

La Incorporación de los Tratados Internacionales al Derecho Interno en Chile

The Incorporation of International Treaties to International Law in Chile

Roberto Ruiz Piraces

Resumen

A partir de las relaciones y doctrinas que explican las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, este trabajo analiza la incorporación, recepción y el control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile luego de la reforma constitucional del año 2005, desde una perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial. Dicha reforma fortaleció la supremacía constitucional en el ordenamiento legal; se armonizaron los criterios de relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional y se vigorizó el Tribunal Constitucional en su papel de controlador de la constitucionalidad de los Tratados. Finalmente, la reforma dispuso que la jerarquía de los Tratados dependa del rango legal de las normas que incorporen al ordenamiento jurídico interno.

Palabras Clave:

Derecho Internacional Público, tratados internacionales, Constitución chilena, control de constitucionalidad, Tribunal Constitucional.

Abstract

This paper analyzes, from a normative, doctrinal and legal viewpoint, the incorporation, reception and constitutionality control of the International treaties that have been signed by Chile since the Constitutional Reform of 2005. This analysis starts from the doctrines that explain the relationship between International Law and Domestic Law. The 2005 Constitutional Reform strengthened constitutional supremacy and legal ordering; the Constitutional Tribunal became more vigorous in its role of controlling the constitutionality of international treaties. Finally, the aforementioned reform ordered treaty hierarchy to depend upon the legal range of the rules that are caused to affect domestic legal ordering.

Keywords:

Public International Law, international treaties, Chilean Constitution, judicial review, Constitutional Court.

*Fecha de envío: 09 de septiembre del 2016
Fecha de aprobación: 16 de diciembre del 2016*

Introducción

La Constitución Política de Chile fue objeto de una profunda modificación en el año 2005, abarcando entre otras materias y en virtud del nuevo artículo 54 N° 1 de la Carta Magna, el procedimiento de recepción e incorporación de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el país¹. Resistido al principio por el Ejecutivo, esta norma finalmente fue resultado de una transacción política entre el oficialismo y la oposición y acordada sobre la base de mociones de ley presentadas tanto por el oficialismo como la oposición, que finalmente dieron lugar a un solo proyecto refundido en el Senado². Una de sus finalidades fue establecer una mayor coherencia y sistematización entre la vigencia de la normativa internacional y el derecho interno. A través de esa reforma, la Carta Fundamental buscó suplir las deficiencias propias de un sistema constitucional que concebía a los Tratados como instituciones destinadas a reglamentar la relación entre Estados, sin considerar que a través de éstos, en algunos casos, se incorporaban en el orden jurídico interno principios y normas que afectaban principios y normas de distinta jerarquía en el orden jurídico interno, incluso de aplicación directa. En lo pertinente a este procedimiento, inspiraba a la Constitución de 1980 el modelo recogido de la Constitución de 1828³.

Del mismo modo, se sitúa esta reforma en un contexto político internacional de cambios veloces y profundos, caracterizado con la irrupción de la globalización y sus efectos en la interrelación entre los Estados,

sus órganos y desde luego también en la esfera del Derecho Internacional, tanto público como privado. La expansión de la globalización y sus instituciones, de la mano de la instantaneidad de las comunicaciones, han causado un incremento significativo de la internacionalización de las relaciones jurídicas, obligando a la incorporación de principios regulatorios internacionales dentro de las legislaciones nacionales, lo cual generó brotes de tensión en la relación entre el Derecho Internacional y el nacional⁴.

En primer lugar, porque tanto el Derecho Internacional como el nacional, fueron tematizados por la ciencia jurídica como unidades autónomas, cerradas e independientes entre sí, reservándose cada cual, y por lo general, ámbitos de competencia y de aplicación diferentes entre uno y otro. La “colonización” del Derecho Internacional de ámbitos reservados al derecho interno ha ocurrido en un contexto de una relación controversial entre ambos, agudizado por la falta de normas en el derecho internacional que faciliten su articulación con los ordenamientos internos de los países.

Segundo, porque el Derecho Internacional suele remitir al ordenamiento jurídico interno de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas del Derecho Internacional en el derecho interno, en un proceso de articulación de disposiciones, en ocasiones contradictorias y confusas en su aplicación práctica y concreta.

En tercer lugar, porque su ejercicio y aplicación depende de la voluntad de los Estados, es decir no es directamente vinculante para los individuos.

En cuarto lugar, porque no todas las Constituciones establecen parámetros similares en cuanto a la ejecución y el cumplimiento de los compromisos y obligaciones del derecho internacional público.

¹ Artículo 54. Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

² Ambas mociones fueron tratadas por los Boletines N°s 2526-07 y 2534-07, ingresados al Senado los días 4 y 6 de julio de 2000.

³ Teodoro RIBERA NEUMANN, Incorporación del Derecho Internacional al Ordenamiento Jurídico Chileno. Reflexiones en torno a un tema complejo, en: FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD FINIS TERRAE, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año V, N° 5, 2001, Impresora y Editora Ograma S.A. Santiago, 2001, pp 331 y ss. Véase sobre esta materia también a Luis Valencia AVARIA: Anales de la República. Imprenta Universitaria, 1951; Tomo I, p. 38.

⁴ Victoria Deborah KALJKIAN, El comercio electrónico, la contratación internacional y la determinación de la ley aplicable. aplicación del derecho internacional privado, la armonización legislativa y el análisis económico del derecho, Ratio Juris. Revista de Derecho Privado. Año I, N° 2, 2013, págs. 55 y ss.

En el caso del ordenamiento jurídico chileno, los problemas en la recepción de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Presidente de la República no constituyen un fenómeno jurídico aislado, sino que coincidieron con un cambio de época mundial, simultáneo con el advenimiento de la democracia y el florecimiento de una mayor actividad internacional del Estado⁵.

Cobró aún más vistosidad esta hipótesis al alero del espíritu restrictivo con que la Constitución de 1980 regulaba la recepción del Derecho Internacional en el orden jurídico interno. Ilustrativo de lo anterior son las discusiones al interior de la Comisión de Estudios de la Constitución Política de la República de 1980, que ampararon la tesis de restringir la incorporación a la Constitución de normas amplias y detalladas⁶.

Con la llegada de los noventa, impulsaron los gobiernos de la época una profundización de sus vínculos diplomáticos, edificados al alero del concepto de “reinserción política” de los nuevos regímenes democráticos. Hubo una seguidilla de acuerdos comerciales y económicos internacionales, tanto en el campo multilateral como bilateral, de integración energética, tributaria, previsión social y minera, de Derechos Humanos, cooperación y/o medioambientales, que dieron pie a una formidable red de Tratados internacionales que hubo que insertar dentro de un ordenamiento interno que, al igual que los de la región, no estaban adiestrados a una cultura política que alentaba el “acoplamiento” del Derecho Interno al Derecho Internacional, y que significó insertar una serie de normas y principios a diferentes cuerpos legales internos.

Ante este nuevo escenario, ni el Poder Ejecutivo ni el Legislativo chileno reaccionaron con la oportunidad debida, delegando en el hecho en el Tribunal Constitucional la compleja tarea de dirimir los mecanismos de relacionamiento entre los tratados internacionales y el orden jurídico interno, con el fin de clarificar la supremacía entre uno y otro, definir criterios de validez y aplicabilidad entre uno y otro, e incluso con la finalidad de aclarar el rol de ambos Poderes del Estado en los procesos de suscripción y ratificación de los tratados internacionales. Tuvo el Tribunal Constitucional que avanzar en tierra virgen, viéndose muchas veces al borde de tener que actuar más como órgano legislativo que como guardián de la Constitución⁷.

Un hito jurisdiccional en esta materia se produjo durante el año 2000, con un Fallo del Tribunal Constitucional de Chile, cuya opinión fue requerida por un grupo de parlamentarios a raíz de la puesta en vigencia del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En esa ocasión, rechazó la Magistratura Constitucional la hipótesis defendida por el Presidente de la República de que sea cual fuese el Tratado Internacional suscrito por Chile, para su aprobación bastaba el quorum simple del Congreso Nacional, sin importar los principios o materias que regulase⁸. Contra tal argumentación, el requerimiento en su esencia acogido por el Tribunal Constitucional, sostenía la inconstitucionalidad del Convenio por no haber sido aprobado en la Cámara de Diputados con rango de ley orgánica constitucional, y por contravenir las Bases de la Institucionalidad. El fallo del Tribunal Constitucional reconoció la

⁵ Roberto RUIZ, Chile y Argentina: de una “Sociedad Geográfica” a una “Sociedad Estratégica”, Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (Buenos Aires), N° 5, noviembre de 2016 (IJ-CCLI-415).

⁶ Para un panorama en detalle de lo campo que fue la discusión de la Comisión de Estudios de la Constitución Política de 1980, ver: Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República. SESIÓN 371ª, celebrada en martes 16 de mayo de 1978.

⁷ Carlos CARMONA SANTANDER, Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas, en: FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE, Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, Seminarios y Congresos, Lom Ediciones Ltda., Santiago, 2001, pp. 67.

⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N.º 309.

existencia de disposiciones de quorum diverso en un tratado, manteniendo la tesis de *“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”*⁹.

Dos años más tarde, se agudizó esta discrepancia jurídica cuando el mismo Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el Estatuto de Roma que creó el Tribunal Penal Internacional, en varias de sus disposiciones¹⁰. En la práctica, ordenó una reforma constitucional y reafirmó de paso la supremacía de la Constitución Política por sobre los Tratados Internacionales¹¹.

Por lo mismo, considerando la importancia que ha adquirido el derecho internacional en el mundo, tanto en su expresión pública como privada, este trabajo tiene por objeto abordar la actual forma de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico chileno como al igual su control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Teorías que explican la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno

Existen principalmente dos doctrinas —enfrentadas durante gran parte del siglo XIX y primera mitad del siglo XX—, que explican la relación entre el derecho interno

y el Derecho Internacional, siendo estas las monista y dualista, sin perjuicio de existir variantes de cada una de ellas.

Para los monistas, Derecho Interno y Derecho Internacional convergen en una sola unidad y forman parte de un mismo universo jurídico. Al no existir un derecho superior que regule la relación entre ambos, no puede colegirse el predominio de uno de ellos¹². Dentro de esta teoría, existe el monismo absoluto, que sostiene la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno, y el monismo atenuado o moderado, que sostiene la primacía del Derecho Interno por sobre el Derecho Internacional Público, al sostener que una ley interna contraria al segundo puede ser válida en el ámbito interno, aunque carecería de validez en el ámbito internacional. Es la escuela liderada por el autor austríaco Hans Kelsen (1920) y seguida por Alfred Verdross (1923) y George-Scelle (1932)¹³.

Por su parte, el dualismo aduce que ambos ordenamientos son absolutamente distintos, autónomos e independientes entre sí, por lo que no existe preponderancia de uno por sobre otro. Encabezada por el alemán Triepel (1899) y el italiano Anzilotti (1905), sostienen sus autores la diferencia en que el Derecho Internacional y el interno se basan en distintos fundamentos, distintos sujetos destinatarios de sus normas, generando en consecuencia distintos órdenes de relaciones¹⁴.

Al igual que en la doctrina monista, también en la dualista existen variantes: una postura radical y otra moderada. Para los dualistas radicales, Derecho Nacional e Internacional son órdenes jurídicos distin-

⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 309, considerando 13.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 346.

¹¹ Teodoro RIBERA NEUMANN, El Derecho Internacional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, en: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, Seminarios y Congresos, Lom Ediciones Ltda., Santiago, 2001, pp. 17 a 63.

¹² Hans KELSEN, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, en: ZaöRV, Bd 19 (1958/59), págs. 234 ss.

¹³ Alfred VERDROSS, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes aus Grundlage der Völkerrechtsverfassung (1923), pág. 126; Georg SCHELLE, Manual élémentaire de droit international public, 1943, pag. 21

¹⁴ Heinrich TRIEPEL, Völkerrechts und Landesrecht, 1899, pag. 9;

tos, de manera que no interesa el que exista oposición o contradicción por cuanto siempre mantienen su independencia. Los moderados, en cambio, morigeran la postura y sugieren que las confrontaciones de normas entre ambos sistemas jurídicos sí pueden generarse. Para solucionar el conflicto de normas, no debe distinguirse entre qué orden prima por sobre el otro, sino que basta con la ejecución de normas jurídicas específicas que solucionen el problema. Consecuencia de aquello es que las normas internacionales no son de aplicación directa en el orden interno, pues sus receptores inmediatos son los Estados por consentimiento y no los individuos¹⁵.

La reforma constitucional de 2005 no innovó radicalmente en esta materia, y mantuvo una perspectiva dualista, adoptando eso sí medidas y resguardos para armonizar ambos sistemas, sin perjuicio de establecer como ultima ratio, la preponderancia de la Constitución ante el orden jurídico internacional. Es más; la Constitución por primera vez reconoce en forma expresa la existencia de un “orden jurídico” chileno en el art. 54, N° 1, inciso sexto, pero adopta mecanismos de coordinación entre el derecho interno, los sujetos, situaciones y normas del Derecho Internacional Público¹⁶. En los debates parlamentarios, tanto el oficialismo como la oposición coincidieron en la necesidad de reevaluar el rol que cumplía el Congreso Nacional respecto a la aprobación de los Tratados internacionales¹⁷.

El Congreso Nacional debatió este

proyecto de reforma con receptividad, fiel reflejo de los problemas constitucionales subrayados por el Tribunal Constitucional y cuya génesis obedeció a mociones parlamentarias de senadores del oficialismo y oposición¹⁸.

De una Constitución escueta y restrictiva en lo que dice relación con la incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional, la reforma de 2005 dio pie a una norma que pormenoriza este asunto y varios otros aspectos relacionados con el tema.

Teorías de Incorporación de la Norma Internacional a los Ordenamientos Internos

Existen principalmente tres teorías que explican la incorporación de una norma internacional al ordenamiento interno, siendo éstas la de adopción, ejecución y transformación.

Según la tesis de la adopción, el Derecho Internacional se absorbe plenamente por el derecho interno, de manera que la misma norma debe consignar su vigor, eficacia y cese sin necesidad de acto alguno por parte del Estado. La teoría de la ejecución implica lo contrario a la adopción. Para poder aplicar una norma internacional dentro del ordenamiento interno es menester un acto estatal que permita su efectividad.

Dicho acto no altera en nada su carácter de tal, sino sólo permite otorgarle efectividad dentro del orden interno. El mejor ejemplo de esta teoría es la publicación de la norma. Por último, la tesis de la transformación implica la existencia de un acto interno que “transforme” a la norma internacional, requiriéndose de un acto interno que mute la naturaleza de la

¹⁵ Sobre las dos teorías véase WILDHABER, LUZIUS Y BREITENMO-SER, STEPHAN, “The Relationship Between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 48/2, Max-Planck Institute, 1988, pp. 163-207.

¹⁶ Artículo 54 N° 1, inciso 6°. Son atribuciones del Congreso: Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. 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.

¹⁷ Marisol PEÑA TORRES, La Reforma Constitucional de 2005 en materia de Tratados Internacionales, en: *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 38, No. 151 (2005)

¹⁸ Para una lectura del debate legislativo de la reforma constitucional, ver *Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 348ª, Extraordinaria, Sesión 36ª*, miércoles 26 de marzo de 2003, pág. 4273 y siguientes.

norma para su efectividad dentro del derecho nacional. Generalmente se trata de leyes aprobatorias realizadas por el poder legislativo.

La doctrina y jurisprudencia chilena no han tratado esta materia de forma precisa y por ello puede sostenerse que para responder a qué teoría se adscribe el orden jurídico chileno, debemos distinguir entre las normas internacionales de que se trate. Si estamos ante un principio general del derecho internacional o ante la costumbre internacional, los tribunales son proclives a su consideración. Si se trata de tratados, los mismos no tienen validez si no se ha producido un acto de incorporación, que lo transforma en norma interna, de similar jerarquía a la norma que lo subsume o transporta. Así, un tratado internacional de carácter ejecutivo, incorporado en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República tendrá valor de decreto supremo o reglamento, en su caso, mientras que si el tratado fue sometido al procedimiento de aprobación ante el Congreso Nacional, por recaer en materias de ley, su rango o jerarquía será igualmente de ley.

Conducción de las Relaciones Internacionales e Incorporación de los Tratados al Derecho Chileno

Esencialmente son dos las normas en la Constitución Política de Chile que se refieren a los Tratados Internacionales, los artículos 54 N° 1 y el 32 N° 15. El primero plasma la primera de las dos atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, al conferirle la facultad de: *“Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”*, mientras que la segunda le confiere al Jefe de Estado la atribución especial de *“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 54 N°1”*¹⁹.

Hay algunas otras normas que se vinculan más directa o indirectamente con esta materia, como, por ejemplo el artículo 93 N° 1, que señala como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de los tratados que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales²⁰. Similares facultades le confiere respecto de tratados que hayan sido aprobados por el Congreso²¹.

Según se advirtió, el artículo 54 N° 1 de la Constitución, es atribución privativa del Presidente de la República enviar o no un tratado al Congreso Nacional para su aprobación o rechazo, pero en caso que desee ratificar un tratado que recaiga sobre materias de ley, deberá antes contar con el beneplácito de ambas cámaras legislativas.

Dado que la Constitución chilena reconoce leyes con diversos quórum (común, calificado, orgánico constitucional e interpretativas de la Constitución²²) precisa que para la aprobación de un tratado se requiere *“de los quórum que corresponda”*, expresión que implica la necesidad de contar con el quórum de aprobación más alto según la materia que verse, lo que en el

¹⁹ Artículo 32, N° 15. Son atribuciones especiales 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 54 N° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere.

²⁰ Artículo 93, N° 1. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1) Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

²¹ Artículo 93, N° 3. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3) 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.

²² Artículo 66. Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales a las cuales la Constitución contiene el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes.

caso de las leyes orgánicas constitucionales puede alcanzar los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio²³. Ratificó de esta manera la reforma constitucional la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al reafirmar la primacía de la Constitución por sobre los Tratados, de suerte que ante la eventualidad de una norma internacional que modifique la Carta Magna, será necesario antes que sea aprobada por el quorum demandado para ello.

Respecto a la tramitación constitucional de los tratados, la norma constitucional expresa, por otra parte, que “*se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley*”, esto es, el tratado se tramitará “en lo que proceda” a la tramitación de un proyecto de ley, con la modificación que no procede la formulación de indicaciones por parte de los diputados y senadores y que el proyecto sólo puede aprobarse o rechazarse, como un todo, sin que pueda votarse de esta manera en forma separado su articulado.

En cuanto a la ratificación, ésta no es obligatoria para el Presidente de la República aun cuando el tratado ha sido aprobado por el Congreso, pues el art. 32 núm. 15 de la Constitución consigna que es atribución exclusiva del Presidente ratificar los tratados “que estime convenientes para los intereses del país”. La participación del Congreso Nacional es considerada por la doctrina como una “formalidad habilitante”, indispensable para poder ratificar luego un tratado, más no un mandato obligatoria a ello.

Formulación de Reservas y Declaraciones Interpretativas

La formulación de reservas y de declaraciones interpretativas era una materia no regulada en el ordenamiento chileno, pero la práctica constitucional no consideraba esta opción.

Considerando su implicancia y la necesidad de lograr una mayor coherencia entre los tratados vigentes aprobados previamente por el Congreso Nacional y las reservas y declaraciones interpretativas que luego pudiera formular o retirar el Presidente de la República, el art. 54, núm. 1, incisos segundo y tercero de la Constitución, luego de la reforma de 2005, se consagra que el Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance de los tratados, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle, esto con el fin de que el órgano legislativo se encuentre plenamente informado de la voluntad presidencial y de los efectos de la norma que se somete a su consideración.

Igualmente el Congreso podrá sugerir, más no imponer, la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional. 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 éste²⁴, debiéndose pronunciar dentro del plazo de treinta días, pues sino se tendrá por aprobado el retiro.

Los citados incisos constituyen una limitación real a las atribuciones del Presidente de la República en materia internacional a favor del Congreso Nacional, constituyéndose por lo tanto en la manifestación más efectiva, quizás la única, del equilibrio que se supone buscaba la reforma constitucional entre las casi ilimitadas atribuciones del Presidente de la República y las escasas del Congreso Nacional en materia internacional.

²³ Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 309, Considerandos 13 y 14.

Los Acuerdos Marcos y los Executive Agreements

La Constitución indica desde su origen 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 de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

La reforma constitucional de 2005 incorporó igualmente una disposición en virtud de la cual no será necesaria la aprobación del Congreso cuando se trate de tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria, zanjando así una vieja disputa doctrinaria con la Contraloría General de la República, que rechazaba los acuerdos internacionales de carácter administrativos²⁵.

Esta norma, orientada a reconocer la necesaria flexibilidad presidencial en la celebración y ejecución de los compromisos internacionales, guarda igualmente relación con el modelo legislativo chileno, que, basado en un ámbito delimitado de materias exclusivas de ley (artículo 63), buscó ampliar la potestad reglamentaria presidencial, siguiendo para ello a la Constitución francesa de 1958. Distinta es la situación de los tratados que requieran de implementación mediante normas de rango legal. En este caso, 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 cumplimiento²⁶.

²⁵ Así, Jorge REYES, Director Jurídico de la Contraloría General de la República, documento interno de fecha 11 de junio de 2006. Véase igualmente a Teodoro RIBERA NEUMANN, y M. CEVAS FUENTES, (noviembre, 2005) *La génesis del nuevo artículo 54, N° 1 de la Constitución ante el Congreso Nacional*. Trabajo presentado en las XXXV "Jornadas de Derecho Público", Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

²⁶ Así, artículo 54 núm. 1, inciso final, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64 de la Constitución.

La Derogación, Modificación y Suspensión de un Tratado

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el mismo convenio internacional o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional (art. 54, núm. 1, inciso 5), lo que reafirma la voluntad del Estado chileno de cumplir con sus obligaciones internacionales, armonizando su legislación con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Es facultad exclusiva del Presidente de la República denunciar un tratado o retirarse de él, pero deberá pedir la opinión de ambas Cámaras del Congreso en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste, no siendo la misma vinculante. Sólo una vez que la denuncia o el retiro produzcan 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. Dado el valor normativo de los tratados en el orden jurídico interno, y por necesidad de transparencia ante la ciudadanía, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

Jerarquía del Tratado en el Ordenamiento Jurídico Interno

La Constitución chilena no contempla una disposición que precise el rango de los tratados dentro del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional ha manifestado sobre el particular que *"la reforma consti-*

tucional de 2005 no añade nada que permita establecer un criterio diferente al ya sostenido por este Tribunal tanto bajo el texto original de la Constitución de 1980 como en su texto reformado el año 1989, no habiendo variado a la fecha de esta sentencia los criterios expuestos sobre la jerarquía de los tratados Internacionales y su calidad de preceptos legales”²⁷.

Con todo, actualmente pareciera que el Tribunal Constitucional ha vuelto a retomar la posición abandonada de la supralegalidad de los tratados internacionales²⁸, como se expresa en sentencias más recientes²⁹.

La doctrina nacional ha debatido sobre la jerarquía que le cabe en nuestro ordenamiento jurídico a las disposiciones contenidas en un tratado internacional, advirtiéndose distintos criterios predominantes en esta materia. Este debate se ha visto agudizado a raíz del artículo 5° de la Constitución Política, reformado en 1989, que ordena a los órganos del Estado “respetar y promover” no sólo los “derechos garantizados” en la Constitución sino que también “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”³⁰.

Algunos autores han reconocido la jerarquía supralegal de la que gozarían los tratados internacionales en nuestra legislación³¹. Otros en cambio consideran que

tendrían rango constitucional³². También existen quienes sustentan el rango legal de los Tratados, entendiendo que los tratados que recaen sobre materias de ley gozan de especial protección constitucional, pero no por ello adquieren una jerarquía supralegal³³.

Ahora bien, los tratados internacionales pueden recaer sobre materias propias de ley o sobre ámbitos pertenecientes al ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Lo lógico es considerar que el tratado gozará de la jerarquía que tenga la norma que lo incorpore al ordenamiento nacional.

Según se enunció, la redacción del art. 5, inciso 2 de la Constitución ha concentrado los debates sobre la jerarquía que deben tener los tratados dentro del ordenamiento legal interno. Una parte de la doctrina le otorga un rango supraconstitucional a los tratados que versen sobre derechos humanos, considerando la actual redacción del art. 5, inciso 2, de Constitución, que compromete al Estado a respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución como también por Tratados internacionales ratificados por Chile. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que no existe una recepción automática de los tratados internacionales, y que *“no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía”*³⁴. Esta opi-

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°1288, considerando 46.

²⁸ Puede analizarse la sentencia Rol N° 346 de 8 de abril de 2002 que acepta la supralegalidad de los tratados internacionales.

²⁹ Así, sentencias del Tribunal Constitucional, Roles 2387 y 2388, acumulados el 23 de enero de 2013.

³⁰ Artículo 5°, inciso segundo. 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.

³¹ Así podemos citar a GARCÍA BARZELATTO (2006), por ejemplo, quien se fundamenta en la expresión “en lo pertinente” del artículo 54, N° 1, inciso 1, Const., dando a entender la diferencia entre ley y tratado respecto de los trámites de aprobación (p. 82). Misma opinión tiene HENRÍQUEZ VIÑAS (2007, p. 319-320); Alejandro SILVA BASCUÑÁN, Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 124.

³² En esta doctrina Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 N° 1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales, en la Constitución reformada, Editorial Librotecnia, 2005, p. 383-404; Hugo LLANOS MANSILLA, Los Tratados y la reforma Constitucional, en La Constitución Reformada de 2005, p. 345-379., como al igual Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia, en Ius et Praxis, facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales, Año 9 núm. 1, Talca, Chile, 2003, Editorial Universidad de Talca, págs. 403 y ss.

³³ En este sentido, Teodoro RIBERA NEUMANN (2007, p. 103).

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 346, Considerando 74.

nión, por lo demás, ha sido sostenida de manera mayoritaria por la doctrina chilena.³⁵

Control de Constitucionalidad de los Tratados (Preventiva y A Posteriori)

El órgano encargado de velar por la constitucionalidad de los tratados internacionales es el Tribunal Constitucional, de acuerdo al art. 93, núm. 1 y 3 Const.³⁶. A través de esta función, lo que se pretende por un lado es dejar a salvo el principio de supremacía constitucional, y también evitar que una vez celebrado el tratado éste pueda ser impugnado por falta de constitucionalidad.

La reforma del año 2005 mantuvo el control facultativo y preventivo de los tratados internacionales que se sometían a aprobación del Congreso, pero agregó un control preventivo y obligatorio, de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional, antes de su promulgación. Este control preventivo no solo permite “dejar a salvo el principio de supremacía constitucional, sino también de evitar que una vez celebrado el tratado éste pueda ser impugnado por falta de constitucionalidad”³⁷. La Magistratura Constitucional también ha sido clara respecto de la oportunidad del control de constitucionalidad de los Tratados, señalando que sólo puede formularse mientras éstos se encuentren sometidos a la aprobación del Congreso Nacional³⁸.

Con todo, se ha entendido por algunos autores³⁹ que el Tribunal Constitucional podría ejercer dicho control posterior de constitucionalidad a través de los numerales 6 y 7 del artículo 93 de la Constitución⁴⁰ cuando un tratado internacional ratificado por Chile vigente viola una norma fundamental. Este es el llamado control “a posteriori” o “represivo”⁴¹. Una parte de la doctrina niega la posibilidad de un control a posteriori por parte del Tribunal Constitucional, argumentando que los tratados no se encuadran en el concepto de ley, mientras que el control posterior se aplica respecto de “preceptos legales” (art. 93 N° 6 Const.). Así, podemos citar a Marisol Peña (2007, p. 500), Francisco Vega y Francisco Zúñiga (2006, p. 152) y Humberto Nogueira (2007, p. 70).

Sobre el particular cabe precisar que el Tribunal Constitucional, al ejercer el control de constitucionalidad respecto de su propia ley orgánica constitucional, ratificó su atribución de ejercer el control de constitucionalidad tanto de los tratados internacionales antes de su ratificación pero igualmente en el control a posteriori, si bien entendemos que dicha atribución debe ser ejercida con esmerada prudencia, privilegiando interpretaciones conciliadoras con la vigencia internacional, para no afectar los compromisos internacionales de la República. El control a posteriori puede ejercerse a través de un recurso inaplicabilidad por inconstitucionalidad o bien mediante la declaración de inconstitucionalidad, pero únicamente para casos particulares y concretos, pero no para

³⁵ Cfr. In extenso en Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Revista Chilena de Derecho, Volumen 23, N° 2 y 3, Tomo I, mayo-agosto 1996.

³⁶ Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1) Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación; 3) 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.

³⁷ Ana María GARCÍA BARZELATO, 2006, p. 81.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1288.

³⁹ Pueden revisarse los argumentos que entrega el profesor Ribera Neumann en su trabajo *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional* (2007).

⁴⁰ Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6) Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7) Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.

⁴¹ Hasta antes de la reforma constitucional del año 2005, esta materia era de competencia de la Corte Suprema.

declarar la inconstitucionalidad *erga omnes* de normas inconstitucionales contenidas en tratados internacionales.

Conclusiones

La reforma constitucional del año 2005 en Chile constituyó un efectivo avance orientado a armonizar la relación entre el derecho nacional y el Derecho Internacional. Fortaleció el principio de la supremacía constitucional y amplió las atribuciones del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de los Tratados.

La Constitución chilena abraza un dualismo moderado como concepción integradora de las convenciones internacionales, al tiempo que no reconoce sino un orden jurídico propiamente tal. En tal contexto, obliga a todos los órganos del Estado a someter sus acciones a la Constitución Política de la República.

Los tratados internacionales gozan de la jerarquía que tenga la norma que los incorpora al ordenamiento nacional. Prolongados debates políticos y jurídicos ocurrieron sobre este particular, al sostener una parte de la doctrina la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos.

La Constitución sólo regula un control constitucional preventivo de los tratados internacionales que se pretendan incorporar. Si bien se permite el control a *posteriori*, ello opera para declarar la inaplicabilidad de un caso particular, pero no *erga omnes*.

Existen lagunas importantes en materia de incorporación de tratados internacionales a nuestro ordenamiento nacional, las que debieran subsanarse a fin de evitar elucubraciones doctrinarias.

Referencias

- Aldunate Lizana, E. (2010) “*La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*” en *Ius et Praxis* v.16 n.2 Talca, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007>. Ult. visit. 12/12/2016.
- Bustos Valderrama, C. (2002) “*Naturaleza Jurídica de los Tratados y su relación jerárquica con la ley*” en *Revista de Derecho N°7*, en <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/97577671-341c-4086-b79c-b682990119ea/3.pdf?MOD=AJPERES>. Ult. visit. 12/12/2016.
- Carmona Santander, C. (2001). *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas*, en: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, Seminarios y Congresos, Lom Ediciones Ltda., Santiago.
- García Barzelatto, A.M. (2006). *Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005*. Santiago: La revista de Derecho Público N° 68.
- Henríquez Viñas, M. (2007). *Los tratados internacionales en la Constitución reformada*. Santiago: La revista de Derecho Público N° 69.
- Kalikian, V. D. (2013). *El comercio electrónico, la contratación internacional y la determinación de la ley aplicable. aplicación del derecho internacional privado, la armonización legislativa y el análisis económico del derecho*, Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año I, N°2.
- Kelsen, H. (1958/59). *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht*, en: *ZaöRV*, Bd 19.

- Lambeth Vicent, G. (2015) *Consideraciones para un tratamiento dogmático de las categorías de autoejecutabilidad y no-autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales*. Santiago: Revista de Derecho.
- Llanos Mansilla, H. (2005) *Los Tratados y la reforma Constitucional*, en *La Constitución Reformada de 2005*.
- Müller Guzmán, K. (2009). *Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales conforme a la Constitución Política De Chile*. Viña del Mar: Nomos.
- Nash Rojas C. (2012) “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*” en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf>. Ult. visit. 12/12/2016.
- Nogueira Alcalá, H. (2003), Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina Jurisprudencia, en *Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales, Año 9 núm. 1, Talca, Chile, Editorial Universidad de Talca.
- Nogueira Alcalá, H. (2007). *Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales*. Santiago: Revista semestral del Centro de estudios constitucionales (Año 5, núm. 1).
- Nogueira Alcalá, H. (2013). *Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la reforma constitucional de 2005*. Santiago: Revista semestral del Centro de estudios constitucionales (Año 11, núm. 2).
- Núñez Poblete, M. (2010) *Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad*. Santiago: Revista semestral del Centro de estudios constitucionales (Año 8, núm. 2).
- Peña Torres, M. (2005) *La Reforma Constitucional de 2005 en materia de Tratados Internacionales*. Santiago: Revista de Estudios Internacionales, Vol. 38, No. 151.
- Peña Torres, M. (2007) *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005*. Santiago: Revista de Derecho Público, tomo I.
- Pfeffer Urquiaga E. (2003) “*Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno*” en *Ius et Praxis* v.9 n.1 Talca 3, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-0012200300010002>. Ult. visit. 12/12/2016.
- Ribera Neumann, T. (2007) *Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional*. Santiago: Revista semestral del Centro de estudios constitucionales (Año 5, núm. 1).
- Ribera Neumann, T. y Cevalos Fuentes, M. (noviembre, 2005) *La génesis del nuevo artículo 54, N° 1 de la Constitución ante el Congreso Nacional*. Trabajo presentado en las XXXV “Jornadas de Derecho Público”, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.
- Ribera Neumann, T. y Gornig, G. (2016) *Relaciones entre el Derecho Internacional Público y el derecho interno en Europa y Sudamérica*. Pamplona: Editorial Aranzandi.
- Ruiz Roberto, (2016), *Chile y Argentina: de una “Sociedad Geográfica” a una “Sociedad Estratégica”*, Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración, (IJ-CCLI-415).

Scelle, G. (1943). *Manuel élémentaire du droit international public*.

Triepel (1899), *Völkerrechts und Landesrecht*.

Valencia Avaria, L. (1951) *Anales de la República*. Imprenta Universitaria, 1951;

Vega Méndez, F. & Zúñiga Urbina, F. (2006) *El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional. Teoría y práctica*. Revista semestral del Centro de estudios constitucionales (Año 4, núm. 2).

Verdross, A. (1923). *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrrechtsverfassung*.

Wildhaber, L. & Breitenmoser, S. (1988). "The Relationship Between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 48/2, Max-Planck Institute.

Roberto Ruiz Piraces

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales, LL. M. Universidad de Friburgo a. B., Alemania Federal, abogado. Funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

E-mail: rruiz@lapiceria.com

