

LA JERARQUIA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

SALVADOR MOHOR ABUAUAD
Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

GUSTAVO FIAMMA OLIVARES
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

1. Los tratados internacionales en nuestro sistema jurídico tienen el valor normativo propio de una ley, esto es, poseen la misma jerarquía de ésta. En consecuencia, no resulta procedente desde el punto de vista constitucional sostener que éstos tendrían superioridad jerárquica en relación a aquélla.

2. La afirmación anterior se colige de la circunstancia de que, desde el punto de vista del ordenamiento interno, el autor orgánico de los tratados está integrado por el Presidente de la República y el Congreso Nacional, es decir, el mismo órgano que interviene en la generación de la ley. Como bien dice, el ilustre profesor español, Eduardo García de Enterría: "la jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de las mismas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que las producen: el legislador constituyente en su carácter de fundador del sistema; el legislador ordinario, que extrae su legitimidad y su poder del sistema fundado por aquél; el gobierno, órgano subordinado al cuerpo representativo ante el que es responsable... y las demás autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía"¹. Pues bien, teniendo presente que entre el autor de los tratados y el de las leyes no existe relación de jerarquía orgánica, mal podría afirmarse que los tratados tengan prevalencia normativa respecto de la ley.

3. No existe en esencia, por tanto, una relación de jerarquía entre la ley y el tratado, sino, más bien, una distribución de competencias. En relación con este punto expresa el profesor español Rodríguez Zapata, lo siguiente: "la respuesta a la ubicación normativa de

¹Curso de Derecho Administrativo (2 vols.), Civitas, 1982, I, p. 135.

Los tratados dentro del ordenamiento jurídico 'hay que buscarla no en el principio de jerarquía, sino en el principio de competencia'. La materia cubierta por los tratados y convenios internacionales queda acotada como una esfera autónoma más dentro de nuestro concreto sistema de fuentes y sometida a un tratamiento específico, el propio del derecho internacional, tratamiento que la defiende frente a eventuales invasiones por cualesquiera otros tipos de normas legales cuyo ámbito operativo se circunscribe a bloques de materias diferentes y separadas"².

4. En tal sentido, la respuesta que debe darse al problema de la ubicación jerárquica de los tratados, dentro de nuestro ordenamiento, no difiere en absoluto de la que se ha dado respecto de las leyes orgánica-constitucionales y de quorum calificado, en cuanto éstas no constituyen una jerarquía superior a la de la ley común, sino ámbitos competenciales paralelos frente a un mismo legislador, tal como lo sostiene la doctrina nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que queda de manifiesto cuando este órgano jurisdiccional declina pronunciarse sobre la constitucionalidad de aquellas normas incorporadas a un proyecto de L.O.C. por el hecho de ser propias de la competencia de la ley común.

5. La interpretación que se sustenta es plenamente concordante con la concepción del constituyente, según la cual, los tratados internacionales no ostentan una jerarquía superior a la ley. En efecto, en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se planteó derechamente la cuestión de si los tratados tendrían valor jerárquico superior. Al respecto en la sesión 368, de 9 de mayo de 1978, se señala por el señor Ortúzar que quedaría pendiente el problema relativo "a si el tratado, como norma jurídica, tendrá valor por encima de la ley interna" (pág. 2516). De acuerdo con lo anterior en la sesión 371, de 16 de mayo de 1978, se aprueba por la Comisión que los tratados tendrán fuerza de ley. Fundamentando el acuerdo, la señora Bulnes destaca "que durante la vigencia del sistema establecido en la Constitución de 1925 los tratados se aprobaban con un acuerdo que invariablemente la jurisprudencia estimó que tenía fuerza de ley, y tanto es así que, a su respecto, podría interponerse el recurso de inaplicabilidad" (pág. 2584).

²*Derecho Constitucional y sistema de fuentes del Derecho en la Constitución española. Un estudio sistemático.*

6. La doctrina chilena mayoritariamente ha sostenido que el tratado es jerárquicamente equivalente a la ley. En este sentido se han pronunciado Andrés Bello, Santiago Prado, Jorge Hunneus, Alejandro Silva Bascuñán, Carlos Estévez, Mario Bernaschina, Enrique Silva Cimma, Patricio Aylwin, entre otros destacados juristas nacionales.

7. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado del mismo modo, al expresar que “la exigencia constitucional de que intervengan en la aprobación de los tratados los cuerpos legislativos, hace que sean verdaderas leyes, ya que en su generación, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley”³.

8. En armonía con lo que se ha expresado, el DL. 247, de 1974, sobre tramitación de los tratados internacionales, en su artículo 5° expresa que: “Una vez que se haya efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, *que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República*”.

9. Confirma la equivalencia de jerarquías del tratado y la ley el hecho de que resulte procedente, desde el punto de vista constitucional, la regulación de materias propias de ley por la vía del tratado internacional, sin que ello signifique la transgresión al principio de reserva legal. En efecto, la regulación de estas materias por vía de tratado no rompe el principio de reserva legal desde que los mismos órganos constitucionalmente llamados a legislar son los que intervienen en la elaboración del tratado.

10. Ha quedado suficientemente demostrado que los tratados internacionales poseen en esencia la misma jerarquía de una ley. Sin embargo, conviene reiterar que ello no significa sostener que la ley pueda derogar o modificar un tratado internacional incorporado válidamente al ordenamiento interno, desde que, como se ha afirmado, teniendo el tratado y las diversas clases de leyes órbitas de competencia au-

³RDJ, tomo XII, sección I, p. 94.

tónomas no podrían éstas invadir el campo competencial del tratado, el que únicamente sería modificable o derogable según las normas del propio tratado o del Derecho Internacional. Quedó constancia expresa en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución del consenso de sus miembros acerca de que un ley no puede modificar un tratado⁴.

11. Cabe precisar que los alcances generales que se han hecho en los párrafos precedentes respecto de la jerarquía de los tratados internacionales, son aplicables enteramente a los tratados internacionales sobre derechos humanos a que se refiere el artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución. En consecuencia, no es procedente afirmar que los tratados sobre derechos humanos tengan rango o jerarquía de norma constitucional. En efecto, si se observa con atención, la Constitución, en el precepto citado, no ha hecho más que ratificar en forma expresa la imposibilidad jurídica de que el poder normativo interno derogue o reforme el contenido de los tratados internacionales, lo cual, según se ha explicado, es aplicable respecto de cualquier tratado internacional por efecto del principio de competencia.

12. De acuerdo con el citado principio, la ley que invadiera el ámbito competencial asumido por el tratado, sería contraria a la Constitución, en razón de transgredir su artículo 50 número 1, en relación con el artículo 32 número 17, que permiten que las materias de ley puedan también ser reguladas a través del régimen jurídico de los tratados internacionales, el que, por tanto, desde entonces hace improcedente el empleo del sistema de regulación por vía de ley.

Esta conclusión se ve reforzada respecto de los tratados en materia de derechos humanos, por cuanto, a las disposiciones recién indicadas cabría indicar el artículo 5º, inciso 2º, del mismo cuerpo constitucional. Por consiguiente, una ley que viniera a contradecir un tratado internacional sobre derechos humanos sería inconstitucional por transgredir todos los preceptos constitucionales mencionados.

Además de las normas indicadas, debe considerarse que el legislador que violase el contenido de un tratado infringiría necesariamente el artículo 7º, incisos 1º y 2º, en cuanto se estaría atribuyendo una competencia de la cual constitucionalmente ha sido desplazado.

⁴Sesión 371, pp. 2587-2588.

La inconstitucionalidad de la ley a que se refiere el párrafo anterior podría ser reclamada, preventivamente, en el Tribunal Constitucional y, a posteriori ante la Corte Suprema vía recurso de inaplicabilidad.

13. Es menester precisar que las leyes anteriores al tratado internacional que recaen sobre la misma materia, deben entenderse tácitamente derogadas en todo aquello que sea contrario a la regulación internacional, una vez que ésta entre en vigencia, siempre y cuando el órgano legislativo tenga facultad constitucional para abrogar dichas leyes, porque no siempre la tiene, como a continuación se precisa. En efecto, el Congreso no podría constitucionalmente prestar su aprobación a un tratado que viniese a derogar o desconocer preceptos con valor de ley respecto de los cuales carezca de competencia de contrario imperio, v.gr., derogar o modificar otro tratado sin acuerdo de los estados partes, derogar leyes de amnistía o indultos generales; así como también leyes que hayan sido aprobadas con quorum, especial, tales como, leyes orgánica-constitucionales y de quorum calificado.

14. Consecuente con el principio de competencia debe tenerse presente el ámbito de las materias de ley que son abordables por la vía del tratado. Al respecto hay que puntualizar que existen materias de ley que quedan constitucionalmente marginadas de la regulación por vía de tratado. Desde luego cabe excluir a las materias reservadas por el constituyente, exclusiva y excluyentemente, a las leyes orgánico-constitucionales y de quorum calificado, que según la Constitución están sujetas a un régimen jurídico especial. Igual conclusión cabe formular respecto de la amnistía y de los indultos generales, en cuanto no podría válidamente un tratado hacerlas objeto de su regulación en razón que según la Constitución deben comenzar a discutirse en el Senado, en circunstancias de que la aprobación de los tratados se inicia en la Cámara de Diputados. Además, tratándose de delitos terroristas, la Constitución exige que la ley respectiva se apruebe con un elevado quorum (dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara), en cambio, el quorum de aprobación de un tratado no es otro que el de la mayoría de los miembros presentes en cada Cámara. Por otra parte, téngase presente que las leyes de amnistía y de indultos generales una vez dictadas no pueden ser derogadas, pues, la Constitución autoriza sólo para concederlas (artículo 60 número 16). Reafirma todo lo dicho, en cuanto a que el

tratado no puede regular materias de ley sujetas a un procedimiento especial, lo absurdo que resultaría que por vía de tratado se terminara abordando materias reservadas a la ley de presupuestos (artículo 64). Un tratado internacional que asumiera la regulación de estas materias sería contrario a la Constitución, correspondiéndole al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema declarar preventiva o represivamente la inconstitucionalidad respectiva.

15. De todo lo anterior se colige que los tratados internacionales, siendo equivalentes en jerarquía a la ley en nuestro ordenamiento jurídico, están sometidos a la supremacía de la Constitución. En consecuencia, los tratados anteriores a ésta cuyas disposiciones la contrarían deben considerarse tácitamente derogadas a partir de su entrada en vigor. Por su parte, los tratados posteriores a la Constitución cuyas normas se le opongan son inconstitucionales y activan, en consecuencia, los mecanismos de defensa constitucional (artículos 80, 82 números 2, 90 y 96 de la Constitución).

16. La superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, cualesquiera sea su naturaleza, se desprende de diversos preceptos de la Constitución. Desde ya el artículo 6° dispone que todas las normas jurídicas, sin distinción, incluidas por cierto las contenidas en los tratados, deben dictarse conforme a la Constitución. Las atribuciones que, por su lado, el artículo 32 número 17 otorga al Presidente de la República para firmar y concluir tratados internacionales, y que configuran su "potestad exterior", no son autónomas ni ilimitadas, por cuanto, ellas deben ejercerse de acuerdo con las normas de la Constitución (artículos 6, 7, 24 inciso 2° y 27 inciso final) y con los "intereses del país" como ese mismo numeral lo ordena. En el mismo sentido se desprende del artículo 50 número 1, inciso 2°, de la Constitución, que el Presidente de la República y el Congreso Nacional, a lo más, están facultados para celebrar tratados sobre materias propias de ley (artículo 60), por lo que, en consecuencia, carecerían de competencia para ejercer dichas facultades más allá del campo de la potestad legislativa. En efecto, el ejercicio de la potestad constituyente derivada, es decir, el poder de reforma de la Constitución, no puede ejercerse bajo el régimen de los tratados internacionales, como sucede con la potestad legislativa, sin quebrantar, al

mismo tiempo, los preceptos constitucionales relativos al procedimiento de reforma de la Constitución previsto en el capítulo XIV de la misma (artículos 116 a 119). Confirma todo lo dicho el precepto del artículo 82 número 2, de la Constitución, en cuanto faculta al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de un tratado internacional, lo cual pone de manifiesto que en concepto del constituyente los tratados se encuentran sometidos al principio de supremacía constitucional.

17. El Tribunal Constitucional, en fallo de 21 de diciembre de 1987, rol 46, sostiene que "las normas constitucionales, en el orden interno prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales. La prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionadísimos, en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario"⁵.

18. Concordante con lo sostenido en el punto anterior, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución sostuvo la plena procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los tratados internacionales en razón de tener fuerza de ley. En tal sentido la Sra. Bulnes afirma que la jurisprudencia ha estimado siempre que los tratados internacionales tienen fuerza de ley, de modo que a su respecto puede interponerse el recurso de inaplicabilidad. El Sr. Bertelsen, por su parte manifiesta: "que el hecho de que un tratado tenga fuerza de ley significa que no puede modificar la Carta Fundamental, siendo posible, por tanto, deducir recursos en su contra en el plano interno"⁶.

19. La doctrina nacional invariablemente ha sostenido la mayor jerarquía de la Constitución sobre la ley. Patricio Aylwin

⁵Vid. *Fallos del Tribunal Constitucional. 1985-1992*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, 54-107.

⁶Sesión 371, pp. 2584 a 2587.

expresa que: "no cabe duda respecto a que no pueden prevalecer en ningún caso sobre la propia Constitución Política los tratados internacionales"⁷. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Alejandro Silva Bascuñán⁸; sobre el mismo punto, García de Enterría afirma que el tratado "habrá de moverse siempre en el marco de la Constitución, como, por otra parte, resulta obvio"⁹.

20. La modificación introducida en 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, por la ley 18.825, en caso alguno supone alterar el principio de la superioridad jerárquica de la Constitución respecto del tratado. En efecto, el informe de las Comisiones Legislativas Conjuntas emitido en relación con el proyecto de reforma constitucional del artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución, deja constancia que "en relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales".

21. Conviene precisar que, no obstante la incontestable superioridad jerárquica de la Constitución sobre el tratado, el poder constituyente derivado carece constitucionalmente de competencia para modificar o derogar los tratados en vigor. Lo anterior se deriva como consecuencia de que la propia Constitución contiene como un principio esencial en materia internacional el de la "intangibilidad de los tratados internacionales", que se encuentra subyacente en los artículos 50, números 1 y 32, número 17, y en relación con los tratados sobre derechos humanos en el artículo 5°, inciso 2°, y del cual se dejó expresa constancia en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Al respecto el Sr. Ortúzar expresa "encuentra razón al Sr. Guzmán respecto del principio de la intangibilidad de los convenios internacionales. Agrega que le preocupa que en el futuro se interprete la expresión "fuerza de ley" como que el sistema institucional acepta que una norma legal pueda modificar los acuerdos con otros países, porque se destruiría la firmeza de la defensa chilena

⁷ *Apuntes de Derecho Administrativo*, Ed. Universitaria, 1960, 64.

⁸ En su *Tratado de Derecho Constitucional* (3 vols.), Ed. Jurídica de Chile, 1963, III, 443.

⁹ *Ob. cit.*, 148.

respecto de su intangibilidad y serían susceptibles de revisión de los límites nacionales fijados por tratados”¹⁰.

Un proyecto de ley de reforma constitucional que modificara o derogara un tratado internacional sería inconstitucional, y quedaría, por tanto, expuesto, previo requerimiento, a la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

22. En consecuencia, el poder normativo interno, sea en su expresión legislativa o constituyente, no puede modificar o derogar los tratados internacionales. Sin embargo, debe precisarse que dicho principio no es absoluto en cuanto los tratados internacionales, debiendo ajustarse en el plano interno, a las exigencias de la Constitución y, en el plano exterior, a los requerimientos del Derecho Internacional, se encuentran expuestos a la revisión judicial respectiva. Por consiguiente, los tratados internacionales, en el plano interno, son intangibles en cuanto su contenido no se oponga a los preceptos de la Constitución, como bien lo sostuvo el profesor Silva Bascañán en una proposición de la cual se da testimonio en la sesión 364 (p. 2453), de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. No resulta, pues, contradictorio, con el principio de intangibilidad de los tratados, afirmar la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que, como antes se ha dicho, quienes ejercen la “potestad jurídica internacional” deben obrar siempre conforme a la Constitución y, por tanto, los tratados que celebren no pueden ir en contra del cuerpo de normas fundamentales. Lo contrario significaría aceptar que el principio de intangibilidad se constituya en una licencia para vulnerar la Constitución, lo cual resulta enteramente absurdo tanto desde el punto de vista del Derecho Interno como del Derecho Internacional.

23. A la luz de todo lo expuesto debe esclarecerse la situación del DL. 2191, de 1978, sobre amnistía, frente a los tratados internacionales anteriores o posteriores a ella.

El decreto ley, citado fue dictado en conformidad al artículo 44, número 13, de la Constitución de 1925, que dispone “Sólo en virtud de una ley se puede: 13. Conceder indultos generales y amnistías”.

¹⁰Sesión 317, p. 2587.

Del precepto citado se desprende que el órgano legislador estaba facultado constitucionalmente para dictar dicho cuerpo legal, el cual, por tanto, es perfectamente constitucional.

No altera en absoluto dicha conclusión la existencia de un tratado internacional anterior o posterior a la dictación de dicha ley.

En efecto, en la hipótesis de que un tratado anterior a la ley de amnistía prohibiera amnistiar determinados delitos, habría que concluir, que ese tratado, en cuanto establece semejante prohibición, sería contrario a la Constitución, desde que el tratado estaría privando al órgano legislador de una potestad que le ha sido constitucionalmente asignada y que no ha podido ser reformada o suprimida válidamente por un simple tratado. Si bien es cierto que, una ley posterior, como lo sería en nuestra hipótesis el DL. 2.191, no puede, en virtud del principio de intangibilidad de los tratados, modificar o derogar un convenio internacional, ello, según se ha explicado ya, está condicionado a la constitucionalidad del tratado, en términos tales que, de no ser así, debe prevalecer la ley sobre este último.

A la argumentación anterior hay que agregar que la amnistía escapa a la competencia del tratado en cuanto ésta se encuentra sometida a un procedimiento constitucional especial, reservado sólo a la ley, que se inicia en el Senado y no en la Cámara de Diputados.

En la hipótesis en que el tratado, que prohibiera total o parcialmente la amnistía, hubiere entrado en vigor con posterioridad a la ley de amnistía, igualmente habría que concluir que ese tratado es inconstitucional en razón de que, mediante él, se estaría contrariando un precepto constitucional, como es aquel que faculta al legislador para amnistiar, por lo que dicho tratado no podría válidamente afectar la plena vigencia de la ley anterior.

Por otra parte, se debe tener presente que las leyes de amnistía por expresa disposición de la Constitución, atendida su naturaleza, son inderogables, es decir, una vez dictadas no pueden dejarse sin efecto por vía de ley ni de tratado. En efecto, tanto la Constitución de 1925 como la de 1980, sólo facultan al legislador para "conceder" la amnistía y no para revocarla (artículo 60 número 16, incisos 1° y 2°, de la Constitución de 1980, y 44 número 13, de la Constitución de 1925). En consecuencia, el Presidente de la República y el Congreso jamás podrían constitucionalmente por vía de tratado dejar sin efecto la amnistía; lo que les está vedado disponer por ley, no lo pueden hacer por

tratado. La derogación de la amnistía, pues, no es materia de ley ni mucho menos de un tratado internacional. El principio de la inderogabilidad de las leyes de amnistía, consagrado constitucionalmente, tiene como fundamento la necesidad de salvaguardar las situaciones jurídicas constituidas al amparo de la ley de amnistía y que se generan a raíz de la despenalización consustancial a ella. El tratado o la ley posteriores significarían arrasar, lisa y llanamente, con el principio de irretroactividad de la ley penal y, en consecuencia, con el principio de seguridad jurídica.

24. Las conclusiones del punto anterior no se ven afectadas por la modificación del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución, introducida mediante reforma constitucional el año 1989. En efecto, el citado precepto garantiza la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos anteriores o posteriores a ella, bajo la obvia condición de que todos ellos se adecúen en su contenido a los preceptos de la Constitución, pues ella, a pesar de la reforma, continúa siendo la norma suprema.

Por consiguiente, los tratados internacionales vigentes al momento de entrar a regir la Carta de 1980, que fueron derogados o modificados por ésta, en razón de su incompatibilidad con ella, mantienen la misma condición. Ahora bien, en lo que respecta a los tratados que entraron en vigor con posterioridad a la vigencia de la Constitución y que se oponían a sus preceptos, mantienen su inconstitucionalidad.

El artículo 5º reformado, en consecuencia, no ha tenido la virtud de hacer revivir los preceptos de tratados que fueron derogados con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, como tampoco de constitucionalizar aquellos tratados dictados con posterioridad y opuestos a ella.

Por lo dicho, el régimen constitucional de la amnistía contenidos en el artículo 44, número 13, de la Constitución de 1925, bajo cuyo imperio se dictó la ley de amnistía, así como el establecido en el artículo 60, número 16, de la Constitución de 1980, no han podido ser modificados por tratados que no tenían ni tienen rango constitucional, y que, o bien se encuentran derogados total o parcialmente, o bien deben considerarse inconstitucionales.

Huelga decir que los tratados que han entrado en vigor con posterioridad a la reforma de 1989 deben considerarse válidos en la

medida que se adecúen a los preceptos superiores de la Constitución, sin que, por tanto, hayan podido alterar el régimen constitucional de la amnistía previsto en las disposiciones citadas.

En conclusión, el único parámetro de validez para evaluar la constitucionalidad del DL. 2191, de 1978, sobre amnistía, está constituido por los preceptos contenidos en los artículos 44 número 13 y 60 número 16, de las Constituciones de 1925 y 1980, respectivamente. De acuerdo con este criterio dicho DL. se encuentra ajustado al texto y espíritu de ambas Constituciones y, por tanto, plenamente vigente.