza- se aprobarán o rechazaran 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 Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo...»¹⁶.

La tesis sostenida por el Tribunal Constitucional ha sido apoyada por la doctrina que se ha pronunciado al respecto, recordando que es coincidente con la forma como se ha conducido el Parlamento en el sentido que:

«De esta manera, el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, como también en su sentencia de fecha 3 de octubre de 2000, en la cual se pronunció acerca de la constitucionalidad del Tratado sobre Integración y Complementación Económica entre Chile y Argentina, ha consagrado una práctica parlamentaria que ha sido uniforme a partir del año 1990, en cuanto a exigir los quórum de aprobación de las leyes en la votación de los proyectos de acuerdos aprobatorios respectivos, según si las normas del tratado inciden en materias que la Constitución ordena regular por ley común, o por normas orgánico constitucionales o de quórum calificado...

Asimismo, debe destacarse el hecho que en la misma sentencia sobre la constitucionalidad del Convenio sobre Poblaciones Indígenas, tres de los siete Ministros del Tribunal Constitucional, los señores Eugenio Valenzuela Somarriva, Luz Bulnes Aldunate y Servando Jordán López, en prevenciones han argumentado sobre la necesidad de que tratados que contengan disposiciones de rango orgánico constitucional, sean objeto de un control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional, lo que además de constituir una interpretación que a mi juicio camina en el sentido propuesto de reforzar las facultades en la materia del Tribunal Constitucional, es concordante con el principio de interpretación que estipula que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición»¹⁷.

¹⁶ Considerandos 9°, 10°, 12°, 13°, 15°, 17°, 18°, 20° a 22°, 24° y 25° de la sentencia pronunciada el 4 de agosto de 2002, Rol N° 309.

¹⁷ Salinas Burgos, Hernán, citado en supra nota 14, pp. 278 - 279.

No cabe discutir la consistencia en la interpretación que ha efectuado el Tribunal Constitucional, el cual ha obrado acertadamente en esta materia¹⁸. Sin embargo, la normativa constitucional que lleva a razonar de esa manera, no resulta coherente con la naturaleza y características de los tratados en nuestro Sistema Jurídico, especialmente de frente a la intervención del Congreso Nacional, la cual sólo tiene por finalidad aprobar o rechazar, en su integridad, el tratado que le ha sido sometido por el Presidente de la República.

Por ello, debería introducirse una disposición, probablemente en el artículo 63°, que excepcione a los tratados de las reglas de quórum allí previstas o que fije un quórum especial para su aprobación por el Congreso, pudiendo incluso distinguirse, exigiendo un quórum de tres quintas partes de parlamentarios en ejercicio cuando los colegisladores determinen que se está de frente a un tratado que modifica la Constitución y calificado en los demás casos. Pero siempre estableciendo un quórum único para todo el tratado.

8. Participación del Congreso Nacional

Por otra parte, en nexa con el proceso de incorporación de los tratados a nuestro ordenamiento jurídico, se plantea la necesidad de aumentar las atribuciones del Congreso Nacional en la materia:

« ...democratizar la acción exterior del Estado no implica la sustitución del Presidente de la República en su papel central en este campo, por la del Congreso Nacional, sino buscar un mayor equilibrio, un necesario contrapeso entre ambos poderes, como asimismo un reforzamiento al control preventivo del Tribunal Constitucional»¹⁹.

Sin embargo, y a propósito del proyecto de reforma constitucional aludido al comienzo, el Gobierno, a través de la Ministro de Relaciones Exteriores, ha expresado que:

¹⁸ Mohor Abuaud, Salvador y Varas Alfonso, Paulino, «Notas sobre la tramitación de los tratados» en *I Revista de Derecho Público* Vol. 63, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001, pp. 543 - 553; y, en la misma Revista, García Barzelatto, Ana María, «Tratados internacionales y Tribunal Constitucional», pp. 556 - 563.

¹⁹ Comentario del profesor Hernán Salinas Burgos contenido en **Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional**, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 167.

« ...nuestra principal ventaja en materia internacional, entonces, reside en la agilidad y en la capacidad de la conducción internacional del Presidente de la República, explicando que todo ello podría ser puesto en cuestión si se conviene una difusión de las atribuciones constitucionales en estas materias. Los costos de alcanzar acuerdos y los tiempos para lograr la persuasión de las diversas fuerzas, añadió, serían una desventaja importante para Chile...

Prosiguió diciendo que tampoco hay que olvidar la diferente índole de los tratados internacionales respecto de las leyes. Los primeros atingen, básicamente, al conjunto del Estado como sujeto de Derecho Internacional. Las segundas, en cambio, se vinculan con las relaciones de los ciudadanos entre sí y respecto del Estado.

Por lo mismo, sostuvo que el proceso político que conduce a un tratado debe ser distinto del proceso que conduce a una ley, acotando que este último supone negociar intereses sectoriales o corporativos que un buen manejo de las relaciones exteriores exige mantener a nivel doméstico...

Expresó que esa negociación internacional presupone, a su vez, un importante grado de concesiones que recíprocamente se hacen los Estados para alcanzar el acuerdo, lo que genera, en muchos casos, equilibrios precarios que no es conveniente alterar...

Por su parte, la intervención del Congreso Nacional en la fase de aprobación de los tratados es una participación muy distinta de la que le corresponde en relación con la tramitación de una ley, proceso en el cual cumple el rol de colegislador.

Indicó que en el caso de los tratados, la intervención del Parlamento implica habilitar o no al Presidente de la República para comprometer internacionalmente al Estado en relación con el texto adoptado en la esfera internacional. Es decir, aporta el elemento en virtud del cual se completa la formación de la voluntad del Estado para obligarse internacionalmente»²⁰.

Con todo, el proyecto propicia aumentar la participación del Congreso Nacional. Por una parte, obligando al Presidente de la República a comunicarle cuando denuncie

²⁰ Segundo Informe citado en supra nota 1.

un tratado o se retire de él; de otra, estableciendo que el Congreso debe autorizar al Jefe de Estado para retirar una reserva, cuando ésta había sido formulada antes de que el Congreso aprobara el tratado:

«Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva».

Resulta indudable que el texto propuesto es el resultado de una transacción o acuerdo político, donde se avanza en aumentar la participación del Congreso, pero sin afectar, severamente, las potestades presidenciales. Sin embargo, la regulación contenida en el proyecto parece razonable: Si el Jefe de Estado puede, sin limitaciones *ab initio*, negociar, concluir y firmar un tratado internacional, aun cuando haya sido, previo a su ratificación, aprobado por el Congreso, debe mantener la facultad exclusiva de denunciarlo o retirarse de él, conforme a las normas que el mismo tratado disponga. Por otra parte, cuando el Presidente de la República decide retirar una reserva que el Congreso tuvo en consideración para aprobar el tratado, es coherente que requiera aprobación del Órgano Parlamentario.

VII. EJECUCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Por último, cabe mencionar vacíos o dudas de interpretación surgidas en torno de la ejecución de los tratados, una vez que han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional. En esta línea de pensamiento, cabe referirse al ámbito que compete a la potestad reglamentaria y a la distinción, trazada por el Tribunal Constitucional, entre disposiciones autoejecutivas y programáticas de un tratado internacional, para determinar el momento en que corresponde efectuar el control.

9. Procedencia de la potestad reglamentaria en materia internacional²¹

El artículo 50° N° 1) inciso 2° de la Constitución precisa que las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos²² que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, salvo que se trate de materias propias de ley.

Conforme a dicho precepto, cabe distinguir, para resolver la procedencia de la potestad reglamentaria, si el acuerdo que adopta el Presidente de la República, para el cumplimiento de un tratado en vigor, se refiere o no a materias que son propias del dominio legal. Si el acuerdo versa sobre un asunto que no es propio de aquel dominio, entonces, el Jefe de Estado puede adoptarlo con carácter de acuerdo simplificado, sin necesidad de que sea aprobado por el Congreso Nacional²³; pero, en cambio, si dicho acuerdo se refiere a materias propias de ley, sin importar que tenga por finalidad la ejecución de un tratado ya aprobado por el Congreso, requerirá su aprobación, conforme a lo preceptuado en el artículo 50° N° 1) inciso 1° de la Constitución²⁴:

«...de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución²⁵ fluye la interpretación en el sentido que si un convenio internacional se limita a cumplir o ejecutar un tratado anterior, respecto del cual el Congreso ya dio su aprobación, no se requerirá nueva aprobación, pero si el acuerdo de ejecución importa una

²¹ El más completo estudio en la materia lo ha realizado Cea Egaña, José Luis, «Los principios de reserva legal y reglamentaria en la Constitución chilena» en IX *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 1998, pp. 81 - 102.

²² Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 24 - 25.

²³ *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 345, p. 2.095.

²⁴ *Id.*, sesión 356, p. 2.291.

²⁵ El autor se refiere a las Actas correspondientes a la sesión N° 364, pp. 2.451 ff.

modificación a la legislación interna o trata sobre materias que han de ser objeto de ley, se requerirá la aprobación parlamentaria»²⁶.

Para determinar, por cierto, si el contenido del acuerdo se refiere o no a materias propias de ley, debe acudir al artículo 60° de la Carta Fundamental. Y no importa, pues la Constitución no permite distinguir, si el acuerdo internacional es autónomo o tiene por finalidad la ejecución de un tratado ya aprobado por el Congreso Nacional, sino que el criterio único que cabe emplear es, como se ha expresado, si dicho acuerdo se refiere a materias comprendidas en el mencionado artículo 60°, en cuyo caso requerirá aprobación del Congreso Nacional²⁷:

«De acuerdo a lo dispuesto en el número 1) del artículo 50°, todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso Nacional, previa presentación o propuesta del mismo por parte del Presidente de la República. Adicionalmente, el Presidente de la República posee la facultad de dictar ‘medidas’ o ‘acuerdos’ - fuentes normativas diferentes de un tratado- en ejecución de un tratado previamente aprobado por el Congreso Nacional y sólo en el caso que no se refieran a materias propias de ley»²⁸.

En consecuencia, si un acuerdo adoptado por el Presidente de la República tiene por finalidad ejecutar un tratado internacional ya aprobado por el Congreso Nacional, debe igualmente ser sometido a esa aprobación por el Órgano Parlamentario cuando el acuerdo se refiera a materias propias de ley, conforme al artículo 60°. Con mayor razón se requerirá la aprobación del Congreso, si el acuerdo introduce modificaciones a la legislación vigente que no han sido siquiera referidas o mencionadas -ni tangencial o indirectamente- por el tratado que se está ejecutando. Más aún, si un tratado internacional contempla el deber de adoptar otro tratado, como parte de las obligaciones que impone el que ya ha sido incorporado, el nuevo tratado debe someterse a la aprobación del Congreso y proceden a su respecto todas las reglas contenidas en los artículos 32 N° 17° y 50° N° 1) de la Carta Fundamental, incluyendo, por cierto, los controles de constitucionalidad, como el previsto en el artículo 82° N° 2° de ella.

²⁶ Salinas Burgos, Hernán, citado en supra nota 14, p. 281.

²⁷ Actas citadas en supra nota 23, sesión 371, p. 2.584.

²⁸ Avilés Hernández, Víctor Manuel, «Fallo sobre la legalidad tributaria» en LXI *Revista de Derecho Público*, Publicación del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1998 - 1999, p. 254; y, en el mismo sentido, Navarro Beltrán, Enrique, «Requerimiento al Tribunal Constitucional sobre rebaja de aranceles», publicado en la misma revista antes citada, pp. 250 - 253.

Cierto es que se encuentran aquí las mismas dificultades de delimitación que hallamos en la relación ley - reglamento. Empero, en uno y otro ámbito, los criterios y reglas de solución son idénticos.

Distinta de la que viene siendo expuesta es la situación contenida en el inciso 3° del artículo 50° N° 1) de la Constitución, pues allí se faculta al Congreso Nacional para que delegue facultades, en el Presidente de la República, para la ejecución de un tratado. Dicha delegación implica, *per se*, que las materias sobre las cuales dispondrá el Jefe de Estado son propias de ley; sin olvidar, obviamente, que aquella delegación queda sujeta, en todo y sin excepciones, a lo dispuesto en el artículo 61° de la Carta Fundamental.

En esta materia, si se interpreta y aplica la Constitución en los términos explicados, no aparecen dudas o inconvenientes, tornándose innecesario reformar la Constitución en este aspecto, salvo que se quiera introducir un mecanismo nuevo en nuestro Sistema Jurídico consistente en incorporar el mecanismo conocido como *fast track*. Conforme a dicho procedimiento, en el caso de Estados Unidos, el Senado obliga al Congreso a aprobar un tratado negociado por el Presidente de la República, siempre que éste se ajuste a los términos contenidos en la autorización²⁹.

Sin embargo, no parece razonable ni posible incorporar aquella fórmula, sí, en cambio, se ha concordado en aumentar, aunque sea levemente, y no disminuir las atribuciones del Congreso Nacional en la materia. A mayor abundamiento, aquella figura es consistente con un esquema donde la negociación de los tratados internacionales queda entregada al Congreso y no al Presidente de la República y, entonces excepcionalmente, puede resultar útil que se autorice al Jefe de Estado para negociar por sí mismo un tratado internacional, renunciando el Congreso a participar en dicho proceso.

10. Disposiciones autoejecutivas y disposiciones programáticas

Finalmente, conviene hacerse cargo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que las disposiciones programáticas de un tratado no pueden ser objeto de control por dicho Tribunal, en tanto no se dicten las normas, de Derecho Interno, que las actualicen, dándoseles efectiva vigencia:

²⁹ Comentario del profesor Eduardo Vío citado en *supra* nota 15, p. 162.

«Que antes de entrar al análisis de las inconstitucionalidades de los artículos del Convenio N° 169, planteadas por los requirentes, 'en ausencia de dicha inconstitucionalidad total ', resulta necesario precisar dos órdenes de materias relevantes para una adecuada decisión:

a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina *self executing* y *non self executing*.

Las primeras, son las 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 autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga 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.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, 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.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en

el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe -en esta instancia jurisdiccional- pronunciarse sobre su constitucionalidad»³⁰.

Desde luego, la tesis del Tribunal sólo es admisible si se considera que los tratados internacionales no son materialmente parte de la Carta Fundamental, sino que inferiores a ella; pues, si lo fueran, dada la fuerza normativa o vinculación directa de la Constitución, no cabe la existencia de disposiciones programáticas.

Ahora bien, no me parece coherente con el tipo de control que realiza el Tribunal Constitucional, que es de carácter abstracto, sostener que no pueda examinar, desde luego, el respeto del principio de supremacía por las disposiciones programáticas de un tratado³¹. Es más, si el tratado fue sometido al Tribunal Constitucional y éste no efectuó pronunciamiento alguno en torno de aquellas disposiciones, sobre la base de la razón señalada, se corre el riesgo que, después, cuando se intente la inconstitucionalidad del precepto legal o administrativo que las trate de ejecutar, se acuda, v. gr., a la Teoría de la Ley Pantalla, para terminar, de esta manera, eludiendo el control de constitucionalidad.

Con todo, esta autolimitación que se ha impuesto el Tribunal no me parece que deba subsanarse mediante una reforma constitucional, debiendo, simplemente, corregirse la interpretación que ha dado aquella Magistratura, asumiendo plenamente sus potestades de control.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Concluyo señalando que, dado el carácter inevitable de la globalización y la obligación de proteger y promover los derechos fundamentales, no es opcional para el Estado, para la Nación y para su Ordenamiento Jurídico, hacerse partícipe de ese proceso: O se incorpora o quedará, no al margen ni retrasado, sino que fuera de aquella nueva realidad, un futuro donde el Estado, a juicio de algunos, puede llegar a transformarse en una «ficción nostálgica»³².

«Con la Paz de Westfalia en 1648 -que puso fin a la Guerra de Treinta Años- se marcó el nacimiento del concepto de Nación-Estado moderno, y con el adveni-

³⁰ Considerando 48^{oo} de la sentencia pronunciada el 4 de agosto de 2002, Rol N° 309.

³¹ Mohor Abuaud, Salvador y Varas Alfonso, Paulino citados en supra nota 18, pp. 553 - 555. En el

³² Omaha, Kenichi, *El Fin del Estado - Nación*, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1997, p. 28.

miento de la industrialización, el mundo vio nacer los mercados nacionales. Después de eso el mapa mundial empezó a verse diferente. Hoy se asume que cada centímetro cuadrado del planeta está gobernado por algún Estado.

Creo que lo que está pasando ahora es que estamos volviendo atrás, al siglo XVII, pero con más actores en el escenario político y con actores no nacionales que deben ser tomados en cuenta. Junto con eso tenemos una base de alta tecnología que nos conecta a todos. Ahora no se puede pensar en el poder político o económico sin considerar, por ejemplo, el Islam, la Iglesia Católica, los narcotraficantes, las organizaciones no gubernamentales como Greenpeace, las corporaciones multinacionales, etcétera. Todos estos actores están compitiendo por poder y debido a que están conectados por la red en forma íntegra, configuran un escenario mucho más complejo que el de tiempos pasados...

...Creo que alrededor del mundo los gobiernos todavía están basados en el concepto de Nación. Es interesante, sin embargo, constatar que están surgiendo entidades binacionales, trinacionales y grupales; las fronteras están cada vez más integradas y son más porosas»³³.

El proceso de globalización, entre muchos otros efectos, resulta devastador para el Estado y, por ende, para el Derecho, también en lo Constitucional e Internacional, atendido que el «ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguientes»³⁴ que, tradicionalmente, ha correspondido al Estado -no sólo al Gobierno-, particularmente en cuanto al monopolio de la información, queda destruido o severamente aminorado:

«Un *nuevo derecho para una 'nueva era'*. De allí la incorporación lingüística del «comunitarismo», expresión nueva, que excede el marco de la organización o la simple estructura «comunitaria» para sumarle un contenido de ideas y principios - fuerza, que transforman a la «Comunidad» en una «forma de Estado» o de «*supraEstado*» sustentada en las formas de gobierno democráticamente homogéneas de los Estados miembros... inspirada en los principios universalistas del Estado democrático de lealtad constitucional»³⁵.

³³ Toffler, Alvin, «Nadando en la Tercera Ola», publicado en *El Mercurio* el 25 de octubre de 1998, pp. 6 - 7.

³⁴ **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**, Ed. Espasa - Calpe, Madrid, 1992, p. 988.

³⁵ Dromi, Roberto; Ekmekdjian, Miguel A. y Rivera, Julio C., **Derecho Comunitario**, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 20 - 21.

En fin y reitero que con ánimo prospectivo, no siempre cabe solucionar las deficiencias y vacíos de la Carta Fundamental mediante reformas, más aún cuando ello no siempre resulta fácil, si se quiere enmendar sobre la base del consenso. Los perfeccionamientos que cabe introducir, en la materia de la regulación constitucional de los tratados, pueden efectuarse mediante interpretaciones adecuadas de la Constitución, aunque ellas, indefectiblemente, conducen a la primacía de los tratados sobre el Derecho Interno. Encuentros como éste contribuyen, a no dudarlo, en ese sentido.