

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

MIRIAM LORENA HENRÍQUEZ VIÑAS¹
Universidad de Atacama

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de las XXXII Jornadas Chilenas de Derecho Público, “La Constitución Política veinte años después”, el tema que propongo es el Control de Constitucionalidad de los Tratados de Derechos Humanos, asunto con el que a su vez pretendo abordar una cuestión más amplia, debatida, vigente y actual, cual es la Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos.

Actualmente la doctrina es casi uniforme sobre el punto de que la reforma al artículo 5° de la Constitución en el año 1989, confirió a los Tratados de Derechos Humanos rango constitucional, distinguiéndolos del resto de los tratados internacionales, los cuales tienen jerarquía superior a las leyes. Por su parte, la Jurisprudencia de los últimos años confirma esta conclusión.

Relacionado con lo recién expresado, en esta exposición me referiré a dos cuestiones principales. La primera relacionada con el caso de que la Constitución Política atribuye competencia en el control de constitucionalidad de normas o preceptos legales tanto al Tribunal Constitucional como a la Corte Suprema, siendo necesario determinar la procedencia o improcedencia de tales mecanismos de control respecto de los Tratados de Derechos Humanos. La otra cuestión, gira en torno de la postura de una parte de la doctrina nacional que sostiene que someter los Tratados de Derechos Humanos a algún tipo de control de constitucionalidad implica subordinarlos a la Constitución, con la consiguiente conclusión de que jerárquicamente se encuentran por debajo de ella. Anticipo desde ya mi intención en demostrar que no es correcto pensar que si los Tratados de Derechos Humanos se sujetan a algún control de constitucionalidad, esto

¹ Abogado, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Derecho Constitucional y Administrativo Universidad de Atacama.

implica una subordinación de una norma inferior, los tratados internacionales, a una norma superior, que sería la Constitución, por cuanto los Tratados de Derechos Humanos ostentan rango constitucional.

II. NOCIONES PREVIAS

Antes de entrar directamente al desarrollo de los temas expuestos en la Introducción, estimo conveniente considerar algunas nociones básicas al respecto, tales como la forma en que la Constitución Política contempla la recepción de los Tratados Internacionales en el derecho interno; como así también el funcionamiento de los distintos sistemas de control de constitucionalidad de las normas previstos en la Carta Fundamental.

1. *La recepción del derecho internacional en la Constitución Chilena*

El Derecho Internacional acepta que sean los Estados quienes fijen reglas destinadas a permitir su introducción en ellos, y así se han establecido diversos sistemas tendientes a aplicarlo por parte de los órganos pertinentes de los Estados².

La Constitución Política de 1980 no establece expresamente el sistema de incorporación del derecho internacional al derecho interno. Pese a esto, ha sido un aspecto en el cual la Doctrina, pero especialmente la Jurisprudencia, ha ido uniformando pareceres y pacificando divergencias. Así pues, cabe distinguir distintos sistemas: de recepción según se trate de derecho internacional general o convencional:

a) El sistema de la Incorporación Automática: Se aplica respecto de las normas del derecho internacional común general o bien del derecho internacional consuetudinario. Tanto la jurisprudencia³ como los autores confirman esta posición⁴.

b) El Sistema de la Incorporación: Se aplica respecto del derecho internacional convencional, puesto que los tratados entran en vigencia y se in-

² El Profesor Eugenio Gaete distingue cuatro sistemas de incorporación del derecho internacional en el derecho interno, esto son: sistema de transformación, sistema de reenvío, sistema de incorporación, sistema de incorporación automática. GAETE GONZÁLEZ, Eugenio, *Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos*, en *Revista Chilena de Derecho* 23 (Santiago, 1996(2 - 3,), pp. 264 - 267.

³ BENADAVA CATTAN, Santiago, *Las relaciones entre el Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chileno*, en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), p. 11.

⁴ BENADAVA CATTAN, Santiago, *ibid.*, p. 18; BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, *La Recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional Chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 11, pp. 523 - 532.

corporan al derecho nacional luego de cumplido el procedimiento establecido en la Constitución Política⁵.

Los preceptos previstos en la Constitución Política referidos a la celebración e incorporación de los tratados internacionales son los artículos 32 N° 7 y 50 N° 1 de la Constitución⁶; como también el artículo 5° inciso segundo, luego de la reforma constitucional de 1989.

A partir de tales normas y sucintamente cabe señalar que los tratados internacionales son negociados y firmados por el Presidente de la República, aprobados por el Congreso, ratificados por el Jefe de Estado, y sólo una vez promulgados y publicados en el Diario Oficial se entienden válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento jurídico nacional.

Por su parte, la Constitución prevé para los tratados internacionales un control preventivo de constitucionalidad de sus normas a cargo del Tribunal Constitucional. Tal control puede tener lugar durante el trámite de aprobación del tratado por el Congreso, a requerimiento de los órganos y personas habilitados para ello.

De consiguiente, sólo en el caso de que los tratados hayan cumplido todas las etapas señaladas en la Constitución y superado el control, en el evento de que el Tribunal haya sido requerido, podrá considerarse el tratado internacional como incorporado válidamente al Derecho Interno.

⁵ Esta modalidad sólo es útil respecto de aquellos tratados que son *self-executing*, es decir, que tienen precisión normativa suficiente para ser aplicados directamente por los tribunales o autoridades administrativas. En cambio si el tratado no es *self-executing* será necesario, además, que se dicten normas legislativas para su aplicación interna.

⁶ El artículo 32 N° 17 de la Constitución señala como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República la de 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 N° 1. Las disposiciones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere. Por su parte el artículo 50 N° 1 establece que son atribuciones exclusivas del Congreso: "Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República, antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley. 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. En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente 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."

2. *Sistemas de control de constitucionalidad*

Es por todos conocido, que la Constitución Política de 1980 consagra un sistema mixto de control de constitucionalidad, en el cual tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema ejercen un control concentrado de constitucionalidad⁷.

Es así como el Tribunal Constitucional, previsto en el Capítulo VII, desarrolla un control de constitucionalidad con las siguientes características:

i) Es un control abstracto y preventivo de los preceptos jurídicos, con la salvedad de los decretos con fuerza de ley o decretos promulgatorios de las leyes, en los que ejerce un control represivo.

ii) Ejerce un control facultativo, salvo para las leyes orgánico constitucionales y las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución que se hallan sometidas a un control obligatorio por parte del Tribunal Constitucional.

iii) La sentencia que declara constitucional una norma o precepto legal produce efectos generales, desde el fallo hacia el futuro, como asimismo produce cosa juzgada, no pudiendo impugnarse tal precepto por medio de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por el mismo vicio que fue materia de la sentencia, tal cual lo prevé el artículo 83 inciso final de la Norma Fundamental.

iv) La sentencia que declara la inconstitucionalidad también tiene efectos *erga omnes* y *ex nunc*, no pudiendo entrar en vigencia los proyectos de ley, los tratados internacionales y los decretos con fuerza de ley declarados contrarios a la Constitución.

Por su parte, el Capítulo VI referido al Poder Judicial, establece que la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 80 de la Constitución, tiene entre sus atribuciones la de velar por la constitucionalidad de las leyes, una vez que éstas hayan entrado en vigencia, ejerciendo un control de constitucionalidad con las siguientes notas distintivas:

i) Es un control represivo y concreto.

ii) Puede ejercerlo de oficio o a petición de parte interesada, en las materias de que conozca o que le fueren sometidas mediante la interposición del recurso de inaplicabilidad.

iii) La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal por inconstitucionalidad tiene efectos *inter pares*, no rigiendo en el caso particular el precepto legal declarado contrario a la Constitución. La norma declarada inaplicable sigue vigente y vinculante en todos los demás casos.

⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El sistema de doble control concentrado de constitucionalidad en Chile: Realidad y Prospectiva*, en Seminario de Derecho Constitucional "A veinte años de la vigencia de la Constitución de la República de Chile" (1, 2001, Copiapó, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Atacama), en prensa.

III. CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

1. *Previsión Constitucional. Antecedentes. Caracteres*

El artículo 82 N° 2 de la Constitución otorga competencia al Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los *tratados sometidos a la aprobación del Congreso*.

La norma referida tiene su antecedente constitucional en la reforma a la Constitución de 1925 aprobada mediante Ley N° 17.284 de 23 de enero de 1970, en iguales términos pasa a la Constitución de 1980, sin haber sufrido alteración alguna en la reforma contenida en la Ley N° 18.825 de 17 de agosto de 1989.

Así es como por disposición del artículo 82 N° 2 se establece un control de constitucionalidad *preventivo y facultativo* de los tratados internacionales.

Que sea preventivo significa que el Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad antes de la promulgación del tratado internacional por el Presidente de la República, esto es, durante el trámite de aprobación del Congreso⁸.

Que sea facultativo implica que la intervención del Tribunal Constitucional no es obligatoria, sino eventual. Depende de la concurrencia de dos condiciones, la primera, que se suscite una cuestión de constitucionalidad⁹; y la segunda, que se presente un requerimiento de inconstitucionalidad¹⁰ por el Senado, la Cámara de Diputados, o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Cabe adelantar que no serán frecuentes los casos en que se suscite una cuestión de constitucionalidad respecto de los Tratados de Derechos Humanos, esto por cuanto cabe presumir que el Presidente de la República no concluirá negociaciones, ni firmará tratados internacionales; ni tampoco el Congreso prestará su aprobación, si ellos contravienen la Carta Fundamental y a las normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos a que

⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), IV, p. 122.

⁹ Una cuestión de constitucionalidad es una pugna, un desacuerdo de criterios con respecto a que si una ley o un tratado está o no conforme al texto constitucional vigente.

¹⁰ El requerimiento de inconstitucionalidad es el acto jurídico por el cual los órganos facultado para ello demandan del Tribunal Constitucional un pronunciamiento expreso sobre la constitucionalidad de todo o parte de un proyecto de ley o un tratado internacional. ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Editorial Corporación Tiempo 2000, 1994), p. 165.

alude el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental. Ya que ambos órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y actuar dentro del ámbito de sus competencias, según lo disponen los artículos 6° y 7° del Código Político¹¹.

En este aspecto, necesario es reflexionar en las palabras del Profesor José Luis Cea, quien advierte: "Nos parece extraordinariamente importante entender que las Constituciones y los Tratados sobre Derechos Humanos responden a una misma lógica. Esa lógica convierte, en lo que se denomina en la asignatura nuestra, la Parte Dogmática de la Constitución, vale decir, la razón de ser o el *thelos* del Constitucionalismo, esto es, el reconocimiento y protección de la dignidad y los derechos fundamentales del hombre. En esa perspectiva si tal es el *thelos* o la razón de ser del Constitucionalismo y de los tratados internacionales, a mí me parece obvio que no se puedan interpretar estos tratados en términos de antagonismo con la Constitución, sino de complementación o conjugación de las disposiciones de unos y otros"¹².

Atendiendo este criterio, el Tribunal Constitucional una vez que entre a conocer sobre la constitucionalidad de un Tratado de Derechos Humanos, deberá cotejar su contenido con la Constitución, buscando siempre armonizar sus preceptos, en el entendido de que ambos pretenden satisfacer la protección de los derechos y con ello la dignidad de la persona.

Sin perjuicio de lo excepcional que debiera ser que se suscite una cuestión de constitucionalidad respecto de los Tratados de Derechos Humanos, supuesto el caso y requerido el Tribunal Constitucional, éste deberá confrontar las normas contenidas en él, no sólo con la dispuesta por la Constitución sino también con las normas que regulen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que se encuentren asegurados en otros Tratados de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes.

Para el caso que no haya requerimiento al Tribunal Constitucional, se incorporarán los Tratados de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico nacional como normas de obligatorio cumplimiento, debiendo ser aplicados preferentemente frente a la normativa interna. Desde tal punto de vista aparece como mejor técnica establecer un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación, de manera que no puedan entrar al Derecho Interno aquellos que tengan normas en contradicción con la Constitución, en dicha situación sólo podrían incorporarse al Derecho Interno por el quórum de reforma de la Cons-

¹¹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Constitución Política de la República y Tratados Internacionales*, en *Ius et Praxis*, Año 2 (1) (Talca, 1997), p. 69.

¹² CEA EGAÑA, José Luis, *Los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República*, en *Ius et Praxis* 2 (1) (Talca, 1997), p. 87.

titudin correspondiente u otro que el constituyente determine¹³.

La declaración sobre la constitucionalidad de normas o preceptos legales que hace el Tribunal Constitucional tiene efectos generales y ex nunc, conforme el artículo 83 de la Carta Fundamental. De manera que si el Tribunal declara la inconstitucionalidad de alguna norma del tratado, éste no podrá convertirse en norma obligatoria del ordenamiento jurídico chileno¹⁴.

El control por el Tribunal Constitucional se realizará de acuerdo a los artículos 82 y 83 de la Constitución y a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 17.997 de 1981, artículos 38 y siguientes.

2. Control de constitucionalidad y rango constitucional de los tratados de derechos humanos

Como ha quedado expuesto, el control previo de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, es un mecanismo previsto para asegurar la supremacía de la Constitución.

Considero que no es correcto entender que por encontrarse sometidos, eventualmente, los tratados, y en este caso de Derechos Humanos, a control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, haya una subordinación de ellos a la Constitución. Esto por las razones que paso a exponer:

Primeramente, la Supremacía de la Constitución significa que es ella la fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal. De modo que al colocar a la Constitución en el vértice de dicho orden, ella es la que dispone cuál es la graduación jerárquica del mismo. Porque como fuente primaria y fundante puede ocurrir que la Constitución resigne o comparta el primer plano, para reconocer en dicho nivel, al derecho internacional¹⁵. Tal es el caso del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de Chile que dispone que los tratados internacionales en el plano externo, por una parte, y por otra, la Constitución en el plano interno, ambos en el mismo plano jerárquico, son los instrumentos que aseguran, reconocen, dan protección jurídica y garantizan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que a su vez constituyen el límite de la soberanía.

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Reflexiones sobre las competencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad*, en *Ius et Praxis* 4 (1) (Talca 1998), p. 306.

¹⁴ El Profesor Alejandro Silva Bascuñán, señala que para el caso eventual de que el Tribunal Constitucional una vez realizado el examen de constitucionalidad determina una diferencia entre el pacto y el ordenamiento jurídico interno, los efectos serán el rechazo del pacto, la formulación de reservas si procedieren o la reforma de la Carta previa a la celebración. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, ob. cit., nota 8, p. 122.

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada* (Buenos Aires, Editorial Ediar, 1997), pp. 333 - 373.

Por otra parte, justamente, el constituyente al prever el control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales, como un control previo, no ha hecho más que ser previsor, respetuoso y coherente de sus obligaciones internacionales, toda vez que la única oportunidad en que el tratado puede ser impedido de entrar en el ordenamiento nacional es mediante el control preventivo de constitucionalidad. Una vez aprobado el tratado por el Congreso Nacional y ratificado por el Estado de Chile, publicado en el Diario Oficial y vigente en el plano internacional, el tratado y sus normas no pueden dejar de cumplirse hasta su pérdida de validez o vigencia, sin incurrir en responsabilidad internacional.

La afirmación anterior es plenamente concordante con lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual entró en vigor en Chile el 27 de enero de 1980, que codificó un principio universalmente aceptado al establecer en su artículo 27 que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. En consecuencia un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, ni la deficiencia o carencia de ellas, para justificar el incumplimiento de las obligaciones que impone el derecho internacional. No podrá alegar que el Poder Legislativo se negó a dictar una ley necesaria para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o que impuso al Poder Ejecutivo una ley que éste consideraba contraria al derecho internacional. Ni siquiera podrá escudarse en su Constitución política o en la independencia y separación de Poderes del Estado.

El Estado de Chile sólo puede excusarse del cumplimiento de un tratado internacional cuando éste se ha celebrado en forma inválida, cuando el Estado no ha concurrido a través de las autoridades constitucionalmente establecidas para comprometer la voluntad del Estado en cada etapa prevista en la Constitución, o no se ha seguido el procedimiento formal establecido por ella¹⁶.

¹⁶ La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados dispone en su artículo 46: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

IV. CONTROL REPRESIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

Los tratados de derechos humanos no pueden ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, previsto en el artículo 80 de la Constitución, en razón del sentido mismo de la acción o recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; por un deber de coherencia frente a las obligaciones internacionales; y finalmente porque los Tratados de Derechos Humanos no son “preceptos legales”.

1. *Sentido de la acción o recurso de inaplicabilidad*

La acción o recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una técnica que la Constitución instituye para resolver conflictos normativos de jerarquía que se susciten en el mismo sistema jurídico con la aplicación de normas a casos concretos y para tutelar derechos fundamentales. Si con motivo de una gestión la norma legal que un juez ha de aplicar para resolver está en conflicto con una norma de la Constitución, entonces por medio de la inaplicabilidad puede solicitarse la suspensión de la obligación del juez de aplicar el precepto legal al caso¹⁷.

De lo que se infiere que el control represivo de constitucionalidad se refiere sólo a los aspectos de contenido de los preceptos legales no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico interno, competencia otorgada sólo al Tribunal Constitucional, conforme al artículo 82 N° 2¹⁸.

Además, el recurso de inaplicabilidad busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación al caso particular, lo que es imposible con relación al tratado, porque 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 Estado¹⁹.

2. *Deber de coherencia frente a sus obligaciones internacionales*

Una vez que el Estado, siguiendo los procedimientos establecidos en su Constitución, ha manifestado su consentimiento de obligarse en virtud de

¹⁷ GÓMEZ, Gastón, *La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, N° 4, año 1 (Santiago, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, noviembre de 1999), p. 4.

¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico Chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 23 (Santiago, 1996) 2 y 3, Tomo I, p. 345.

¹⁹ *Ibid.*

un Tratado de Derechos Humanos, se produce un efecto de suyo importantísimo: las consecuencias que se siguen de tal compromiso quedan sujetas al Derecho Internacional y no al Derecho Interno del Estado comprometido.

Esto por razón del artículo 1 letra a) de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, que los define como “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional”. De manera que el Estado que celebra un tratado internacional sabe que este acto jurídico no queda sujeto a derecho interno sino que su existencia, validez, aplicación, terminación e interpretación están sometidos al Derecho Internacional.

Por su parte el artículo 26 de la Convención de Viena codifica el principio *pacta sunt servanda*, en los siguientes términos: “todo tratado en vigor obliga a las partes”; el mismo artículo establece el principio *bona fide*, al expresar que todo tratado en vigor debe ser cumplido de buena fe; el artículo 27 establece que el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales en los términos expresados con relación al control preventivo. En este último caso basta con que sea derecho interno para que sea inaceptable como justificativo de incumplimiento y no vale para tal efecto el argumento de que se trata, por ejemplo, de un precepto constitucional²⁰.

De todas maneras el artículo 46 establece una excepción al artículo 27 recién examinado, en la que se permite hacer valer la violación de normas de derecho interno, relacionado con la validez del consentimiento para celebrar un tratado viciado, situación que nada tiene que ver con la utilización de la violación del Derecho Interno para no cumplir un tratado válido²¹.

3. *Los tratados de derechos humanos no son preceptos legales*

El artículo 80 se refiere a “preceptos legales” contrarios a la Constitución. Los Tratados Internacionales, se distinguen claramente de los “preceptos legales”, porque por naturaleza o sustancia, forma, y efectos jurídicos son distintos de las leyes.

Sin embargo, bajo el imperio de la Constitución de 1925, tanto la Corte Suprema como la doctrina nacional consideraron que la expresión “preceptos legales” era aplicable a las leyes, los decretos con fuerza de ley y a los

²⁰ BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, *La incorporación de los Tratados en el Derecho Interno chileno. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional*, Revista Ius et Praxis, Año 2 (1): 73 - 79, Talca 1997.

²¹ *Ibíd.*

tratados internacionales²². Actualmente la doctrina evita la restricción del concepto en pos de resguardar la supremacía de la Constitución y de los derechos, considerando que es susceptible de control por vía de acción o recurso de inaplicabilidad toda producción normativa directa e indirecta del Poder Legislativo.

Los Tratados de Derechos Humanos no son preceptos legales en razón de los siguientes argumentos:

En lo que respecta al *concepto*, la ley deberá ser considerada como una expresión de voluntad que se sustenta en la soberanía del Estado, cuyo ejercicio se delega en el poder legislativo. Es esencialmente un acto jurídico autónomo y unilateral y además esencialmente modificable por la misma voluntad jurídica que lo generó²³. Por lo que respecta al concepto tratado, este se encuentra definido por el artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los requisitos que surgen de esta definición para la existencia de un tratado son: debe haber un acuerdo internacional, este acuerdo debe producirse entre Estados soberanos y debe estar regido por el Derecho Internacional. Como puede apreciarse no existe ninguna posibilidad de asimilación conceptual entre ley y tratado, ya que son actos de naturaleza distinta, voluntad unilateral uno, acuerdo bi o multilateral el otro, que además se encuentran regidos por sistemas jurídicos distintos.

Relacionado con la *génesis*, de acuerdo con el artículo 62 inciso primero de la Constitución, las leyes pueden tener origen en el Presidente de la República, en el Senado o en la Cámara de Diputados²⁴. La situación de los tratados es absolutamente distinta, dado que el número 17 del artículo 32 de la Constitución señala como atribución exclusiva del Presidente, la de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras, organismos internacionales, y la de llevar acabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país. En

²² La doctrina durante la vigencia de la Constitución de 1925 era contradictoria y restrictiva, dado que algunos autores entendían por precepto legal a aquella norma que ha sido tramitada como ley; o aquella norma que regulaba materias de ley; o aquella norma que parecía ley; o norma que tenía fuerza de ley.

²³ De acuerdo con el artículo 1º del Código Civil: ley es una declaración de voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

²⁴ Conforme los artículos de la Constitución, las leyes tienen su origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o moción de cualquiera de sus miembros. Concuera esta disposición con el artículo 32 N° 1, que otorga al Presidente la iniciativa general en materia de leyes, y con los incisos tercero y cuarto del mismo artículo 62, que le da iniciativa exclusiva en ciertas materias.

consecuencia, en lo que a tratados se refiere el ordenamiento constitucional chileno entrega su iniciativa única y exclusivamente al Presidente, situación que es diferente a la de la génesis de la ley.

En cuanto al tema de la *tramitación*, es necesario volver al número 17 del artículo 32 de la Constitución Política antes citado, que entrega al Presidente en forma exclusiva la negociación; conclusión, firma y ratificación de los tratados. La disposición agrega que los tratados deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1, dicho artículo declara como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el Presidente antes de su ratificación, agregando que la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley. Como puede apreciarse, ninguna disposición de la Constitución establece que la tramitación de un tratado debe ser idéntica a la de la ley. Por el contrario, ella preceptúa en forma clara que una de las instancias a que debe ajustarse el tratado, su *aprobación* por el Congreso, se someterá a los trámites de una ley.

La tesis que asimila el tratado a la ley concluye con respecto a la *promulgación y publicación*, que si el tratado no es publicado se producen las siguientes consecuencias: por una parte que el tratado no es obligatorio en Chile y por ende no es oponible; por la otra que los derechos que consagra el tratado son meras expectativas.

Sin la menor duda, cabe afirmar la diferencia que existe entre la promulgación y publicación del acuerdo del Congreso aprobatorio de un tratado y la promulgación y publicación del tratado mismo²⁵. Este último trámite no se efectúa en Chile en virtud de una disposición constitucional expresa, sino como consecuencia de una práctica jurídica, que tiene por finalidad incorporar el tratado al derecho chileno interno y hacer efectiva la presunción de conocimiento de sus disposiciones para todos los habitantes del país^{26, 27}.

²⁵ Esta conclusión se encuentra plenamente respaldada por el estudio sobre la Naturaleza de los Tratados, realizado por el Profesor Crisólogo Bustos. A mayor abundamiento consultar en BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo, op. cit., nota 4, pp. 192 - 194.

²⁶ Los trámites de promulgación y publicación fueron expresamente requeridos por las normas del Decreto Ley 247 de 1974.

²⁷ El artículo 5 del Decreto Ley 247 decía: "Una vez que se haya efectuado el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho Decreto Supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial". Este Decreto Ley fue derogado, en virtud de la ley 18.903, de 19 de enero de 1990.

Es importante la diferencia fundamental que existe entre la promulgación de una ley y la de un tratado internacional, por cuanto la ley tiene plazos perentorios para su promulgación y publicación, en tanto que tales plazos no existen en el caso de un tratado.

El Presidente no se encuentra obligado a promulgar y publicar un tratado, esta facultad es consecuencia de su atribución exclusiva para conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y la de celebrar tratados internacionales que estime convenientes para los intereses del país²⁸.

V. CONCLUSIÓN

La única oportunidad en que la Constitución se refiere al control de la constitucionalidad de los Tratados internacionales es en relación con las atribuciones del Tribunal Constitucional, lo que permite concluir respecto de los Tratados de Derechos Humanos que sólo existe un control de constitucionalidad a priori y que no existe posibilidad de discutir la constitucionalidad de los mismos una vez que ellos entran en vigencia.

No es dable entender que porque los tratados se encuentran sometidos a dicho control, hay una subordinación de ellos a la Constitución. Los Tratados de Derechos Humanos por disposición constitucional prevista en el artículo 5° inciso segundo, tienen rango constitucional.

Por otra parte, los Tratados de Derechos Humanos no pueden ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través del recurso o acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por las razones expuestas, pero principalmente porque ningún órgano del Estado durante la vigencia de un Tratado de Derechos Humanos, puede dejar de aplicarlo, ni siquiera la Corte Suprema a través de este mecanismo, de lo contrario incurriría en responsabilidad internacional, comprometiendo el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional. Necesario es tener siempre en consideración que en las relaciones internacionales conviene abrir campo a lo que es regla entre caballeros: la palabra de honor no se discute, se sostiene.

²⁸ El profesor Silva Bascuñán considera que ratificado y formalizada la ratificación, un tratado es plenamente aplicable en lo externo y en lo interno, no es excusa alguna, en orden al cumplimiento del tratado, la circunstancia de no haberse practicado las formalidades de promulgación y publicación. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, op. cit., nota 8.