

# Notas sobre la tramitación de los tratados

En relación con el trámite de aprobación en el Congreso Nacional de diversos tratados internacionales, se han suscitado, en el silencio de la Constitución, algunos problemas constitucionales de gran interés, como determinar cuál es el procedimiento al que debe ajustarse su tramitación cuando contienen normas de ley orgánica constitucional y si, desde un punto de vista lógico jurídico, resulta procedente que el Tribunal Constitucional ejerza el control de constitucionalidad sobre normas consencionales *non self executing*, esto es, no autoejecutables, entre otros.

Abordaremos sucesivamente el análisis de estas cuestiones en el orden señalado.

## I. En torno a la tramitación a que debe someterse un tratado internacional que contenga normas de ley orgánica constitucional

A través del examen de las diversas posiciones interpretativas que se han sustentado en relación con este punto, es nuestro propósito poner de manifiesto que la constitución de 1980, al no haber previsto de modo expreso la situación del tratado que contenga normas de quórum especial, permite sustentar como posible solución interpretativa la tesis según la cual las normas de quórum especial, y particularmente las materias propias de ley orgánica constitucional, no pueden ser reguladas válidamente por vía de tratado.

Sobre el particular nos interesa examinar principalmente dos cuestiones estrechamente vinculadas: 1) el quórum con que debe votarse en el congreso la aprobación de un tratado que contenga normas de ley orgánica constitucional; y 2) si es o no constitucionalmente procedente que este tipo de tratados sea sometido al control de constitucionalidad obligatorio que debe ejercer el Tribunal Constitucional sobre las leyes orgánicas constitucionales, de acuerdo al artículo 82 N° 1 de la Constitución Política de la República.

\* Profesores  
Titulares  
de Derecho  
Constitucional  
Facultad de  
Derecho  
Universidad  
de Chile

1. Quórum con que debe aprobarse en el Congreso un tratado que contenga normas propias de ley orgánica constitucional. Diversas soluciones interpretativas se han propuesto en relación con este problema. Intentaremos sintetizarlas, así como también objetar sus deficiencias.

### *1.1. Tesis de más alto quórum.*

Si el tratado aborda materias que según la constitución deben regularse por diversos tipos de leyes, deberá éste ser aprobado integralmente con el quórum de la ley más exigente, es decir, con el quórum más alto.

De acuerdo con esta solución interpretativa, no sólo las normas de ley orgánica constitucional que se contengan en los tratados deben ser aprobadas con el quórum propio de este tipo de leyes, sino también todas las demás, independientemente de las materias sobre que recaigan. Su fundamento radica en el hecho de que una eventual división de la votación atentaría contra la unidad del tratado el que, por tanto, debe votarse como un todo. Sería, por tanto, inconveniente desde el punto de las relaciones internacionales tener que rechazar un tratado porque una de sus disposiciones no alcanzó el más alto quórum, en circunstancias que el resto de ellas ya ha sido aprobado con el quórum más bajo.

Esta posición interpretativa tiene la ventaja que deriva de su propia simplicidad, pero, sin duda, enfrenta significativas deficiencias desde el punto de vista constitucional:

- a) antes que nada, parece poco lógica porque si el tratado debe rechazarse en razón de que una sola de sus normas es contraria al interés nacional, o bien, porque se observa en oposición con los preceptos de la Constitución y, en consecuencia, no obtiene para su aprobación el más alto quórum, lo mismo da, desde un punto de vista práctico, que el rechazo del tratado se haya producido por esta razón o por el hecho de no haberse alcanzado dicho quórum respecto de la totalidad del mismo, ya que en ambos casos el tratado resulta desechado.
- b) Además, es claramente contraria al carácter taxativo y excepcional que la Constitución ha querido imprimirle a las leyes orgánicas constitucionales. Si, en efecto, no hay otras materias de ley orgánica constitucional que aquellas que la propia Constitución señala expresamente y si, por otra parte, éstas constituyen un número mínimo dentro de las materias de ley, lógico será concluir que éstas, por regla general, deberán votarse con mayoría simple de los presentes, evitándose de esta manera una excesiva rigidización del proceso legislativo (artículo 60 N<sup>o</sup>1 y 63 C.P.R.). En consecuencia, no se divisa con qué fundamento jurídico podría extenderse indiscriminadamente el quórum propio de la ley orgánica constitucional para aplicarlo respecto de normas de ley común.

- c) Es, además, contradictorio con el espíritu en que se inspira la modificación introducida al artículo 63 de la C.P.R., por la ley de reforma constitucional N° 18.825 de 1989, de conformidad con la cual cada norma que se contenga en un mismo proyecto de ley deberá votarse con el quórum que corresponda de acuerdo a la materia sobre que recaer.
- d) Si la ventaja de esta posición interpretativa pretende ser la de garantizar la aprobación del tratado como un solo todo evitando la división de la votación, ella se ve ampliamente sobrepasada por la mayor dificultad relativa para aprobar el tratado a que necesariamente habrá de concluir la aplicación indiscriminada del más alto quórum.

De acuerdo con lo que se ha expresado precedentemente, la idea de extender la aplicación del quórum más exigente a todas las normas del tratado, independientemente de su naturaleza específica, debe ser desestimada por el hecho de carecer de un sustento lógico y de una fundamentación constitucional que la justifique, además de entorpecer, a nuestro juicio, más allá de lo razonable al proceso de elaboración de los tratados internacionales.

### ***1.2. Tesis de la diversidad de los quórum.***

De conformidad con esta posición interpretativa, las normas del tratado deben aprobarse con el quórum que corresponda, de acuerdo a las naturalezas específicas de las materias a que se refieren. Esta solución interpretativa nos merece también algunas observaciones:

- a) Si bien debe admitirse que la idea de la pluralidad de quórum parece adecuarse exactamente a los propósitos que inspiraron la modificación del artículo 63 de la C.P.R. en 1989, según lo explicado en el párrafo anterior, lo cierto es que de la simple lectura de sus preceptos se desprende que éstos sólo fueron concebidos en función de la elaboración de las leyes y, en caso alguno, teniendo en vista el proceso de generación del tratado. El artículo mencionado, en efecto, se refiere siempre a las “normas legales”, vale decir, *normas que se contienen en un proyecto de ley*, sea que interpreten la Constitución o se refieran a materias de ley orgánica constitucional, de quórum calificado o de ley común, lo que se ve confirmado por la historia fidedigna de la reforma.

En la página 68 del informe de la comisión conjunta relativo al proyecto de reforma constitucional de 1989 se deja constancia de que “en esta materia la comisión conjunta concluyó que la referida expresión “normas legales” es comprensiva, además, de los decretos con fuerza de ley y de los tratados internacionales cuando éstos contengan normas de rango simplemente legal, de quórum calificado o de orgánica constitucional”.

A primera vista pareciera desprenderse de la simple lectura del texto transcrito que las “normas legales” de quórum especial que se contengan en un decreto con fuerza de ley

o en un tratado internacional deberán votarse con el quórum que corresponda según se trate de normas de quórum calificado u orgánicas constitucionales. Esta interpretación, sin embargo, debe ser absolutamente desechada porque:

1. En lo respecta a los D.F.L., éstos, de acuerdo al artículo 61 inciso 2° de la Constitución no pueden regular materias propias de la Ley Orgánica Constitucional o de quórum calificado y, aun cuando hipotéticamente las contuvieran, no se divisa cómo podrían ser votadas, si su dictación es la expresión unilateral de la voluntad del Presidente de la República enmarcada dentro de los límites de la delegación;
2. En lo que se relaciona con el tratado, el constituyente guarda absoluto silencio acerca de la procedencia o improcedencia del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad a que debiera someterse cuando contenga normas de ley orgánica constitucional, evidenciando con ello que nunca tuvo la intención de permitir que las materias regulables por ley de quórum especial pudieran ser abordadas por medio de un tratado internacional y, particularmente, las normas de ley orgánica constitucional.

Si la intención de la reforma de 1989 hubiera sido la de permitir que en un tratado internacional se contuvieran materias de quórum especial, ello habría debido manifestarse de manera expresa, dada la perentoria advertencia del artículo 7° inciso 2° de la Constitución y, por cierto, habría llevado aparejada la modificación del artículo 82 N° 1, a fin de extender específicamente el control de constitucionalidad preventivo y obligatorio del Tribunal Constitucional a las normas de la ley orgánica constitucional contenidas en el tratado, nada de lo cual se ha hecho.

**¿Cuál es, pues, el sentido que debe asignarse a las expresiones transcritas? A nuestro entender no puede ser otro que el que sintetizamos a continuación:**

1. El hecho de que las “normas legales” de quórum especial se contengan en un D.F.L. o en un tratado internacional no las desafecta o libera de su condición de normas legales y por tanto de ser aprobadas por los quórum que correspondan de acuerdo al artículo 63;
2. Que, en consecuencia, no se puede pretender burlar la exigencia de tales quórum por la vía de incorporar esas “normas legales” de quórum especial en un decreto con fuerza de ley (DFL) o en un tratado internacional, ya que, aun así, seguirán siendo “normas legales” es decir, normas que sólo pueden adoptarse por ley, y con los quórum de aprobación del artículo 63.
3. Por lo tanto esas “normas legales” de quórum especial no pueden regularse por medio de un DFL o de un tratado internacional, pues nunca pierden su carácter

de normas propias de ley, debiendo ser objeto exclusivamente de un proyecto de ley, mensaje o moción según corresponda.

- b) Podría contrargumentarse en el sentido de que las explicitaciones que se tachan de menos habrían sido necesarias en el texto de la Constitución con respecto a los quórum en razón de la prevención del artículo 50 N° 1 de la Constitución, según la cual la “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”, de lo cual se deduciría, en consecuencia, que la aprobación de las normas del tratado debiera hacerse con los mismo quórum que se emplean en las votaciones de las normas legales, desde que el quórum es parte integrante del trámite de aprobación respectivo. Sin embargo, esta argumentación enfrenta, a nuestro entender, un obstáculo insalvable: el artículo 82 no contempla, de modo expreso, el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad respecto de un tratado internacional que contenga normas de ley orgánica constitucional, lo que estaría evidenciando que el constituyente de 1980 nunca concibió siquiera la posibilidad de que este tipo de normas se adoptara por vía de tratado. Mal podría sostenerse entonces que los tratados que contengan normas de ley orgánica constitucional deben votarse con el quórum correspondiente a esta clase de leyes si, al mismo tiempo, no se ha abierto para ello un cauce institucional que permita someterlos al control obligatorio de constitucionalidad del Tribunal Constitucional como sucede, en cambio, con los proyectos de ley orgánica constitucional. En cambio, el artículo 82 N° 2 de la Constitución contempla expresamente para el tratado un control de constitucionalidad meramente eventual.
- c) Subsiste, sin embargo, un obstáculo que es menester despejar. Podría todavía sostenerse que la prevención del artículo 50 N° 1 de la Constitución: “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”, es de tal amplitud conceptual y jurídica que comprende también dentro de sus términos el trámite del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad que debe realizar el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 N° 1 de la C.P.R., ya que al igual que sucede con el quórum, forma parte de “los trámites de una ley”, en este caso, de la ley orgánica constitucional. Si bien ingeniosa, esta argumentación no resiste un análisis serio, según se explicará al analizar las diversas soluciones interpretativas que se han suscitado en relación con este punto.
- d) Por último, desde un punto de vista práctico, la solución interpretativa que se analiza enfrenta el inconveniente que significa tener que considerar perdido el tratado cuando una sola de sus disposiciones no haya alcanzado el quórum especial que se exige en razón de la materia, aun cuando todos los demás se hubieran aprobado con la obtención del quórum ordinario.

### 1.3. Tesis del voto uniforme

El tratado debe aprobarse con el quórum ordinario de la mayoría de los miembros presentes, independientemente de la naturaleza de la materia sobre que versan las normas.

- a) Esta solución interpretativa parece tener sólidos fundamentos histórico-constitucionales pues, como se desprende de las Actas de Sesiones de la CENC, la intención del constituyente fue mantener, respecto del tratado internacional, el mismo quórum aprobatorio utilizado durante la vigencia de la Constitución de 1925. De acuerdo con este último, los acuerdos para aprobar o desechar los tratados internacionales tenían en el Congreso los mismos trámites de una ley (artículo 43, N° 5 inciso 2°), precepto que fue interpretado en el sentido que para la aprobación del tratado se requería el quórum de votación propio de las leyes ordinarias, vale decir, mayoría de los presentes de cada cámara, situación perfectamente comprensible si se considera que éste era prácticamente el quórum de aplicación generalizado para todas las leyes de reforma constitucional.
- b) Consecuentemente con lo dicho el anteproyecto de la CENC textualmente expresa: “La aprobación de un tratado requerirá el acuerdo de la mayoría de ambas cámaras”. (Artículo 56 N° 1 inciso 2°). El hecho de que a continuación agregara que “los tratados que pudieren conferir atribuciones o competencias a instituciones u organismos de carácter supranacional, deberán ser aprobadas en cada rama del Congreso por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio...” no hacía sino confirmar el principio general de aprobación de los tratados por mayoría de votos. Si bien, con posterioridad, la Junta de Gobierno optó por acoger en esta materia la proposición del Consejo de Estado, que fue la que en definitiva se impuso (artículo 50 N° 1 CPR), no se alteró por ello, sin embargo, el principio indicado, pues ello sólo significó desechar la excepción relativa al otorgamiento de competencias a favor de organismos supranacionales, manteniéndose en consecuencia, la idea central de la aprobación de los tratados por simple mayoría de los parlamentarios presentes de cada cámara, que es el quórum que se emplea en el trámite de votación de las leyes ordinarias propiamente tales o comunes.
- c) Pero adviértase que el constituyente de 1980 evidenció con ello su voluntad de mantener el quórum de la mayoría de los presentes para la aprobación de los tratados, a sabiendas de que, a diferencia de la Constitución de 1925, la nueva Constitución instituía además de la ley común, diversos tipos de leyes cuya aprobación requeriría un quórum más exigente (leyes orgánicas constitucionales de quórum calificado y de amnistía e indultos generales en casos de terroristas). Lo anterior, sin embargo, no puede interpretarse en el sentido de que la intención del constituyente fuera la de habilitar también ese quórum de votación para los tratados que contuvieran normas de quórum especial, considerando que cada

uno de esos tipos de leyes se encuentra sujeto a un régimen particular de aprobación. Por el contrario evidencia que nunca estuvo en la mente del constituyente pretender que los tratados pudieran regular materias de quórum especial, ya que ello hubiera sido absolutamente contradictorio con su propósito de que los tratados se aprobaran con el quórum de la mayoría de los parlamentarios presentes de cada cámara.

- d) En consecuencia, la solución interpretativa que se analiza (tesis del voto uniforme) es correcta en cuanto concluye que los tratados se votan con el quórum de la mayoría de los presentes, pero no lo es en tanto pretende extender la aplicación de ese mismo quórum a los tratados o convenios internacionales que contienen normas de quórum especial y, particularmente, normas de ley orgánica constitucional. Por esta razón no podemos compartir la argumentación que se esgrime para justificar la aplicación indiscriminada del quórum de la mayoría de los presentes, basada en que lo que se aprueba es el proyecto de acuerdo que recae sobre el tratado y no el tratado mismo. Ello en razón de las consideraciones que se expresan a continuación:
- d.1. Es contraria al espíritu del artículo 63 de la Constitución pues supone la aprobación con un mismo quórum de normas que por su naturaleza requieren de un quórum especial.
- d.2. Con semejante criterio bastaría recurrir al tratado para obviar el inconveniente de tener que aprobar leyes de quórum especial, lo que alentaría el desarrollo de una práctica política en fraude a la Constitución.
- d.3. De la simple lectura de los artículo 50 N° 1 y 32 N° 17 de la Constitución se desprende que lo que se aprueba es el tratado, es decir, el conjunto de todas y cada una de las normas que lo conforman, exigencia absolutamente imprescindible para apreciar la conveniencia y juridicidad de las mismas. El acuerdo que sobre él se adopte por las cámaras –acuerdo que solicita el órgano ejecutivo presentando el correspondiente proyecto de acuerdo– no es sino la expresión formal o procedimental de la aprobación del tratado (o eventualmente de su rechazo).
- d.4. Sostener que lo que se aprueba es el proyecto de acuerdo y no el tratado es caer en un formalismo excesivo, pues equivale a sostener que el Congreso debería adoptar un “acuerdo aprobatorio de otro acuerdo” con prescindencia del contenido material del tratado, lo que, en cierta medida, contribuiría a debilitar el análisis y control de sus disposiciones. Perdería relativamente interés, en efecto, la cuestión consistente en llegar a determinar si el tratado contiene o no preceptos de quórum especial; lo cual importa sobremanera no para decidir sobre el quórum con que habrán de ser votados, sino porque, como se ha demostrado, no podrían constitucionalmente adoptarse por vía

de tratado sin comprometer la validez del acto aprobatorio (artículo 7º de la CPR).

- e) La interpretación que según el tratado no se podría regular materias de ley que exijan para su aprobación de un quórum especial, no constituye, por cierto, una alternativa más dentro de la gama de posibilidades interpretativas.

Parece ser la única interpretación coherente con el sistema político normativo creado por la Constitución. Ella, según se ha visto, encuentra su fundamento en la historia fidedigna del establecimiento de los preceptos contenidos en el artículo 50 N° 1 de la Constitución. Por lo demás, no deja de ser razonable. Debe advertirse, en efecto, que es debido a la mayor importancia relativa asignada por el constituyente a determinadas materias, en términos de su más directa incidencia en la conformación y estabilidad del sistema institucional vigente, lo que ha justificado respecto de ellos la consagración de un régimen regulatorio de excepción. Como todas estas materias se encuentran estrechamente vinculadas al ejercicio de la facultad de autodeterminación soberana, su regulación habría sido entregada con carácter monopólico a los órganos del Estado, excluyéndose en consecuencia, la participación extranjera que supone la celebración de todo acuerdo internacional.

- f) Lo expresado podría, tal vez, no satisfacer las nuevas orientaciones de la política internacional, marcadamente proclives a favorecer los procesos de integración de los pueblos y globalización de las relaciones, pero ésta es sólo una consideración metajurídica que, por sí sola, no tiene la virtud de obrar modificaciones a la Constitución, sino sólo estimular la puesta en marcha de sus mecanismos de reforma.

La tentación de una interpretación actualizada de la Constitución en estos casos está sin duda latente. Más bien posee ella el atractivo de conciliar la readecuación casi espontánea de la Ley Fundamental a los requerimientos sociales imperantes con la estabilidad formal del sistema; conlleva, no obstante, el grave riesgo de su manipulación política. Por una parte, en efecto, la definición de tales requerimientos parece quedar entregada al libre juego de mayorías políticas circunstanciales y, por otra, se enrostra a la minoría la inconstitucionalidad de su proceder cuando a la vez pretenden aprovechar en su favor la dinámica de esta interpretación, comprometiéndose así la vigencia efectiva de la seguridad jurídica. En el evento de que la mayoría política haya logrado conquistar los distintos enlaces del poder, ¿qué podrá impedir que se califique de totalitaria la operatividad de esta modalidad interpretativa?

2. Acerca de si los tratados que contienen normas propias de ley orgánica constitucional deben someterse al control preventivo y obligatorio de constitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 82 N° 1 de la CPR.

Sobre el particular han surgido diversas posiciones interpretativas que se analizan a continuación.

2.1. Un primer criterio propugna respecto de los tratados la plena procedencia del control preventivo y obligatorio que debe practicar el Tribunal Constitucional sobre las normas de ley orgánica constitucional, pues si bien el artículo 82 N° 1 que otorga esa atribución al Tribunal señalado no menciona expresamente a los tratados internacionales entre los instrumentos jurídicos sometidos a ese control, igualmente les es aplicable por concurrir la misma “ratio legis”, adquiriendo por esta vía el Tribunal Constitucional la “autoridad” para efectuar dicho control sobre tales instrumentos. Esta solución interpretativa, sin embargo, adolece de las siguientes deficiencias:

- a) Se trata de una interpretación meramente analógica que, por una parte, parece quebrar el principio constitucional según el cual ninguna magistratura puede “ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido por la Constitución o las leyes” (artículo 7° inciso 2°) y, por otra, desconocer una disposición constitucional expresa sobre el control a que se encuentran sometidos los tratados internacionales de acuerdo al artículo 82 N° 2 de la CPR.
- b) Esta solución interpretativa pretende igualmente encontrar asidero en la norma del artículo 50 N° 1 de la Constitución: “La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. Así, por lo tanto, como el control preventivo y obligatorio por el Tribunal Constitucional es un trámite al que deben someterse las leyes orgánicas constitucionales dentro de su proceso de elaboración, los tratados, del mismo modo, deben quedar sujetos al mismo trámite.

Este razonamiento es, a nuestro juicio, objetable desde el punto de vista de su constitucionalidad. En primer lugar porque si se opta por su aplicación literal se llegaría al absurdo de incluir trámites absolutamente inconciliables con la naturaleza de los tratados, como la formulación de indicaciones, régimen de insistencias, sistema de comisiones mixtas, posibilidad de vetar, entre otras. Pero si la norma constitucional se interpreta de manera razonable y se aplica por tanto en la medida de su justa adecuación a las características del tratado, forzoso será incluir que la exigencia constitucional del artículo 50 N° 1 se encuentra sólo referida a los trámites que configuran *la aprobación* de un proyecto de ley en *el Congreso*, como se desprende del propio texto del precepto. Esto significa en primer lugar que la norma en cuestión sólo se refiere a los trámites de la ley que transcurren durante la permanencia del proyecto de ley en el Congreso, puesto que el artículo 50 *sólo* contiene las atribuciones exclusivas del *Congreso*.

En segundo lugar no se refiere a todos los trámites del proceso de la elaboración de la ley sino únicamente a aquellos que configuran la “*aprobación*” del proyecto en el congreso. Entonces, cómo podría el precepto del artículo 50 N° 1 que se analiza, gobernar las atribuciones exclusivas que corresponden al Tribunal Constitucional ordenándole someter el tratado que contenga normas propias de ley orgánica constitucional a un control preventivo y obligatorio, al margen de toda norma constitucional expresa que establezca esa atribución y, más aún, a despecho del texto expreso en contrario que sólo consulta respecto de los tratados un control de constitucionalidad preventivo y eventual de parte de dicho órgano (artículo 82 N° 2 de la Constitución).

- 2.2. La otra posición interpretativa que también se ha considerado en nuestro medio jurídico, diametralmente opuesta a la anterior, propugna la tesis de que los tratados que contienen normas de ley orgánica constitucional no deben someterse al control preventivo y obligatorio de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional a que se refiere el artículo 82 N° 1 de la Constitución. Ello en razón de que por una parte no existe texto constitucional expreso alguno que así lo disponga y, por otra, al contrario, hay norma constitucional expresa que dispone, para los tratados de esa naturaleza, un control preventivo y eventual que el mismo órgano debe realizar de acuerdo al artículo 82 N° 2 de la Constitución, cuando durante su tramitación en el Congreso haya surgido alguna cuestión de constitucionalidad.

Sin embargo, esta posición interpretativa que parece tener sólidos fundamentos desde el punto de vista constitucional, debe enfrentar serias objeciones:

- a) Desestima la “*ratio legis*” que ha llegado al constituyente de 1980 a someter los proyectos de ley orgánica constitucional a un control preventivo y obligatorio de constitucionalidad, pues si el tratado versa sobre materias propias de ley orgánica constitucional nada justificaría, esencialmente, eximirlo de dicho control, existiendo la misma razón que sirve de fundamento para realizar ese control respecto de la ley orgánica constitucional.
  - b) Puede conducir al fraude constitucional, pues si la regulación de las materias propias de ley orgánica constitucional sólo queda expuesta al control preventivo y obligatorio de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando se contiene en un ley orgánica constitucional, bastará para eximirle de ese control adoptarla por vía de tratado.
- 2.3. Los diversos inconvenientes que se derivan de cada una de las soluciones interpretativas que se ha examinado, las contradicciones a que dan lugar y las controversias que suscitan no hacen sino poner de manifiesto su inconsistencia y refuerzan la idea que el constituyente de 1980, al consagrar el régimen regulatorio

de las leyes de quórum especial y, particularmente, de las leyes orgánicas constitucionales, de modo más o menos consciente declinó someterlas también a la posibilidad de ser reguladas por vía de tratado. Las razones se han expuesto ya con anterioridad.

## II. Sobre el Control de Constitucionalidad de las normas “non self executing” que se contienen en los tratados internacionales

Parece ir tomando cuerpo en nuestro medio la idea de que el Tribunal Constitucional sólo podría ejercer sus facultades de control respecto de las normas de aplicación inmediata que se contengan en los tratados (auto ejecutables o “self executing”), pero no así aquellas cuya puesta en aplicación requiera de la dictación de nuevos instrumentos jurídicos en una instancia posterior del proceso de elaboración de las normas, tales como leyes, DFL, reglamentos o convenios de ejecución, que cumplan con la finalidad de desarrollar las normas del tratado, puesto que, en definitiva, serán tales instrumentos los que hayan de ser sometidos eventualmente al control de constitucionalidad.

Creemos que la lógica de esta argumentación es engañosa pues bajo su aparente razonabilidad se encierran graves contradicciones. Intentaremos sintetizarlas.

1. Implica una denegación de control por parte del Tribunal Constitucional sobre normas que aun cuando puedan resistir un carácter meramente programático se encuentren objetivamente en oposición a las normas de la Constitución. La norma programática no es axiológica ni teleológicamente neutra, pues está llamada a desencadenar una acción que la satisfaga. De lo contrario carecería de sentido. Por esta razón el margen de discrecionalidad que ella deje a las normas de ejecución, por amplio que sea, no es indeterminado, desde el punto de vista de los valores y fines que han presidido su dictación. Por esta razón las normas de implementación deben orientarse en la dirección que predeterminan los valores, contenidos y fines de la norma programática. Ahora bien, si se acepta que la norma programática, non self executing o de realización mediatizada tiene la identidad que le imprimen los valores en que se inspire, el contenido que la define y los fines u objetivos que persigue, nada impide que, en teoría, esos valores, contenidos y fines se encuentren en oposición con los valores, contenidos y fines de la Constitución.
2. Los preceptos de ejecución fieles a su rol meramente instrumental, a riesgo de traicionar las directrices de la norma programática, habrán de adolecer igualmente del vicio de constitucionalidad que afecta a las normas que ejecutan y que habría podido evitarse si se hubiera realizado oportunamente el control de constitucionalidad sobre la norma programática.
3. Al inducir una denegación de control se opone al mandato del artículo 6º de la Constitución que obliga a los órganos del Estado a someter su acción a la Cons-

titución y a los mismos dictados conforme a ella, y, por cierto, se opone igualmente la prohibición constitucional de atribuirse otra autoridad o prerrogativa que las que expresamente se les haya conferido por la Constitución o las leyes (artículo 7º).

4. Con la lógica de esta argumentación debería marginarse también del control previo de constitucionalidad toda ley para cuya aplicación fuera necesario dictar un reglamento de ejecución, lo cual no pone sino de manifiesto los riesgos que involucra esta posición interpretativa y la debilidad de su fundamento constitucional.
5. El criterio interpretativo que se cuestiona implica, por otra parte, postergar o trasladar el control de constitucionalidad al momento de la dictación de los instrumentos jurídicos de implementación, lo que, a su vez, también suscita las observaciones que a continuación se señalan.
  - a) Parece estimular la especulación política pues promueve total o parcialmente la redacción de tratados non self executing con miras a sortear los controles de constitucionalidad de carácter preventivo previstos en la carta fundamental y aseguren de este modo su incorporación al ordenamiento jurídico interno, a la espera, para su realización o aplicación efectiva, de una oportunidad más favorable desde el punto de vista de la correlación de las fuerzas políticas.
  - b) La situación que se produciría en la eventualidad de que las normas de ejecución del tratado fueran en definitiva declaradas inconstitucionales sería equivalente a la de un incumplimiento del contrato bajo excusa de oposición con el ordenamiento interno, lo que conlleva, a su vez, una infracción al tratado de Viena sobre derechos de los tratados, que prohíbe ampararse en el ordenamiento interno para incumplir un convenio internacional.
  - c) Por lo anterior, esta solución interpretativa, termina generando falsas expectativas frente a los demás tratados de la comunidad internacional, la postergación del control, en efecto, alienta los esfuerzos de la aplicación próxima y efectiva del tratado, las que luego se frustran por el rechazo de las normas de implementación.
  - d) Si para evitar este inconveniente se forzara la interpretación del tratado en términos de adecuar sus disposiciones a la Constitución y hacer posible, de esta manera, la dictación de normas de implementación que pudieran enfrentar exitosamente el control de constitucionalidad, se correría el riesgo de desvirtuar el verdadero sentido y alcance del tratado y, también por esta vía, de incumplirlo bajo excusa de oposición con el ordenamiento interno.
  - e) Desde el punto de vista de la gobernabilidad del Estado, no resulta, por

cierto, irrelevante considerar los diversos problemas de frustración y resistencias internas que eventualmente podrían generarse por causa de un tratado que aunque se ha incorporado ya al ordenamiento nacional no podrá aplicarse efectivamente por el rechazo de sus normas de implementación.

f) Si, por el contrario, para salvar el tratado y evitar el cuestionamiento de las normas de ejecución desde el punto de vista de su constitucionalidad, se optará por adecuar el ordenamiento fundamental a los requerimientos del mismo, debería recurrirse a alguna de las dos vías siguientes, no exentas, sin embargo, de reparo:

f.1. La modificación de la Constitución, que apareja el tácito reconocimiento de haberse aprobado un tratado inconstitucional y, por consiguiente, de haberse infringido los artículos 6º y 7º de la Constitución. lo cual, además, plantea el problema de la consolidación de un acto objetivamente nulo; y

f.2. La interpretación actualizada de la Constitución.

Esta vía, por su parte, conlleva el riesgo de dejar expuesta la Constitución a los intereses de mayorías políticas circunstanciales que ante las dificultades para poner en marcha el procedimiento de reforma con posibilidad de éxito, presionan por readecuar su sentido, acomodándola a los requerimientos que esas mismas mayorías evalúan y definen, comprometiéndose así la efectiva vigencia de la seguridad jurídica.

g) De lo expuesto en los puntos anteriores se desprende la consecuencia de no desvirtuar la explicación del control preventivo o de constitucionalidad mediante soluciones interpretativas que traen aparejados más inconvenientes que ventajas. Prescindir de este tipo de control respecto de las normas no autoejecutables del tratado bajo la argumentación de que su aplicación efectiva requiere de la dictación de los correspondientes preceptos de ejecución, conlleva como se ha demostrado, graves inconsecuencias desde el punto de vista lógico y jurídico-constitucional.

Dada la importancia que hoy en día ha alcanzado el tratado como instrumento al servicio de la integración así como el rol significativo que está llamado a jugar en el plano de la globalización, y observándose, como se ha visto, las profundas diferencias interpretativas y las deficiencias de las soluciones que se han propuesto para llenar los vacíos constitucionales que se advierten en el proceso de elaboración y control de éstos instrumentos, urge considerar la posibilidad de reformas constitucionales que pongan definitivamente término a estas contradicciones y aseguren la efectiva vigencia de la seguridad jurídica.