

Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo

El control de constitucionalidad de los tratados internacionales es una manera no sólo de 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.

Numerosos ordenamientos constitucionales en el derecho comparado lo consagran con un carácter preventivo de orden facultativo o exigen la revisión previa de la Constitución cuando el tratado pudiere contener estipulaciones contrarias a ésta.¹

Durante la tramitación de la reforma de 2005, incluso se sugirió la conveniencia de establecer el control preventivo obligatorio para todos los tratados.²

A continuación, haremos en primer lugar una descripción sucinta de las novedades que presenta el control preventivo de constitucionalidad de los Tratados, para entrar luego a un tema que exige mayor análisis y reflexión, cual es, la actual situación de la relación entre tratado y ley, y la situación del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, control radicado hoy en el Tribunal Constitucional después de la reforma de 2005.

I. Control Preventivo de Constitucionalidad:

Nuestra Carta Fundamental, después de la reforma constitucional de 2005, en el artículo 93 mantiene el control preventivo de constitucionalidad, introduciéndole algunas modificaciones que mejoran su regulación.

* Profesora Titular
de Derecho
Constitucional
Universidad de
Chile

¹ Por ejemplo, Constituciones Políticas de España (artículos 94, 95 y 96); Francia (artículo 54); Perú (artículo 57).
² Opiniones en Comisión del Senado, Primer Informe, en Pfeffer U. Emilio "Reformas Constitucionales 2005, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición 2005, p. 70.

Así, son atribuciones del Tribunal Constitucional:

“Artículo 93 N° 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...”

“N° 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”.

En el primer numeral la reforma incorpora como atribución del Tribunal Constitucional, el *control preventivo obligatorio* de constitucionalidad de los tratados antes de su promulgación cuando éstos versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional. Esta disposición es concordante con la nueva disposición contenida en el artículo 54 N° 1 en cuanto a que la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66.³

En el numeral 3 se mantiene la posibilidad de control preventivo de los tratados que versen sobre otras materias, permaneciendo, entonces, inalterada la facultad del Tribunal de resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

En suma, conforme a la normativa expuesta, respecto de los tratados internacionales al Tribunal Constitucional sólo le cabe un *control preventivo*, el que es *obligatorio* cuando el tratado contiene normas propias de ley orgánica constitucional, y *facultativo* cuando el Presidente o las Cámaras, según lo indicado en el artículo 93, formulen un requerimiento antes de la aprobación del tratado.

Si bien la reforma no dispuso el control preventivo obligatorio de constitucionalidad para todos los tratados, como lo disponen algunas Constituciones y adhiere a ello parte de la doctrina, el control preventivo facultativo deja a salvo la posibilidad de reformar la Constitución ante un tratado que puede estar en contradicción con la Constitución.

II. Control Represivo de Constitucionalidad

1.- Situación jurídica antes de la reforma constitucional de 2005

Durante la vigencia de los ordenamientos constitucionales chilenos de 1925 y 1980, hasta antes de la reforma de 2005, siempre hubo acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia chilena en cuanto a que la expresión “precepto legal” contenida en la disposición constitucional que consagraba el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,

³ Cabe destacar que en este aspecto la reforma constitucional recogió lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000, C. 17).

comprendería toda regla con valor de ley, aunque formalmente estuviese comprendida en un cuerpo jurídico diferente.⁴

En consecuencia, no hubo reparos jurídicos para considerar con el mismo rango jerárquico que la ley, a los decretos con fuerza de ley, a los decretos leyes, a los distintos tipos de ley según su quórum y a los tratados internacionales. De modo tal, que en la expresión “precepto legal” siempre quedaron comprendidos los tratados internacionales.

Así se puede constatar de la opinión de la doctrina de nuestros autores, como Alejandro Silva Bascuñán, Estévez y Bernaschina, entre otros. Todos coincidieron en que un tratado internacional aprobado y ratificado tenía rango de “precepto legal” y, en consecuencia, a su respecto era procedente interponer un recurso de inaplicabilidad si alguna de sus disposiciones vulneraban la Constitución.⁵

Así también lo entendió la jurisprudencia de la Corte Suprema, órgano competente para conocer de tal recurso. Por ejemplo, el 24 de octubre de 1997 la Corte Suprema con motivo de la inaplicabilidad interpuesta contra algunas disposiciones de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños de La Haya, de 1980 (vigente en Chile desde 17 de junio de 1994), estableció que la Excm. Corte “examina derechamente el fondo del problema, *sin poner en duda su jurisdicción con respecto al tema* y declara que el tratado no viola las normas del debido proceso establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política”.⁶

Es posible constatarlo también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en la sentencia pronunciada respecto del Tratado de Roma sobre la Corte Penal Internacional, a propósito de la jerarquía normativa de los tratados, estableció que “sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (art. 81 N° 2 de la Constitución) y el control a posterioridad (art. 80 de la Constitución)...”⁷

En consecuencia, no ha habido discrepancia en sostener que los tratados internacionales pueden ser objeto, no sólo de control preventivo de constitucionalidad, como lo señala expresamente la Constitución, sino también de control represivo o “a posteriori”, por entenderse comprendidos dentro de la jerarquía de precepto legal. Ello, al tenor de lo dispuesto en el anterior artículo 80 de la Constitución, que radicaba tal atribución

⁴ El artículo 80 disponía: “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

⁵ Silva Bascuñán, Alejandro, “Tratado de Derecho Constitucional” Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición 2002, p. 183.

⁶ Saenger G. Fernando y Bruna C. Guillermo, “Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición 2006, p. 155.

⁷ Sentencia Rol N° 346 de 6 de abril de 2002, Considerando 69.

en la Corte Suprema, la que podía ... “declarar inaplicable para esos casos particulares todo *precepto legal* contrario a la Constitución.”

Hoy tal atribución ha quedado radicada en el Tribunal Constitucional, órgano al cual, conforme al artículo 93 N° 6, corresponde la atribución de “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.”

El control de constitucionalidad represivo o “a posteriori” de los tratados internacionales, que era un tema pacífico y que no suscitaba dudas de interpretación, ha tenido un giro fundamental desde la aprobación de la reforma constitucional de 2005. La controversia se ha producido porque a partir de la reforma constitucional, en definitiva, ya no es posible considerar a un tratado como “precepto legal”. Existen razones suficientes para estimar que tratado y ley son normas totalmente diferentes, que el tratado no cabe dentro del rango de precepto legal y que, en consecuencia, difícilmente podrían ser objeto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

2.- Situación jurídica después de la reforma constitucional de 2005.

Análisis de la nueva normativa sobre tratados internacionales (artículos 54 N° 1° incisos 1 y 5; 93 N° 6 y 7; y 94 inciso 3):

La reforma constitucional de 2005 significó un notorio avance en materia de tratados internacionales por cuanto se hizo cargo de llenar numerosos vacíos y regular aspectos que necesitaban urgentemente una normativa constitucional.⁸

En efecto, el actual artículo 54 N° 1 regula numerosas materias otorgando nuevas atribuciones al Congreso Nacional y al Presidente de la República, tales como las referentes a la formulación de reservas o declaraciones interpretativas, la facultad para denunciar un tratado o retirarse de él, establece los quórum de aprobación, la denuncia o retiro del tratado, su derogación, modificación o suspensión, e incluye normas que permiten determinar la jerarquía de los tratados, entre otras materias.

Al respecto, nos interesa reflexionar sobre dos aspectos de importancia, que son consecuencia de la reforma constitucional de 2005: las diferencias entre tratado y ley que fluyen del texto de la reforma, y la situación del control represivo de constitucionalidad como consecuencia derivada de la nueva normativa constitucional sobre derogación, modificación y suspensión de los tratados.

⁸ García Barzelatto, Ana María, “Tratados internacionales según la reforma constitucional de 2005”, en Revista de Derecho Público, Volumen 68, 2006, p. 72 y ss.

2.1.- Diferencia entre “tratado” y “ley”:

El artículo 54 N° 1 inciso 1 dispone que es atribución exclusiva 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 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”.

La nueva expresión “*en lo pertinente*”, agregada por la reforma constitucional de 2005, tiene especial importancia porque con ella el constituyente reconoce la diferencia entre tratado y ley en cuanto a las formalidades requeridas para su aprobación. En efecto, la aprobación de un tratado tiene un régimen totalmente distinto al de una ley; por ejemplo, no cabe la formación de comisiones mixtas, tampoco procede la posibilidad de indicaciones por parte de las Cámaras, las que solamente deben aprobar o desechar el tratado, ni existen plazos constitucionales para su promulgación y publicación.

Debemos reconocer que la diferencia entre tratado y ley venía haciéndose explícita en la doctrina de los autores, como también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así, en fallo de 1999 el Tribunal Constitucional puntualizó que “el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes”; también sostuvo que “la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental”. Asimismo, en fallo del año 2000 determinó el Tribunal que “la circunstancia que un tratado deba aprobarse conforme a los trámites de una ley significa, sin necesidad de mayor demostración, que en dicha aprobación deberán observarse todas las normas que la Constitución establece para la tramitación de una ley, *en cuanto resulten compatibles*, de acuerdo a la preceptiva constitucional”.¹⁰

Estos antecedentes permiten establecer que antes de la reforma de 2005 se fue decantando el problema de la primacía y mayor jerarquía de los tratados en relación con las normas legales del Estado, lo que resulta de fundamental importancia para hacer prevalecer el tratado frente a la ley.¹¹ Así quedó también planteado en las actas de la tramitación de la reforma de 2005 en las que consta la preocupación en relación a que los tratados, una vez promulgados y publicados, formen parte del ordenamiento jurídico de la República, y estando en vigor, prevalezcan sobre las leyes y otras normas de inferior jerarquía.¹²

⁹ Sentencia Rol N° 288 de 24 de junio de 1999, Considerando 6 y 7.

¹⁰ Sentencia Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000, Considerando 12.

¹¹ Nogueira A. Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales” en “Reforma constitucional” 1ª edición 2005, Lexis Nexis, p. 533.

¹² Pfeffer U. Emilio, ob. cit. p. 287.

En la nueva normativa sobre tratados, establecida por la reforma constitucional de 2005, es posible advertir que existen argumentos de texto para afirmar la ostensible diferencia que hizo el constituyente entre ley y tratado nombrándolos específica y separadamente. Así, por ejemplo, el numeral 1º del artículo 93, que establece el control de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional, distingue entre “leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”, “leyes orgánicas constitucionales” y “normas de un tratado...”. Del mismo modo, el numeral 3º distingue entre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un “proyecto de ley” o de “reforma constitucional” y “de los tratados...”

Además de las razones de texto, el inciso quinto del N° 1 del artículo 54 es categórico al establecer la forma de derogación de los tratados. Al respecto dispone:

“Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Se desprende de ello que un tratado no puede ser derogado sino en la forma estipulada y no por una ley posterior. Lo dispuesto en este artículo resuelve claramente el problema de la primacía de los tratados, en el sentido que impide que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado. La solución, por lo demás, es consistente con lo establecido en las normas del derecho internacional, las que frente a un conflicto entre normas internacionales e internas, dan primacía a las primeras. Así lo establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 27) por haber sido aprobada y ratificada por Chile e incorporada al ordenamiento interno como ley de la República y, en consecuencia, obliga a todos los órganos del Estado.¹³

2.2. ¿Es posible el control represivo de constitucionalidad de un tratado internacional?

El artículo 54 N° 1 inciso 5, transcrito precedentemente, nos permite concluir que un tratado sólo puede derogarse de dos formas:

- a) en la forma prevista en el propio tratado; o
- b) de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

De modo tal que si el tratado no determina la forma de su propia derogación, deberán aplicarse las normas generales de derecho internacional, y las normas que a este respecto proceden, están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Así, el artículo 42 N° 2 de la Convención señala que “*la terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación*

¹³ La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue suscrita en 1969 y publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981.

de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado. Por otra parte, el artículo 27 dispone que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. Además, el artículo 26 establece que *“todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*.

A la luz de los antecedentes reseñados, cabe formularse la siguiente pregunta:

¿Si un tratado o algunas de sus normas vulneran la Constitución podría éste o alguna de sus normas ser dejados sin efecto por el Tribunal Constitucional en virtud de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por estimar que éste queda comprendido en la expresión “precepto legal” que emplea la Constitución? En otras palabras ¿podría el Tribunal Constitucional, en virtud de la nueva atribución otorgada por el artículo 93 N° 6, hacer efectivo el control represivo de constitucionalidad y declarar inaplicable un tratado?

El constituyente derivado otorgó al Tribunal Constitucional la atribución de “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” (artículo 93 N° 6).

La respuesta a la interrogante planteada ha de ser negativa. Ello, en atención a que hoy ha quedado establecido que el tratado tiene primacía sobre la ley, que no puede ser derogado por ésta y que, en consecuencia, ya no puede estimarse al tratado dentro de la categoría de “precepto legal”.

Pero además, conforme al tenor de la nueva disposición contenida en el inciso quinto del N° 1 del artículo 54, tampoco sería posible, porque la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal significa literalmente que éste queda sin aplicación. Y, aunque la declaración de inaplicabilidad puede referirse exclusivamente a algunos preceptos legales inconstitucionales y no a todo el cuerpo jurídico en que estas normas figuran, las que continúan aplicables y, aunque la declaración tiene efectos sólo para el caso particular, sin duda, cualquiera fuere el caso, produciría los mismos efectos que una derogación.

Además y a mayor abundamiento, de acuerdo con las nuevas atribuciones conferidas al Tribunal Constitucional, una vez declarada la inaplicabilidad, éste puede resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable.

En efecto, conforme al actual artículo 93 N° 7 el Tribunal Constitucional puede: *“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”*. Y, regulando la acción de inconstitucionalidad, el inciso 12 del mismo artículo dispone que habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. La regulación de los requisitos de admisibilidad de la acción pública así como la del

procedimiento para actuar de oficio se entregan a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son generales, ya que el artículo 94 de la Constitución se encarga de establecer que el precepto declarado inconstitucional “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.” En suma, debe entenderse que el precepto legal queda expulsado del ordenamiento jurídico.¹⁴

En consecuencia, admitir que un tratado tiene el rango de “precepto legal” y que por tanto puede ser objeto de un recurso de inaplicabilidad, significa estar de acuerdo en que éste puede eventualmente, por acción pública o de oficio por el Tribunal constitucional, ser declarado inconstitucional con efecto *erga omnes*, publicada su derogación en el Diario Oficial y expulsado del ordenamiento jurídico.

Pareciera que no pudo ser éste el espíritu del constituyente, ya que lo dicho colisiona abruptamente con lo dispuesto en el nuevo inciso quinto del N° 1 del artículo 54, que determina que las disposiciones de un tratado *sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas* en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Las nuevas facultades conferidas al Tribunal Constitucional determinan la existencia de un control abstracto y concreto concentrado en él, situándolo en una posición de preeminencia sobre el resto de los tribunales. “El Tribunal Constitucional es el órgano más idóneo por su estatus para conocer y resolver los conflictos constitucionales”¹⁵, lo que sin duda, favorece la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

Sin embargo, debemos tener presente que el Tribunal Constitucional es un órgano del Estado y como tal está sujeto al principio de juridicidad, debiendo someter su acción a la Constitución, actuar dentro de su competencia y conforme a las atribuciones que expresamente le han sido conferidas por ésta. Es importante la prudencia que debe tener el Tribunal al momento de interpretar sus propias facultades, ya que en esta tarea no está sujeto a control alguno.¹⁶

Cabe también recordar que uno de los principios de hermenéutica constitucional e internacional utilizados por el propio Tribunal “se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el

¹⁴ Ver opinión del Ministro del Tribunal Constitucional, Juan Colombo C. en “La Constitución Reformada de 2005”, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2005, p. 479.

¹⁵ Zúñiga U. Francisco, “Control concreto de constitucionalidad: Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”, en “La Constitución Reformada de 2005”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 2005, p. 490.

¹⁶ Carmona S. Carlos, “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas”, en “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, Revista de la Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Año 2001, p. 143.

intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución”¹⁷.

3. Conclusión

Estimamos, entonces, que a la luz de la nueva normativa constitucional establecida con la reforma de 2005, ya no cabría el control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales. Ello entraría en contradicción con la norma expresa del inciso quinto del N° 1 del artículo 54 y, además de contravenir la Constitución, vulneraría abiertamente los principios generales de derecho internacional como son los principios de *Jus cogens*, *Pacta sunt servanda* y *Bonna fide*, contenidos en la Convención de Viena transcritos anteriormente y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

¹⁷ Sentencia Rol N° 309 de 4 de agosto de 2001.