



Premio “Tribunal Constitucional” 2015

MENCIÓN HONROSA - 3^{ER} LUGAR

LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD
POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE
LOS TRATADOS INTERNACIONALES

NICOLÁS LEÓN HENRÍQUEZ

Premio “Tribunal Constitucional” 2015



Premio “Tribunal Constitucional” 2015

MENCIÓN HONROSA - 3^{ER} LUGAR

LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD
POR INCONSTITUCIONALIDAD
SOBRE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES

NICOLÁS LEÓN HENRÍQUEZ

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Teléfono [56-2] 721 92 00 • Fax [56-2] 721 93 03
Apoquindo N° 4.700, Las Condes, Santiago de Chile
secretaria@tcchile.cl
www.tcchile.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 260.325
Derechos Reservados
Diciembre de 2015

Director de Publicaciones
Cristián García Mechsner

Primera edición
300 ejemplares

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas Ltda.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
--------------------	---

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

1. GENERALIDADES.....	11
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD	12
3. REQUISITOS PARA EJERCER ESTA ACCIÓN SEGÚN EL ART. 93 N°6 DE LA CONSTITUCIÓN.....	13
4. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA MATERIA ATINGENTE	15
a) Generalidades.....	15
b) La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional exigiría más requisitos que la Constitución para interponer un requerimiento de inaplicabilidad	16
c) Efecto erga omnes de la Acción de Inaplicabilidad	18
d) Aplicación del principio del efecto útil	20
5. LA RELACIÓN ENTRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	21

CAPÍTULO II

ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD Y TRATADOS INTERNACIONALES

1. GENERALIDADES.....	25
2. LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	27
3. PRIMERA POSTURA: LOS TRATADOS INTERNACIONALES SON INFRACONSTITUCIONALES Y ASIMILABLES A UN “PRECEPTO LEGAL”.....	29
4. ALGUNOS ALCANCES CRÍTICOS A ESTA POSTURA	36
a) Crítica al “argumento de las materias”	37
b) Críticas al “argumento de la asimilación”	37

c) Algunos problemas originados por el control de convencionalidad.....	44
5. SEGUNDA POSTURA: LOS TRATADOS INTERNACIONALES SON SUPRACONSTITUCIONALES Y NO SON UN “PRECEPTO LEGAL”	51
a) Generalidades.....	51
b) Argumento del “dualismo” y de la aplicación preferente del tratado internacional sobre la norma nacional.....	51
c) El argumento del efecto útil.....	58
d) El tratado internacional no constituye un precepto legal	58
6. ALGUNOS ALCANCES CRÍTICOS A ESTA POSTURA.....	62
 CAPÍTULO III	
CRÍTICA A LAS POSTURAS QUE NIEGAN LA POSIBILIDAD DE USAR LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE UN TRATADO INTERNACIONAL	
1. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS NEGACIONISTAS.....	67
2. UN ARGUMENTO A FAVOR DE LA PROCEDENCIA DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD: EL PRINCIPIO PRO HOMINE	71
3. OTRAS REFLEXIONES EN TORNO AL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD	74
 CONCLUSIONES	 83
 BIBLIOGRAFÍA	 85

INTRODUCCIÓN

El objetivo central de este trabajo es determinar si es posible ejercer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre un tratado internacional.

Dar respuesta a lo anterior nos parece de suma importancia, ya que a nivel jurídico se están dando profundas transformaciones, con la constante evolución del Derecho Internacional. En efecto, cada vez éste es concebido en términos más absolutos, extendiéndose incluso a materias que naturalmente han sido de competencia del Derecho interno de cada Estado, quedando el mismo en la imposibilidad de aplicar su legislación por riesgo a caer en la responsabilidad internacional. En consecuencia, ¿queda un Estado imposibilitado de ejercer controles sobre un tratado internacional una vez que estos han sido ratificados e incorporados al ordenamiento jurídico interno? ¿Cuál es el alcance de la obligación del Estado al incorporarlos? ¿Se puede utilizar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto de tratado internacional cuando éste, en el caso concreto, produzca efectos contrarios a la Constitución?

Como vemos, muchas veces la norma internacional puede verse enfrentada con el principio de supremacía constitucional. Por ende, cuando un mismo asunto pudiera quedar regido por ambas normas, debemos dilucidar de alguna forma cuál prima, si la interna de cada Estado o la internacional.

Para responder a las interrogantes planteadas, haremos un análisis de los distintos preceptos constitucionales y de las sentencias más emblemáticas del Tribunal Constitucional referentes a la materia, para intentar dilucidar qué fuerza vinculante tiene un Tratado Internacional en el Derecho chileno, y si los mecanismos de control consagrados en nuestra legislación son susceptibles de ser aplicados a ellos, después que han sido incorporados al ordenamiento jurídico interno.

Sin perjuicio que desarrollaremos esto en el curso del presente trabajo, antes de dar inicio a esta investigación, debe recordarse que existen distintas posturas en cuanto a la posición que ocupan los Tratados Internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

- 1) ***El tratado internacional es supra constitucional:*** Implica que el Derecho Internacional Público tendrá mayor jerarquía que las normas nacionales, con lo cual puede reformar sin más incluso la propia Constitución.
- 2) ***El tratado internacional es infra constitucional, pero supra legal:*** Aquí el tratado internacional debe someterse a la Constitución. Por ende:
 - a) El tratado internacional deberá someterse a las normas de recepción establecidas en la Constitución.
 - b) La Constitución le señala el procedimiento de incorporación y sólo cumplido aquel el tratado internacional podrá comenzar a regir internacionalmente.
 - c) El tratado internacional tendría mayor jerarquía que la ley, por tanto:
 - Se descarta que el tratado sea equivalente a un precepto legal¹
 - Se descarta la posibilidad de un control represivo de constitucionalidad sobre un tratado internacional.
 - Si un tratado versa sobre materias propias de ley, reguladas por el art. 63 de la Constitución, se entiende que este es considerado un “precepto legal”, como ha sostenido el Tribunal Constitucional en el fallo Rol N° 1288. Es lo que nosotros llamaremos “argumento de las materias”.
 - Un tratado internacional podría regular sin más cualquier materia legal, pero éste tendrá una jerarquía mayor, a la ley; por tanto, la forma en que éste la regule sería irrefutable, estando por ello exenta de cualquier control.
- 3) ***El Tratado internacional es infra constitucional, pero de igual jerarquía que una ley:*** Ello implica que podría aceptarse el “argumento de las materias” y pese a no ser propiamente una ley, nada impediría que los tratados puedan asimilarse a ella, quedando así comprendidos dentro de la denominación “precepto legal”. A esto nosotros lo llamaremos

¹ Por de pronto diremos que precepto legal implica toda aquella norma de jerarquía legal, dentro de los cuales se incluyen a los Decretos Leyes y a los Decretos con fuerza de Ley.

“argumento de la asimilación”², que ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional en el fallo Rol N° 1288. En consecuencia, los tratados internacionales serían “preceptos legales” y podrían ser objeto de control represivo.

- 4) ***El tratado internacional es infra constitucional e infra legal:*** Tendría así un tratamiento similar a las normas de inferior jerarquía que la de una ley, y estaría sujeta a los controles que contempla para ellas la Constitución y las leyes.

Habiendo dejado en claro lo anterior, procederemos a desarrollar el tema objeto de este trabajo.

² Se refiere a que pese a que los tratados internacionales no son ley propiamente tal, nada impide que puedan asimilarse a ellas quedando comprendidas dentro del concepto de precepto legal.

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

1. GENERALIDADES

La Constitución establece en su artículo 93N° 6 el llamado “requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad” en los siguientes términos:

“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.”

El objeto de esta acción, ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es:

“Resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución ante los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las normas constitucionales.”³

En cuanto a su alcance, se ha establecido por dicho Tribunal que:

“..La decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. De esta manera, el que en un caso determinado

³ Rol N° 1955-11, consid. 7° .

*se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración. A las características ya referidas se añade el efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad, que se traduce en que, declarado por esta Magistratura que un precepto legal preciso es inaplicable en la gestión respectiva, queda prohibido al tribunal que conoce de ella, aplicarlo. En cambio, en caso de desecharse por este Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad intentada, el juez de la instancia recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce, sin que necesariamente deba ella ser la misma cuya constitucionalidad fue cuestionada sin éxito”.*⁴

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

De acuerdo a lo que señala la doctrina, se trata de un control concreto de constitucionalidad y no abstracto⁵.

En términos generales, el control concreto implica que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad opera en el marco específico de la aplicación de la norma controlada y de los efectos particulares que podría generar su aplicación en el ámbito de un caso pendiente⁶.

Por el contrario, de acuerdo a la magistratura constitucional, en el control abstracto, se contrasta la norma constitucional con el precepto legal, con prescindencia de los efectos que su aplicación pudiere generar en cualquier caso particular sometido a proceso.⁷

Por eso el Tribunal Constitucional ha resuelto al respecto:

“CUARTO: Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, 473, 517 y 535, este Tribunal ha precisado la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, estableciendo que de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por moti-

⁴ Rol N° 664-06 consid.8° .

⁵ Al respecto ver, ente otros, POBLETE RIVAS, DIANA; *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 51, Año 2013, pp. 164.

⁶ Cfr. Rol 871-07 consid.5° .

⁷ Cfr. Rol 871-07 consid. 5° .

vos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior;

QUINTO: Que lo expresado deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una trascendencia mayor de la que se le atribuía antes de 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. De esta manera, el que en un asunto determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración,”⁸

Por tanto, la labor del requerimiento de inaplicabilidad busca asegurar el principio de la supremacía constitucional, pues tiene por objeto ver si el precepto legal impugnado, para el caso particular respecto del cual se está tratando de invocar, produce o no efectos contrarios a la Constitución. Se trata así de una acción dinámica, que se adapta a la realidad concreta, siendo por ello un complemento del control preventivo de constitucionalidad, el que tiene un carácter abstracto.

3. REQUISITOS PARA EJERCER ESTA ACCIÓN SEGÚN EL ART. 93 N° 6 DE LA CONSTITUCIÓN

Los requisitos pueden ser divididos de la manera que sigue:

a) Sujeto activo: Señala el art. 93 N° 6 inc. 11 de la Constitución que “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”.

Por su parte, agrega el art. 79 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional:

“En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.”

b) Debe verificarse la existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial: El Tribunal Constitucional ha interpretado este

⁸ Rol N° 781-07 consid.4° y 5°.

requisito expresando que la causa no debe encontrarse firme y ejecutoriada⁹. También se ha entendido que existe gestión pendiente aun cuando la demanda no esté notificada¹⁰, e incluso si la causa se encuentra suspendida¹¹.

c) ***Que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto:*** Por de pronto, podremos señalar que éste se refiere a normas de jerarquía legal, incluyéndose los Decretos Leyes, los Decretos con Fuerza de Ley y los tratados internacionales¹². Veremos en páginas posteriores la discusión que existe en torno a la noción de “precepto legal”.

Cabe mencionar que una unidad de lenguaje debe ser considerada precepto legal, de acuerdo al art. 93 de la Constitución, cuando éste tenga la aptitud de producir efectos contrarios a la Constitución¹³.

Además, el precepto legal debe ser decisivo en la resolución del asunto. Según la doctrina, el precepto debe tener una relevancia genuina en la decisión del caso; de lo contrario no podrá ser declarado inaplicable. Lo anterior, con el objeto de que el Tribunal Constitucional no realice pronunciamientos de inaplicabilidad abstractos sin vinculación entre la gestión pendiente y el precepto legal, frustrando así el verdadero espíritu del control de constitucionalidad.¹⁴

Es por eso que la magistratura constitucional ha estimado que para que el precepto legal resulte decisivo, y que éste pueda resolver el fondo

⁹ Rol N° 1883-10, 15 de marzo de 2011: “encontrándose ejecutoriada la sentencia (...) y habiendo tenido la requirente el derecho a interponer los recursos legales que en su contra procedían, no es factible volver a discutir sobre cuestiones de hecho”.

¹⁰ Cfr. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE: *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 43, Año 2011, p. 63.

¹¹ Rol 2363-12, 14 de enero de 2014, consid. 3° voto por rechazar, letra A): “Que, en esta especie, evidentemente existe una gestión judicial pendiente, la cual consiste en el recurso de apelación rol N° 3278-2012, tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, interpuesto por la querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, en contra de la resolución dictada por el 14° Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT 11.115-2012, RUC 1210032844-3, de fecha 20 de noviembre de 2012, mediante la cual ese Tribunal se declaró incompetente, ordenando remitir los antecedentes a la Fiscalía Militar correspondiente. Dicha causa se encuentra suspendida en su tramitación por orden de esta Magistratura Constitucional, de fecha 12 de diciembre de 2012”.

¹² NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE: *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, ob.cit.p.65

¹³ Cfr. Rol N° 626-06, consid. 3°.

¹⁴ Cfr. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN (2013). “Las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común”. Ediciones Universidad Diego Portales, p. 42.

del asunto, debe permitir, impedir o dificultar ostensiblemente el conocimiento y decisión de la controversia¹⁵.

d) Que la impugnación esté razonablemente fundada: En opinión del Tribunal Constitucional el alcance de esta exigencia se extiende a:

“..Que la exposición de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada y supone, asimismo, una explicación suficiente y una meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión concreta que se somete al Tribunal.”¹⁶

Por otro lado, ha complementado lo anterior señalando:

“Entre otros requisitos, que la cuestión de constitucionalidad esté fundada razonablemente, condición que implica –como exigencia básica- que el o los preceptos legales objetados contraríen la Constitución en su aplicación al caso concreto, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente, de modo que la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituya la base indispensable de la acción ejercida.”¹⁷

e) Que se cumplan los demás requisitos legales: Esto se refiere principalmente a las normas procesales consagradas en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en sus artículos 79 y siguientes.

4. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA NORMATIVA ATINGENTE

A) GENERALIDADES

La reflexión que presentamos a continuación pretende hacer hincapié en tres aparentes incongruencias que existirían entre la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ello, porque esta última le impondría al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, requisitos no previstos por la Carta Fundamental, en particular en su artículo 93, tanto en su N° 6 como en su inciso 11.

Lo anterior podría constituir a nuestro juicio, un atentado contra la supremacía constitucional. Por ello nos parece relevante al menos exponer cómo se darían estos aparentes problemas de manera general, sin el ánimo de pretender agotarlo ni mucho menos, sino solo de fomentar el debate y las posibles soluciones al mismo.

¹⁵ Cfr. Rol N° 792-07, consid. 5°, en el mismo sentido ver Sentencia Rol N° 512-06.

¹⁶ Rol 792-07, consid. 10°.

¹⁷ Rol N° 782-07, consid. 5°.

A continuación se expondrán los tres problemas que a nuestro juicio existen a este respecto.

B) LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXIGIRÍA MÁS REQUISITOS QUE LA CONSTITUCIÓN PARA INTERPONER UN REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

A nuestro entender, este problema se presentaría particularmente en el artículo 51 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el que expresa lo siguiente:

“Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado o de un proyecto de ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política, en los términos señalados en los artículos anteriores no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.

Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva.”

De acuerdo al inciso primero, se estaría dando a entender que si el Tribunal Constitucional, en ejercicio del control preventivo (tanto obligatorio como facultativo) ha declarado la constitucionalidad de las normas de un tratado internacional, mal podría interponerse una acción de inaplicabilidad que involucre algún precepto legal de dicho tratado ya declarado conforme a la Carta Fundamental.

Comparando esa disposición con el art. 93 N° 6 de la Constitución, que sólo exige que el precepto legal produzca efectos inconstitucionales en el caso concreto y cumpliendo obviamente con los requisitos del inciso 11¹⁸ del mismo artículo, podría concluirse que el requerimiento de inaplicabilidad sobre un proyecto de ley orgánica constitucional, de ley interpretativa o sobre un tratado internacional, procedería sólo si

¹⁸ Art. 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; Inciso 11: . En el caso del número 6o, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

no se ha declarado previamente la constitucionalidad de los mismos. Por tanto, éste sería un nuevo requisito no contemplado en el artículo 93.¹⁹

El inciso segundo es más categórico, pues señala que al declararse constitucional un precepto legal, no podrá ser declarado inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la primera sentencia respectiva.

Nótese que aquel inciso relaciona al control preventivo de constitucionalidad con el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pues haría depender de uno la procedencia del otro²⁰ y ello importaría nuevamente el problema que planteamos al referirnos al inciso primero del artículo en comento.

Cabe hacer notar que el texto original de la Carta del 1980 expresaba en su artículo 83 inciso 3:

“Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”

El espíritu del texto original de la Carta del 80 se encuentra reproducido en el inciso 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Ella vendría a constituir una norma de cierre, para evitar que se siga discutiendo acerca de los posibles efectos inconstitucionales que pudiera producir un precepto legal al caso concreto indefinidamente. Sin embargo, esta norma de cierre originalmente se encontraba expresamente en el articulado de la Constitución. Hoy ello no es así y se encuentra en una Ley Orgánica Constitucional, lo que equivaldría a decir que aquella exige más requisitos que la propia Constitución, vulnerando de esta forma el principio de supremacía constitucional.

Advertían esto los ministros Bertelsen y Vodanovic en su voto disidente de la sentencia Rol 1288-08, en los siguientes términos:

“Que los tres preceptos recién transcritos son inconstitucionales, pues agregan un nuevo requisito de admisibilidad al requerimiento de inaplicabilidad, más allá de lo establecido en el artículo 93, N° 6, e inciso decimoprimeros de la

¹⁹ Una estrategia que podría utilizar cierta doctrina internacionalistas para argumentar en contra de la inaplicabilidad sobre tratado internacional es intentar hacer pasar todos los tratados internacionales por el control preventivo de constitucionalidad, cumpliendo los requisitos del art 93 inc.2 y 4 de la Constitución y de esta forma se evitaría, en base al tenor literal del artículo 51 cualquier discusión respecto de la procedencia del requerimiento de inaplicabilidad sobre un tratado internacional.

²⁰ Ello implicaría que sólo si no se ha declarado la constitucionalidad de los preceptos de un tratado internacional o ley interpretativa o ley orgánica constitucional podría eventualmente requerirse de inaplicabilidad posteriormente.

Constitución, debiendo tenerse presente que el inciso decimoprimerο referido, al hablar de “los demás requisitos que establezca la ley”, se refiere a requisitos generales de admisibilidad de la acción y no a nuevos requisitos que, yendo más allá del texto de la Constitución, hagan más gravoso el ejercicio del requerimiento de inaplicabilidad, desnaturalizándolo, restando atribuciones al Tribunal Constitucional y poniendo en riesgo la supremacía constitucional”.

Cabe precisar que hasta esta época, existía jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se expresaba a favor de sostener que la declaración de conformidad a la Constitución de una norma, de acuerdo al control preventivo, no impedía el ejercicio posterior de un requerimiento de inaplicabilidad. Ello, porque establecía que el control de constitucionalidad previo no produce cosa juzgada de cara a un eventual control represivo particular. Ello, porque:

“La declaración sobre conformidad constitucional expedida en el control previo, no produce cosa juzgada en un proceso sobre inaplicabilidad pues tiene un objeto distinto y responde a finalidades disímiles. El examen en sede de inaplicabilidad versa sobre efectos o resultados que el precepto legal general en la gestión judicial pendiente.”²¹

Creemos que todo lo dicho hasta aquí es aplicable también al artículo 84 N° 2 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional que dice lo siguiente:

*“Artículo 84. Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:
2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva.”²²*

C) EFECTO ERGA OMNES DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

Este problema se desprende del artículo 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que expresa lo siguiente:

“Artículo 71. Declarado por el Tribunal que un precepto legal impugnado de conformidad a este Párrafo es constitucional, no podrá ser declarado posteriormente inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva.”

²¹ Rol 541-2006. Cabe precisar que esta sentencia es del año 2006 y la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es del año 2010.

²² Se refiere a la inadmisibilidad de la acción de inaplicabilidad, materia tratada en el Párrafo 6° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional bajo el título “Cuestiones de inaplicabilidad”.

Dicho artículo se encuentra situado en el Párrafo 3, que lleva por título “Cuestiones de Constitucionalidad sobre proyectos de ley, reforma constitucional y tratados en tramitación legislativa”, y que se refiere al requerimiento de inaplicabilidad.

Como vemos, sostiene que si se impugna un precepto legal de los que menciona dicho párrafo mediante una acción de inaplicabilidad, y el Tribunal Constitucional estima que aquel no contraviene la Ley Fundamental, no procede un nuevo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del mismo vicio que fue materia del primer proceso y de su sentencia. El problema, creemos, es que al darse en un caso concreto distinto a aquel en que fue primeramente declarado inconstitucional, sus efectos inconstitucionales podrían ser también diferentes.

Por lo tanto, se le impediría al recurso de inaplicabilidad realizar su función en el evento en que se diera este supuesto, agregando nuevamente un requisito extra a dicha acción para el caso en que proceda sobre proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados en tramitación legislativa, que sería el hecho de no poder invocar un precepto que previamente haya sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en conocimiento de un requerimiento de inaplicabilidad. Esto excedería los términos en que se encuentra regulada esta acción en artículo 93, N° 6 e inciso 11, de la Constitución.

Es decir, si bien nada impide el ejercicio de una acción posterior de inaplicabilidad sobre un precepto legal previamente declarado *inaplicable* al caso concreto, alegando el mismo vicio del proceso y sentencia respectiva para una situación nueva, el problema surge cuando la norma impugnada en aquel recurso previo ha sido declarada *conforme* a la Carta Fundamental por el Tribunal Constitucional, pues ello impediría deducir esta acción posteriormente. Sin embargo, lo anterior significaría que la declaración de *constitucionalidad* de un precepto legal en un caso concreto produciría efectos *erga omnes*, afectando así a todos los demás casos en que se invoque aquel precepto legal y se alegue el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva, aunque se produzca en circunstancias totalmente distintas en los otros casos concretos, pues aquel siempre deberá ser declarado constitucional en virtud de la primitiva declaración en tal sentido, fruto del primer requerimiento de inaplicabilidad.

Como vemos, al menos el tenor literal de esta norma nos deja mucho para reflexionar, pues en el caso descrito, no se le estaría reconociendo al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad un efecto “particular” de constitucionalidad –que es propio de un control concre-

to–, sino más bien un efecto “general”, *erga omnes*, propio de un control abstracto, en este caso propio de un control preventivo²³. Pero además, este efecto *erga omnes* solo surgiría solo surgiría cuando se declare la *constitucionalidad* del precepto impugnado, no en el caso contrario.

D) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL

Bajo este título queremos hacer notar que la Ley Orgánica Constitucional diferencia claramente las acciones que proceden respecto de un tratado internacional, de las que se refieren a otras normas jurídicas.

En efecto, no hay en ella norma expresa que mencione una prohibición de interponer una acción de inaplicabilidad sobre un tratado internacional, y al respecto nos parece interesante mostrar un antecedente bastante iluminador en la materia, el que se refiere a la historia fidedigna de la ley del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional.

Originalmente, en la indicación N° 85 de la discusión de este artículo, la Presidente de la República propuso las siguientes causales de inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad.

- *“Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que el Tribunal Constitucional haya declarado previamente conforme a la Constitución, en la instancia de control preventivo o en otro requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia anterior.*
- *Cuando no haya gestión judicial pendiente en tramitación o se le haya puesto término por sentencia ejecutoriada.*
- *Cuando la cuestión se promueva contra una norma que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente [el destacado es nuestro].*
- *Cuando de los antecedentes aparezca que el precepto legal objetado no tendrá aplicación o no será decisivo en la resolución del asunto en que incide.*
- *Cuando carezca de fundamento plausible”²⁴.*

²³ Una observación que nos parece importante destacar en este análisis es que aquí, a diferencia de lo que ocurre en el caso del art. 51 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el problema se da entre requerimientos de inaplicabilidad, no así en el caso del artículo mencionado en donde el conflicto se genera por la relación que se produce entre el control preventivo y el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

²⁴ ARELLANO GÓMEZ, PILAR (2012): *Historia fidedigna de la nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de Chile*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 50, p.438

Nótese la referencia a “*las disposiciones de tratado internacional vigente*” en el punto 3.

Cabe destacar que esta referencia fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 1288-2008:

“Que el artículo 47 B y la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”, comprendida en el artículo 47 G, inciso primero, N° 4°, que el artículo único, N° 57, del proyecto remitido incorpora a la Ley N° 17.997, son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto”.

Por tanto, al eliminar esta referencia, se excluye también la posibilidad de declarar inadmisibles un requerimiento de inaplicabilidad por el hecho de interponerse en contra de un tratado internacional, y más aún la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su texto actual efectúa una distinción categórica, pues en su artículo 93 inciso 2, al hablar sobre “*las cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable*” expresa:

“Esta cuestión no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones.”

Aquí existe referencia expresa a la prohibición de interponer la acción de inconstitucionalidad del art. 93 N° 7 de la Ley Fundamental sobre un tratado internacional- Ello, porque implicaría una derogación del mismo por una vía no legitimada al efecto²⁵. Mas no existe la prohibición de interponer la acción de inaplicabilidad sobre dichos instrumentos internacionales, es más, aquella fue expresamente declarada inconstitucional, lo que no podría explicarse, sino en virtud del principio del efecto útil.

5. LA RELACIÓN ENTRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Para adentrarnos en este tema, debemos necesariamente partir de la premisa que el Derecho nacional ya no es la única normativa jurídica que rige a un Estado. Ello, por cuanto cada vez vemos al Derecho Internacional Público cobrar mayor vigencia y reconocimiento por parte de aquellos, lo que se materializa, entre otras formas, a través de la suscripción de tratados internacionales que versan sobre las más variadas temáticas. De esta manera, el Derecho Internacional Público ha penetrado en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

De ahí que en palabras de la profesora Marisol Peña Torres:

“Uno de los efectos jurídicos claros del proceso de globalización es la proliferación de tratados internacionales que ya no sólo vinculan a los Estados

²⁵ Contravendría el imperativo del artículo 54 N°1 inc. 5 de la Constitución.

sino que también a otros actores como las organizaciones internacionales y a la persona humana individualmente considerada.

No caben dudas que la adopción, por parte de los Estados, de obligaciones determinadas derivadas de un tratado internacional puede afectar el compromiso sustancial que la sociedad de ese Estado ha procurado reflejar en la Constitución.”²⁶

Dicho asunto es de suma relevancia para cada Estado, y constituye el telón de fondo de este trabajo. Jurídicamente nos podemos encontrar con alguna de las siguientes posibilidades:

a) Aceptar al Derecho Internacional Público sin restricciones impuestas por el Derecho interno: Lo anterior implicaría aceptar al Derecho Internacional como la fuente última de toda norma jurídica. De esta forma, el Derecho interno debería modificarse y adaptarse a lo que señale la norma internacional, lo cual conllevaría el término de la supremacía constitucional. De esta forma, cada Estado podría quedar a merced de los tratados, así como de los organismos internacionales encargados de interpretarlos, en cuanto a la forma de aplicar el Derecho. Cabe hacer presente que los criterios de estos órganos pueden variar, y ello indefectiblemente provocaría una maleabilidad de los conceptos jurídicos que se pretenden aplicar. Por ejemplo, lo que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos significan los Derechos Humanos hoy en día, puede ser distinto a lo que piense dentro de diez años más. En consecuencia, los conceptos del Derecho ya no tendrían un sustento mínimamente objetivo, sino que dependerían de la voluntad de aquellos que integran dichos órganos internacionales, ante lo cual, a nuestros tribunales solo les quedaría aplicar estas normas tal y como dichas entidades supranacionales le señalen²⁷.

Esta tesis, que denominaremos “internacionalista”, puede generar problemas de cambios de interpretación respecto a las normas jurídicas, que a la larga podrían modificar conceptos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

²⁶ PEÑA TORRES, MARISOL “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: La experiencia chilena un año después de la reforma de 2005”, disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Marisol%20Pena%20Torres.pdf>, [Fecha de consulta: 10 de abril de 2014], p. 1.

²⁷ Un claro ejemplo puede encontrarse, por ejemplo, en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

b) Aceptar el Derecho Internacional con mecanismos de restricción por parte del ordenamiento jurídico interno: Esta tesis da mayor estabilidad a los ordenamientos jurídicos, pues si no, el Derecho interno podría verse afectado de manera muy impredecible. Sería cosa que se ratificara un tratado internacional de cualquier materia, como Derecho Civil, Procesal, Administrativo, Penal, Económico, Constitucional, Tributario, Financiero, Comercial, etc., para que el ordenamiento jurídico interno sufriera modificaciones mayúsculas, sin necesidad incluso de contar con legisladores para realizar tal tarea. Incluso, dichos legisladores podrían llegar a ser meros tramitadores de textos internacionales, en cuanto al procedimiento formal exigido por nuestra carta fundamental en su artículo 54.

En consecuencia, otorgarle mayor jerarquía a los ordenamientos jurídicos al momento de incorporar normas internacionales, ayuda a proteger su identidad, además de la tradición y cultura de una nación, pues su Derecho interno se ha producido en directa armonía con las necesidades de la sociedad, y por las vías legitimadas para tal efecto.

Así, para esta teoría, se podrían aplicar los controles de constitucionalidad y los demás controles que contempla el ordenamiento jurídico, siempre y cuando se cumplan los requisitos propios de cada uno. Por ende, la relación del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad con los tratados internacionales sería la de permitir al ordenamiento jurídico controlar aquellas disposiciones contenidas en los tratados, que en un caso concreto pudieran tener efectos contrarios a la Constitución.

Cabe destacar que como contraargumento a esta teoría, se esgrime entre otros el art. 54 inc.5 de la Constitución, la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y la libre voluntad de los Estados para consentir en la suscripción de los tratados internacionales. Sobre esto volveremos más adelante²⁸.

Ahora bien, no existe una posición clara y unánime respecto al valor del Derecho Internacional en nuestro ordenamiento jurídico.²⁹ Por eso

²⁸ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2007): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, p.61; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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” ob.cit. pp.100-101.

²⁹ Cfr. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Estudios Constitucionales*, Año 16, N° 2, p. 192.

no hay acuerdo respecto a la naturaleza de la recepción de los tratados internacionales. Y si bien estamos contestes en que la incorporación de normas internacionales se ha hecho cada vez más recurrente, todavía no está claro, tal como se señalaba en la Introducción, si dicha recepción implica³⁰:

- a) La supremacía del tratado internacional sobre el Derecho nacional;
- b) La supremacía constitucional sobre el tratado internacional, el que a su vez sería supra legal;
- c) La supremacía constitucional sobre el tratado internacional, que sería jerárquicamente igual a una ley, o finalmente; o
- d) La supremacía constitucional sobre el tratado internacional, que sería jerárquicamente inferior a una ley.

Al margen de lo anterior, se ha postulado como veremos, la teoría que denominaremos “de las cuerdas separadas” o también llamada “dualismo”³¹, que consiste en que no es posible efectuar una comparación jerárquica entre un tratado internacional y una norma jurídica de producción interna, dado a que sus orígenes son distintos: uno tiene su fundamento en el orden jurídico internacional y el otro en la norma de Derecho nacional. Por lo tanto, ambos rigen conjuntamente, pero sus jerarquías no se cruzan³².

Corresponde ahora analizar las normas nacionales que regulan la incorporación de tratados internacionales a nuestro orden jurídico interno.

³⁰ Cfr. PEÑA TORRES, MARISOL. “La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales”, en *Revista de estudios internacionales*, disponible en www.revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/14390/1470 [fecha de consulta 20 de octubre de 2014] p. 47.

³¹ PEÑA TORRES, MARISOL (2007): *Cuatro estudios de justicia constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, p. 64.

³² Este tema tiene importancia, como veremos, en la discusión acerca de si son o no los tratados internacionales preceptos legales, pues para algunos, al no ser norma de producción interna, sino que se han acordado con la voluntad de otros Estados, mal uno de estos Estados podría aplicar su normativa interna para dejarlos sin efecto.

CAPÍTULO II

ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD Y TRATADOS INTERNACIONALES

1. GENERALIDADES

Nuestra Constitución Política no ayuda mucho a zanjar el problema que venimos discutiendo, puesto que no consagra una norma que diga expresamente el valor de los tratados internacionales respecto al Derecho nacional, ni tampoco una norma que remita a una de Derecho Internacional que sea categórica en el asunto³³. La doctrina ha visto la necesidad de aclarar este punto, pues algunas Constituciones de última generación han definido la posición de los tratados internacionales en el ámbito interno, al menos en lo que se refiere a derechos fundamentales. Tal es el caso de las Constituciones de Argentina (art. 75), Colombia (art. 93), Ecuador (art. 163) y Guatemala (art. 46)³⁴.

Tanto la postura que niega que el Derecho nacional sea competente para pronunciarse (por los medios que consagra el ordenamiento jurídico interno) sobre una norma de Derecho Internacional, como aquella otra que acepta poder ejercer sobre una norma de Derecho Internacional un mecanismo de control consagrados en el ordenamiento jurídico,

³³ Cfr. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010):“La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, ob. cit., p. 192.

³⁴ PEÑA TORRES, MARISOL. “La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales”, ob. cit. p. 55.

sustentan sus posturas en distintas interpretaciones de los artículos en que la Constitución hace referencia a la materia en cuestión. Tales son³⁵:

Art. 5 inc. 2: “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.”

Art. 32 N° 15: “Son atribuciones especiales del Presidente de la república: N° 15 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 secretas si el Presidente de la República así lo exigiere.”

Art. 54: Consagra la tramitación de un tratado internacional. Particular interés revisten los incisos:

Art. 54: Son atribuciones del Congreso:

Inc. 1° : “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.”

Inc. 5° : “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.”

Art. 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.”

Art. 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.”

³⁵ A las normas que se citan, podemos agregar el art. 6, referente a la supremacía constitucional, el art. 7 referente al principio de legalidad, el art. 63 que señala “son materias de ley”, 93 N 6 y 7 referente al control represivo. Estos artículos, pese a no hacer una referencia expresa respecto al problema de la interrelación del derecho internacional con el derecho nacional, se utilizan como argumentos para sustentar las diversas teorías existentes sobre esta interesante cuestión.

2. LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES³⁶

Lo que tenemos que dilucidar aquí es qué pasa con la jerarquía del tratado internacional cuando éste es aprobado y luego ratificado por Chile, es decir, cómo opera su vigencia y fuerza normativa en comparación a las demás normas que componen el ordenamiento jurídico nacional.

Según el profesor Ribera Neumann, citando la sentencia 346/74 del Tribunal Constitucional:

“el Tribunal Constitucional ha reiterado que no existe recepción automática de los tratados internacionales, y que incorporados éstos por las vías que se indican en la Carta Magna, deben respetar la Constitución. Sobre el particular ha señalado 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 ella sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional’.”³⁷

Para entender lo anterior, el autor explica las diversas formas de recepción que existen del Derecho Internacional por parte del Derecho nacional. Así:

“Los Estados sólo por excepción aceptan una primacía de las normas del Derecho Internacional Público sobre su Derecho Nacional, optando más bien por adoptar resguardos para lograr una mayor coherencia entre éstas y aquéllas. Para tal objeto, los sistemas de recepción del Derecho Internacional Público en el Derecho Interno van desde una aceptación indirecta, que exige normalmente una transformación de la norma internacional mediante un acto interno (por vía legislativa o administrativa de carácter formal), a una admisión directa, la que puede ser automática, donde no existe intervención de ningún tipo y no es necesaria ni siquiera la publicación, o no automática, cuando se requiere, por ejemplo, alguna gestión de tipo administrativo, como su publicación en el ámbito interno.”³⁸

³⁶ Al respecto puede verse NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 341-380,

³⁷ RIBERA NEUMANN, TEODORO (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, p 98.

³⁸ RIBERA NEUMANN, TEODORO (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, ob.cit, p .93.

Por eso,

“La doctrina nacional ha sostenido en forma mayoritaria la preeminencia de la Constitución ante los tratados internacionales, argumentando que los tratados internacionales adoptan el rango jurídico de la norma interna que los incorpora al Derecho Interno, si bien existe discusión en cuanto a su relación jerárquica con las leyes.”³⁹

En una posición diferente el profesor Nogueira sostiene:

“Considerando estos vaivenes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos afirmar que el texto constitucional nos lleva a la conclusión de que los tratados internacionales se incorporan válidamente como tales al ordenamiento jurídico chileno, una vez cumplidas las formalidades del caso, las cuales se encuentran determinadas en los artículos 32 N° 15, 54 N° 1 y 93 N°s. 1 y 3 de la Constitución, pasando a ser normas de derecho positivo interno, sin dejar de ser normas de derecho internacional, siendo de aplicación preferente sobre las normas generadas unilateralmente por el Estado, en virtud de lo que dispone expresamente la propia Constitución en su artículo 54 N° 1, inciso 5°, mientras ellos no sean modificados, suspendidos o denunciados conforme a las reglas del propio tratado o conforme a las reglas generales del derecho internacional. Toda perspectiva o conducta contraria de órganos del Estado a ello, vulnera la Constitución y su fuerza normativa.”⁴⁰

Estos autores, que representan las posturas antagónicas en la materia que estamos analizando parecen estar de acuerdo en que en Chile, claramente, los tratados internacionales no rigen inmediatamente, sino que de manera previa deben someterse al procedimiento que establece la Constitución. El matiz se encontraría en que el profesor Ribera sostiene que:

- a) Los tratados internacionales se someten a la Constitución;
- b) En Chile habría una recepción indirecta de los tratados internacionales;

³⁹ *Ibíd.* p. 98.

⁴⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, *ob. cit.*, p. 107.

- c) Los tratados internacionales deben incorporarse por las vías que señala la Constitución;
- d) Los tratados adoptarían el rango jurídico de la norma interna que lo incorpora al Derecho interno; y
- e) Si el tratado internacional es contrario a la Constitución, la única forma de incorporarlo sería reformando la Carta fundamental, lo que a su juicio es un reflejo de la supremacía de la Constitución.

Por el contrario el profesor Nogueira estima que:

- a) Las normas del tratado internacional se incorporan al ordenamiento jurídico nacional manteniendo al mismo tiempo su calidad de normas de Derecho Internacional;
- b) Deben aplicarse con preferencia a las normas del Derecho nacional; y
- c) No pueden ser modificadas, suspendidas o derogadas sino en virtud de lo que disponga el propio tratado o conforme a las reglas generales del Derecho Internacional.

A continuación abordaremos el problema de la interrelación del Derecho Internacional con el Derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias más emblemáticas y que han sido el eje central de la discusión doctrinaria entre las posturas que niegan el control interno respecto de normas de Derecho Internacional y aquellas que la apoyan. Para lo anterior, dividiremos el análisis centrándonos en dos grandes doctrinas: la primera estima que los tratados internacionales son infra constitucionales y asimilables a una ley, al ser un “precepto legal”; y la segunda, sostiene que los tratados internacionales son supra constitucionales, y no constituyen un “precepto legal”.

3. PRIMERA POSTURA: LOS TRATADOS INTERNACIONALES SON INFRA CONSTITUCIONALES Y ASIMILABLES A UN “PRECEPTO LEGAL”

Esta postura ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, siendo su sentencia rol 1288-08, la más emblemática al respecto y que pasaremos a analizar a continuación.⁴¹

⁴¹ Puede verse un comentario de esta sentencia en TRONCOSO REPETTO, CLAUDIO: “Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009, disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/11489/11850>, [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2014].

El considerando primero expresa el objeto de este pronunciamiento, en virtud del art. 93 N° 1 de la Constitución:⁴²

“Que por oficio N° 7.847, de 11 de diciembre de 2008, la Cámara de Diputados ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto del mismo.”

La sentencia en cuestión, desde el considerando trigésimo quinto hasta el septuagésimo segundo se pronuncia respecto a *“la procedencia de la acción de inaplicabilidad respecto de tratados internacionales”*.

El considerando cuadragésimo primero es categórico al señalar las atribuciones que el Tribunal Constitucional tiene respecto de los tratados internacionales, el cual puede ejercer:

- a) un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas que versen sobre materias propias de ley orgánica constitucional y
- b) un control ex post y concreto, facultativo de constitucionalidad, en virtud del artículo 93 N° 6 de la Constitución.

Como expresa el mencionado considerando:

“Que respecto de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional aludida, esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. Primero, un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución). Segundo, un control ex post y concreto –facultativo– de constitucionalidad de una norma de un tratado que, en cuanto “precepto legal”, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”, esto es, el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, arriba transcrito. De este modo, tal como lo ha sostenido el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, “la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna”

⁴² *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional 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”.*

(Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, pág. 7)."

En el considerando cuadragésimo segundo, el Tribunal Constitucional establece el efecto que se deriva de la declaración de inaplicabilidad.

"en el caso de la declaración de inaplicabilidad de una norma de un tratado ya promulgado y vigente, dicha declaración sólo producirá un efecto particular en el orden interno y para el caso concreto que constituye la gestión pendiente en que la norma no se podrá aplicar, sin que se altere de este modo la generalidad de la disposición del tratado ni su vigencia desde el punto de vista del derecho internacional, cuestión que conforme se verá, según se desarrolla en esta sentencia, es de la máxima importancia."

El considerando cuadragésimo tercero se refiere a la jerarquía de los tratados internacionales, sosteniendo que no son una ley propiamente tal, pero que sin embargo, deben sujetarse a la Constitución:

"Que, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N° 1 del artículo 54 de la Constitución ("...se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley") que aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (Rol N° 288), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental."

En los considerandos cuadragésimo cuarto, cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto, el Tribunal Constitucional fundamenta la conclusión a la que llega en el considerando recién transcrito, estableciendo que en virtud de jurisprudencia anterior de la misma magistratura, ya se había establecido que los tratados internacionales son considerados preceptos legales. Por ende, a este tribunal le corresponde ejercer control de constitucionalidad que autoriza la Constitución, amparado además en la doctrina de don Alejandro Silva Bascuñán, que considera a los tratados internacionales como supra legales en cuanto a su fuerza jurídica, aunque desde el punto de vista formal se encuentren al nivel de la ley, siendo preceptos legales, porque toda normativa de los derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa. Adenás, agrega el Tribunal, que después de la reforma de 2005 no hay argumentos para sostener lo contrario:

"CUADRAGESIMOCUARTO.- Que así, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 346, esta Magistratura dejó claramente establecido que la Carta Fundamental "autoriza el control de constitucionalidad de determinados preceptos legales, entre los que deben considerarse los tratados internacionales;

CUADRAGESIMOQUINTO.- Que en dicho fallo se cita la doctrina del profesor Alejandro Silva Bascuñán, para quien los tratados revisten “una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, pág. 124);

CUADRAGESIMOSEXTO.- Que, como se verá, la reforma constitucional 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 (Roles N°s 309 y 312).”

En el considerando cuadragésimo séptimo, se plantea, lo que llamaremos “argumento de la asimilación”, en la cual llega a la conclusión, que el concepto de “precepto legal” debe ser entendido en sentido amplio, debiendo incluirse dentro de éste a los tratados internacionales; y que pese a que no son una ley propiamente tal, eso no impide que puedan asimilarse a ella, quedando así ambos comprendidos en la categoría de “precepto legal”.

“Que, en concordancia con lo expresado en los considerandos precedentes, debe señalarse que tanto esta Magistratura como la Corte Suprema, antes de 2005, cuando era competente para conocer del recurso de inaplicabilidad, han considerado que la expresión “precepto legal” debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo, por cierto, las disposiciones de un tratado internacional (sentencia de 24 de octubre de 1997, Rol N° 33.097). El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de precepto legal.”

El considerando cuadragésimo octavo termina por determinar el alcance y sentido del concepto de “precepto legal”, haciendo referencia al argumento de la unidad de lenguaje,

“Así, ha declarado que la expresión precepto legal “es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley”, en términos tales que es equivalente a “regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía legal)”. Concluyéndose que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud

de producir un efecto contrario a la Constitución y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable.”

El considerando cuadragésimo noveno es muy interesante, ya que para justificar la postura del Tribunal, según la cual los tratados internacionales son infra constitucionales, tienen rango de ley y por ende quedan comprendidos dentro del concepto de “precepto legal”, analiza la introducción de la vigésimo cuarta disposición transitoria de la Constitución⁴³, único medio posible que se utilizó para reconocer en su momento el Estatuto de Roma. Por ende, concluye que si se requirió modificar la Carta Fundamental para suscribir ese tratado, ello se debe, evidentemente, a que el mismo tiene un rango infra constitucional⁴⁴.

“Que un ejemplo reciente y corolario de lo dicho respecto de la jerarquía de los tratados y de que sus disposiciones tienen en nuestro sistema rango legal, se encuentra en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional y que introdujo la nueva disposición transitoria vigesimocuarta a la Carta Suprema para dichos efectos. Esta nueva disposición que se agrega a nuestra Constitución era la única vía para que Chile pudiera ratificar dicho tratado internacional pues, conforme dictaminó esta Magistratura en la sentencia Rol N° 346, arriba citada, los tratados internacionales no tienen rango constitucional. Pues bien, si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfecta-

⁴³ Vigésimo cuarta.” El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”.

⁴⁴ Algo parecido ocurre, en nuestra opinión, con la modificación constitucional efectuada con posterioridad al Caso Olmedo Bustos (“La Última tentación de Cristo”) vs. Chile, pues dicha reforma emanó del Estado de Chile, no de una potestad directa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

mente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello.”

En el considerando quincuagésimo segundo, el Tribunal aclara la importancia de las reglas del Derecho Internacional, tanto en la formación como en la derogación de los tratados, remitiéndose al art. 54 N° 1 inc. 5 de la Constitución. Allí sostiene que un tratado internacional no es propiamente una ley, al tener una tramitación diferente, dado que en su formación participan las voluntades de dos o más Estados:

“Que, así, el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella, sino que se rige, por lo menos en su formación, por las voluntades de dos o más Estados. En atención a lo anterior es que la Carta Fundamental precisa que las disposiciones de un tratado no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas sino “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional” (artículo 54, N° 1), inciso quinto). Con ello, además, se reconoce la intervención del derecho internacional tanto en la formación como en la derogación de los tratados.”

Sin, embargo, pese a no considerar como ley a un tratado internacional, luego dice que éste se somete, en lo pertinente, a los trámites de una ley, no habiendo obstáculo para que pueda versar sobre materias propias de ley. Así el considerando quincuagésimo tercero señala:

“(...) no podemos decir que un tratado internacional es una ley, pues no son lo mismo, sí debemos señalar que un tratado se somete, en lo pertinente, a los trámites de una ley y que puede contener perfectamente disposiciones sobre materias propias de ley. Confirma lo anterior lo dispuesto en el artículo 54, numeral 1), párrafo cuarto, conforme al cual “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. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria.”

En consecuencia, luego de todo lo dicho hasta aquí, el Tribunal ha sostenido que:

- a) Un Tratado internacional no es una ley propiamente tal, pero que
- b) Debe someterse en lo pertinente a los trámites de una ley,
- c) Puede recaer sobre materias propias de ley, y
- d) Que son infraconstitucionales.

Entonces, al versar sobre materias que son propias de ley, al estar regulado en la Carta Fundamental en su art. 63, son preceptos legales, y al tener tal carácter, son susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en el considerando Quincuagésimo quinto:

“Que si el tratado no es una ley en sentido estricto, pero puede contener disposiciones propias de ley, tales disposiciones serán sin lugar a dudas “preceptos legales”, que pueden perfectamente ser objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La solución contraria, esto es, la que deja al margen del requerimiento de inaplicabilidad a los preceptos de un tratado internacional, según se declarará, es contraria a la Constitución.”

Esto es de suma importancia, porque somete al tratado internacional a la Constitución desde dos perspectivas: primero, en cuanto al procedimiento que debe seguirse para la aprobación del mismo; y segundo, porque si un tratado internacional contiene disposiciones que la Constitución regula como “materias propias de ley”, aquellas adquirirán el carácter de “preceptos legales” (pues es indudable que las materias reguladas en el art. 63 son preceptos legales), y por tanto, es la misma Constitución la que les otorga dicha calidad al encuadrarlas dentro del mencionado artículo 63. Es decir, según el razonamiento del Tribunal, primaría la Constitución sobre el Derecho Internacional, ya que no se aceptaría que un tratado internacional que verse sobre materias que el Derecho interno, considera materias propias de ley, adquiriera un tratamiento distinto, en cuanto a su aplicación, en el ordenamiento jurídico interno. Es por eso que también procedería el control ex post del artículo 93 N° 6 de la Constitución.

A todo este razonamiento efectuado por el Tribunal en los considerandos quincuagésimo segundo, quincuagésimo tercero y quincuagésimo quinto, le denominaremos “el argumento de las materias”, que puede resumirse así: si un tratado internacional versa sobre aquellas materias propias de ley reguladas en el art. 63 de la Constitución, es un “precepto legal”, dado a que las materias establecidas en el art. 63 son preceptos legales, y como tales, serían susceptibles de ser requeridas de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (art. 93N° 6).

En el considerando quincuagésimo sexto, el Tribunal se hace cargo de los efectos que se derivan de la aplicación del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre un precepto legal contenido en un tratado internacional:

“Que, conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un solo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, como esta Magistratura ya lo ha indicado en reiteradas oportunidades (Roles Nos 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608, 609, 610, 611, 612 y 623, entre otros), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones.”

Aceptar la teoría de la supra constitucionalidad de los tratados internacionales, y homologar su jerarquía a la ley en cuanto a las materias que regula implicaría que el ordenamiento jurídico interno podría emplear sus mecanismos para la recepción de estas normas de Derecho Internacional.

A modo de corolario de lo analizado hasta aquí, podemos establecer que un Tratado internacional no es supra constitucional por lo siguiente:

- a) Se exigió una reforma constitucional para poder incorporar el Estatuto de Roma, lo que demuestra la supremacía de la Carta Fundamental sobre cualquier Tratado internacional;
- b) Existe una asimilación del tratado internacional al concepto de “precepto legal”, pues el primero queda comprendido dentro de la órbita legislativa de los gobernados y como tal, será susceptible de ser requerido de inaplicabilidad;
- c) Nada obsta para que un tratado internacional pueda versar sobre materias que son propias de ley; en tal caso, como las materias de ley son susceptibles de ser requeridas de inaplicabilidad, no habría impedimento para que esta acción pueda entablarse en contra de tratados internacionales que comprenda aquellas materias señaladas en el art. 63 de la Constitución.

4. ALGUNOS ALCANCES CRÍTICOS A ESTA POSTURA

Recordemos que hasta acá hemos visto que de acuerdo al Tribunal Constitucional, en su fallo Rol 1288-08, los tratados internacionales son considerados preceptos legales, y como tales podrán ser requeridos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sin embargo lo anterior no ha estado exento de críticas, las que pasaremos a exponer a continuación.

A) CRÍTICAS AL “ARGUMENTO DE LAS MATERIAS”

Sabemos que no existe impedimento para que un tratado internacional verse sobre las materias propias de una ley, de acuerdo al art. 63 de la Constitución. Por ende, estimamos que dichos tratados podrán eventualmente ser requeridos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, si seguimos dicho razonamiento nos encontramos ante dos problemas:

- a) La situación de todos aquellos tratados internacionales que no se refieren a materias de ley, sino que a materias propias de un reglamento, no requiriendo así ser aprobados por el Congreso; y
- b) Los tratados internacionales aprobados antes de la vigencia de la actual Constitución, mediante leyes, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

Ante el primer problema mencionado, no procedería la inaplicabilidad por un tema netamente formal, pues dichos tratados no versan sobre materias “propias de ley”, y cualquier intento de requerirlos debería ser declarado inadmisibile.

En el segundo caso, al ser aprobados dichos tratados mediante leyes, que son preceptos legales, ellos podrían requerirse de inaplicabilidad e incluso ser declarados inconstitucionales.⁴⁵

B) CRÍTICAS AL “ARGUMENTO DE LA ASIMILACIÓN”

Según el profesor Aldunate la asimilación entre un tratado internacional y un precepto legal establecida por el Tribunal Constitucional en su fallo Rol 1288, se extiende a⁴⁶:

- a) Los tratados internacionales que versan sobre materias propias de ley orgánica constitucional que pueden ser objeto del Control de constitucionalidad obligatorio, de acuerdo al art. 93 N° 1 de la Constitución;
- b) La aprobación de un tratado requerirá en cada cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al art. 66, y se someterá en lo pertinente a los trámites de una ley (Art. 54 N° 1 inc. 1); y

⁴⁵ Cfr. NÚÑEZ POBLETE, MANUEL (2010). “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8 (2), pp.440-441.

⁴⁶ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, ob. cit .pp.192-193.

- c) 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.

Ahora bien, de acuerdo a este autor, existen tres alcances que se le pueden hacer a esta asimilación, que son:

- a) ***Incomprensión Constitucional de la naturaleza de los tratados internacionales:*** De acuerdo a esta primera hipótesis nuestra Constitución no lograría comprender en su totalidad la naturaleza jurídica de los tratados internacionales, siendo ellos diferentes a una ley, principalmente en lo que respecta a quién obliga y también, porque la distinción constitucional respecto a los diferentes tipos de fuentes, autoridades facultadas para producirlas y los procedimientos exigidos para tal efecto, constituyen un arreglo interno para el ejercicio del poder estatal.⁴⁷ Así, *“Mientras que una ley orgánica constitucional se limita a regular determinadas materias en ejercicio de la competencia legislativa, y no obliga al propio legislador; el tratado impone al Estado en su conjunto las obligaciones que en su virtud contrae, en el ámbito de las potestades constituyentes derivadas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales.”*⁴⁸

Cabe mencionar por nuestra parte que el tratado internacional sólo impone al Estado en su conjunto las obligaciones que en su virtud contrae, dado a que este voluntariamente ha accedido al tratado internacional, utilizando los mecanismos propios del ordenamiento jurídico interno. Por tanto, puede celebrarse un tratado internacional sólo porque la Constitución lo permite de acuerdo a sus normas, lo mismo para poder incorporarlos, con lo cual, el principio de supremacía constitucional es el ente rector en esta materia.

- b) ***El control preventivo es insuficiente para resguardar la supremacía constitucional:*** La segunda cuestión apunta a que precisamente un control obligatorio a todos los tratados internacionales estaría resguardando la supremacía constitucional frente a la eventualidad de que el Estado de Chile pudiera ser condenado por un organismo internacional a modificar su legislación interna. Por eso señala este autor:

“Así visto, se aprecia que el diseño constitucional que somete a control obligatorio los tratados que versen sobre materias propias de ley orgánicas cons-

⁴⁷ Ibid.193.

⁴⁸ Ibid. 193-194.

titucionales, y a control facultativo los demás tratados, no parece plenamente congruente con su finalidad. Tanto los unos como los otros vinculan en su integridad al poder estatal, incluyendo, en su caso, al poder constituyente derivado. Desde esta perspectiva, si el control de constitucionalidad tiene por objeto resguardar la supremacía de la constitución, y ésta se reafirma en su rigidez, esto es, en su inmutabilidad frente a procedimientos distintos a los de la reforma constitucional (modificación formal) sólo tendría sentido someter a todos los tratados a un control obligatorio, en vistas a evitar que, con posterioridad a su aprobación y ratificación, pueda surgir para el Estado de Chile el imperativo de derecho internacional público de modificar su ordenamiento interno a nivel constitucional, como sucedió por ejemplo con ocasión del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Olmedo Bustos.”⁴⁹

Sin embargo, a nuestro juicio, lo anterior merece ciertos reparos, que pasamos a exponer. En atención a que para efectuar estos reparos se requiere un análisis relativamente profundo, se analizarán en epígrafes independientes.

c) El control preventivo de constitucionalidad obligatorio a todos los tratados internacionales, ¿implica una eliminación del control represivo de constitucionalidad?: A este respecto, la profesora Henríquez Viñas expresa lo siguiente:

“Por otra parte, la justificación del control previo de constitucionalidad es evitar el conflicto entre tratado y Constitución, eludiendo así los efectos negativos que podría acarrear el control represivo de constitucionalidad para la estabilidad de los compromisos internacionales y la seriedad del Estado en el ámbito internacional.

En definitiva, lo que se busca con el control previo de constitucionalidad es ciertamente que no haya necesidad de llegar a ejercer el control represivo.

Por tanto, luego de esta introducción, corresponde comenzar esta comunicación afirmando la improcedencia e inconveniencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales para el Estado chileno.”⁵⁰

Si bien debatir acerca de la conveniencia del control preventivo obligatorio sobre todos los tratados internacionales excede la competencia

⁴⁹ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010):“La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, ob. cit .p. 194.

⁵⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM LORENA (2007):“Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, p. 120.

de este trabajo, creemos que el efecto de aceptarse dicha proposición no debiera de eliminar al control represivo, básicamente, porque sería atentatorio en contra del principio de supremacía constitucional.

En efecto, si se suprimiera dicho control, se admitiría la posibilidad que existieran normas inconstitucionales que quedarían fuera del ámbito del control de constitucionalidad y que sólo podrán ser controladas eventualmente de acuerdo a normas del Derecho Internacional, por eso se ha señalado:

“[...] si este control represivo no se prohíbe, el mismo sería procedente no obstante la existencia del control preventivo obligatorio. Y si fuera procedente, es porque existen razones que justifican la eventual existencia de una inconstitucionalidad en el futuro, no obstante haber aprobado el trámite del control preventivo. Así, al prohibir el control represivo, se admite que pueden existir ciertas inconstitucionalidades que no serán susceptibles de ser reparadas por la vía de la justicia constitucional, sino solo a través de facultades pertenecientes al plano internacional, tales como la denuncia y la renegociación de tratados vigentes.”⁵¹

A nuestro juicio, de prohibirse el control interno, el eventual control que pudiera generar el Derecho Internacional Público sería inoficioso, pues como veremos, existen problemas respecto a la forma en como dichos órganos proceden, principalmente por la normativa que aplicarán a sus resoluciones, los criterios de interpretación de las mismas y el conflicto que genera ello con conceptos básicos de todo ordenamiento jurídico, como el de supremacía constitucional⁵². Por esto, estimamos que es necesario contar no solo con un control preventivo de constitucionalidad, sino que también con uno a posteriori.

d) La modificación del ordenamiento jurídico interno fruto de un imperativo internacional: el caso Olmedo Bustos: Como bien es sabido, de acuerdo al art. 6 inc.1 de la Ley Fundamental, el principio de supremacía constitucional tiene como principal base el hecho de que todos los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional, a saber:

⁵¹ VERDUGO, SERGIO: “¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales? Críticas a una propuesta inconveniente, en Anuario de derecho Público UDP, disponible en www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/.../23_Verdugo.pdf [fecha de consulta 20 de octubre de 2014] p. 465.

⁵² Vid infra 4 c) de este capítulo.

“En sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la “supremacía constitucional” sobre todas las otras normas jurídica que integran nuestro ordenamiento positivo y el de “vinculación directa” de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Y, acto seguido, se agregue que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”⁵³

Además, y ahondando en esta cuestión, ha agregado el Tribunal Constitucional:

“El principio de “supremacía constitucional” presupone el de “jerarquía normativa”, como se encargan de destacarlo, con razón, diversos autores. En efecto, Bidart Campos, en su obra “La interpretación y los controles constitucionales en la jurisdicción constitucional” expresa al respecto: “La doctrina moderna de la supremacía – se refiere a la constitucional- presupone que el orden jurídico no es caótico ni desordenado, sino que su plexo se integra en una gradación jerárquica y escalonada que conoce planos subordinantes y subordinados. Otra vez, agreea, el descenso piramidal desde del vértice ocupado por la constitución formal hasta la base muestra que hay planos escalonados, en cada uno de los cuales las prescripciones del plano antecedente, que marca las pautas al inferior, desembocando y remitiéndose todos a la instancia última de la constitución suprema” (ob.cit. págs.41,42).”⁵⁴

De lo anterior podemos colegir que la Constitución, con base en este principio, es la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico, donde existe una jerarquía normativa⁵⁵, siendo aquella la inspiradora de todas las normas que rigen en Chile.

Sin embargo, últimamente se ha ido dando un fenómeno que podría cambiar la noción del constitucionalismo como lo conocemos hoy, y con ello la aplicación del principio en comento. Dicho fenómeno co-

⁵³ Rol N° 19-83.

⁵⁴ Rol N° 282-99.

⁵⁵ Consideramos que, pese a que nuestro ordenamiento jurídico no dice expresamente que una ley es superior a otra, sí hace la distinción en cuanto a las materias que regula. De esta forma, mientras más compleja sea una materia, requerirá de mayores quórum para ser aprobada, siendo este el mecanismo utilizado por el constituyente para diferenciar la jerarquía normativa.

responde a la evolución del Derecho de los tratados internacionales de Derechos Humanos, que tienen como una de sus principales fuentes, la Convención Americana de Derechos Humanos.

Según sabemos, nuestra Constitución en su artículo 5 inc. 2 expresa:

“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.”

Como afirman algunos autores, a partir de esta norma se construye en el ordenamiento nacional la relación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho interno, siendo este inciso una cláusula de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁶.

De acuerdo a ciertos autores, a Convención Interamericana de Derechos Humanos establece Derechos esenciales que emanan de la naturaleza Humana⁵⁷.

Ahora bien, la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido ratificado por Chile y se encuentra vigente. Por ende, de acuerdo al art. 5 inc. 2 de nuestra Carta Fundamental, aquella, efectivamente, constituiría un límite al ejercicio de la soberanía. Lo anterior en armonía con el art. 1.1 de la Convención que preceptúa lo siguiente:

“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Nosotros pensamos que es la parte final del art. 5 inc.2 de la Constitución la norma de apertura hacia el Derecho Internacional Público, cuando expresa *“...así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Pese a todo, ningún tratado internacional se incorpora automáticamente al ordenamiento interno, dado a que

⁵⁶ Cfr. GALDÁMEZ ZELADA, LILIANA (2014) “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12 N° 1, pp. 330- 331.

⁵⁷ Nosotros, no estamos de acuerdo con esta postura, pues creemos que más que derechos esenciales son derechos convencionales, toda vez que, como veremos, han sido constantemente modificados jurisprudencialmente por la Corte Interamericana.

es la Constitución la que establece el procedimiento de recepción y no exceptúa ningún tratado internacional de este trámite.

Como vemos, hasta acá no habría problema alguno de compatibilidad entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, ya que este último debe recepcionarse mediante los mecanismos establecidos al efecto por nuestra Constitución, es decir de acuerdo al procedimiento señalado en el artículo 54 del Código Político, lo que a nuestro juicio constituye una manifestación del principio de supremacía constitucional.

Lo anterior debemos armonizarlo con el artículo 2 de la Convención Interamericana, que señala lo siguiente:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 no estuviere garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

A nuestro juicio, este artículo sólo puede entenderse correctamente teniendo presente dos cosas: primero, que los Estados fueron libres para vincularse internacionalmente, y segundo, que aquellos ejercieron sus mecanismos constitucionales internos para adoptar la Convención. Aquí a nuestro parecer, no existe un mandato, como sostienen algunos autores, por parte del Pacto, de reformar la Constitución, sino que han sido los mismos Estados los que, para adoptar la Convención, eventualmente han reformado su ordenamiento jurídico interno, tal como sucedió en nuestro caso, con la adopción del Estatuto de Roma. Todo esto es una evidente manifestación del principio de supremacía constitucional (reformamos porque nosotros quisimos), razón por la cual, la pretendida supra constitucionalidad del Pacto, como argumentan algunos autores, es de acuerdo a nuestro punto de vista, cuestionable.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos, según su artículo 67, establece que la Corte es su intérprete última y legítima, siendo además una instancia definitiva e inapelable⁵⁸. Además, ésta interpreta desde una perspectiva dinámica y progresista, esto es, de

⁵⁸ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2012): “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10N° 2, pp. 58-59, 62-63 y 90-98, FERRER MACGREGOR, EDUARDO (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, MIGUEL, SALAZAR PEDRO (Eds.), *Derechos humanos, un nuevo modelo constitucional*, Unam México, pp. 425 y 427.

acuerdo a lo que este tribunal entiende que son las circunstancias actuales de nuestras sociedades.⁵⁹

Aunque por su complejidad sea una materia que escapa al presente trabajo, un problema no menor, a nuestro modo de ver, es qué valor tiene la interpretación que hace la Corte Interamericana respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular si le “agrega” algo no establecido expresamente en ella, en relación al texto que tuvieron a la vista los Estados al momento de ratificarla.

Al respecto, la Constitución nada dice sobre los criterios interpretativos elaborados por los órganos jurisdiccionales internacionales, ni tampoco el Tribunal Constitucional ha establecido el valor que le asigna a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁰

Hacemos alusión a este tema, básicamente debido al tratamiento específico que se le está dando a los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular la Corte Interamericana, cosa que no sucede con los tratados que versan sobre otras materias, a los nos referiremos como “Tratados internacionales en general”. Lo anterior, porque dicha Convención, está siendo a nuestro juicio, alterada constantemente vía jurisprudencial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

c) *ALGUNOS PROBLEMAS ORIGINADOS POR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Por otro lado, si bien se relaciona con los problemas interpretativos señalados, existen diversas dificultades que se vinculan con el llamado Control de Convencionalidad, el cual no está consagrado expresamente en la Convención Americana⁶¹, sino que es una creación jurisprudencial de la Corte⁶².

⁵⁹ Cfr. GALDÁMEZ ZELADA, LILIANA (2007): “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol.34 (3), pp.442-486; VÁSQUEZ, LUIS DANIEL; SERRANO SANDRA (2011), “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, MIGUEL; SALAZAR, PEDRO (Coords.) *La reforma constitucional en derechos humanos: Un nuevo paradigma*, Unam, México, pp.159-164; FERRER MAC- GREGOR, EDUARDO- PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA (2012): “La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2) cit. pp.149-150.

⁶⁰ Cfr. GALDÁMEZ ZELADA, LILIANA (2014) “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob.cit, pp. 330- 331.

⁶¹ Ciertos autores estiman que sí, como el profesor Nogueira.

⁶² Cfr. HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM (2014): “La Polisemia del control de convencionalidad intern”o, 24 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional p. 120.

Como se sabe, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, del año 2006, la Corte Interamericana señaló lo siguiente⁶³:

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*⁶⁴

Según vemos en este fallo, la Corte Interamericana ordena a los jueces domésticos efectuar una “*especie de control de convencionalidad*” entre las normas internas que aplican a los casos concretos que están juzgando, con las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo además tomar en cuenta las interpretaciones que dicha Corte hace del este Tratado Internacional.

Nótese que se habla de “*una especie de control de convencionalidad*” y que este mandato se hace extensivo sólo a los jueces nacionales.

Luego, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de noviembre del año 2006, la Corte establece:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”⁶⁵ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesa-

⁶³ Esta doctrina ha sido reiterada en el *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162, párr.173.

⁶⁴ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr.124.

⁶⁵ ¿?

les correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”⁶⁶

En esta sentencia, la Corte Interamericana afianza la doctrina del control de convencionalidad, ya no haciendo referencia a una “*especie de control de convencionalidad*”, sino que ahora impone al Poder Judicial ejercerlo, además del control de constitucionalidad.

Por tanto, el control de convencionalidad implica que la Corte podría perfectamente desconocer una norma interna, al estimar que es contraria a la Convención Americana, o incluso, que la norma interna quede sin efecto por estimarse contraria a la interpretación que da la Corte sobre la Convención, todo lo cual origina a nuestro entender, un delicado problema de incerteza jurídica.

Por otro lado, los jueces nacionales también podrían dejar de aplicar una norma nacional por estimarla contraria a la Convención o a los criterios de interpretación utilizados por la Corte, produciendo el mismo efecto señalado anteriormente.

Sin el ánimo de entrar a detallar más sobre el tema, puesto a que es una materia de suyo compleja, en evolución, sobre la cual existe mucha doctrina especializada, y que excede los límites de este trabajo, mencionaremos algunos aspectos en que el control de convencionalidad presenta problemas en relación al principio de supremacía constitucional:

Nos referiremos a los siguientes problemas que hemos podido detectar:

- a) Afectación del principio de legalidad;
- b) Afectación de la jerarquía y sistema de fuentes, y
- c) Efectos del control de convencionalidad.

a) Afectación del principio de legalidad: Sabemos que el principio de legalidad se encuentra regulado en el art. 7 de nuestra Constitución y básicamente implica que los órganos del Estado deben actuar dentro de las competencias y atribuciones que les ha conferido la ley.

⁶⁶ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128.

En el caso del control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha ordenado al Poder Judicial de cada país, llevarlo a cabo además del control de constitucionalidad respectivo.

Sin embargo, los alcances del control de convencionalidad están en constante evolución, siendo sus efectos cada vez más amplios. Podemos ver así en sentencias como el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 2010, que aquél ya no sólo debería ser ejercido por el Poder Judicial, como se prescribió en los casos *Almonacid Arellano y Trabajadores Cesados del Congreso*, sino que ahora también le correspondería a “los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”⁶⁷.

Por tanto, ahora esta doctrina establece que dicho mandato sería un imperativo para todos los órganos que ejercen jurisdicción en el Estado. En este sentido, el profesor Nogueira señala que aquello también se extendería a los Tribunales Constitucionales, a los órganos que ejercen jurisdicción electoral, y a todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias⁶⁸.

Finalmente, con el *Caso Gelman vs. Uruguay*, del año 2011, la Corte estableció que el control de convencionalidad debe efectuarlo “cualquier autoridad pública”⁶⁹.

En consecuencia, luego de este rápido vistazo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vemos que se le entregan competencias jurisdiccionales a órganos que de acuerdo a nuestra Constitución, no la tienen.

Debemos dejar en claro que el control de convencionalidad es considerado aquí como un “control normativo”, semejante en su funcionamiento al control de constitucionalidad. Así, si una norma es declarada inconveniente, ella sería inválida o inaplicable, e incluso se ha fallado que la norma totalmente inconveniente se reputa “no haber existido jamás”⁷⁰. Sobre esto volveremos más adelante, por de pronto, para con-

⁶⁷ Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C N° 220, párr.225.

⁶⁸ Cfr. H. Nogueira, los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial para los Tribunales Constitucionales, en El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, 279-351 (H Nogueira, coord., Librotecnia, Santiago 2012).

⁶⁹ Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de fondo y reparaciones de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221, párr. 239.

⁷⁰ SAGÜÉS, NÉSTOR P. (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, ob. cit., pp. 127-128.

tinuar con el análisis del punto en cuestión, correspondería en principio analizar el sistema de control que tiene cada Estado para determinar cuál es el órgano legitimado para efectuarlo. En otras palabras, debemos recurrir a las Constituciones de cada Estado, para ver si existe un control difuso o concentrado de constitucionalidad.

Sin embargo, puesto que la Corte Interamericana, como hemos visto, ha implementado un criterio que ha ido ampliando conforme sus fallos más recientes, lo que pareciera querer establecer es un control difuso de convencionalidad, al hacerlo extensivo a todos los órganos públicos del Estado⁷¹.

Ahora bien, siguiendo con esta pretensión, al menos en lo que se refiere al Poder Judicial, en el caso de aquellos Estados que de acuerdo a su Constitución pueden ejercer un control de constitucionalidad difuso, no tendrían tanta dificultad para aplicar el control de convencionalidad, de acuerdo a lo señalado por la Corte, pues debieran ceñirse a esas normas internas para ejercerlo. El problema se daría en aquellos ordenamientos jurídicos que poseen un control de constitucionalidad concentrado, como el caso de Chile.

Sin embargo, en ambos casos, podría existir una vulneración al principio de supremacía constitucional, al violarse el principio de legalidad (al permitir a los jueces locales ejercer un control no contemplado por sus propias constituciones), sin perjuicio de ser el control de convencionalidad fruto de una elaboración jurisprudencial, no estando contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual era imposible de prever por los Estados al momento de suscribirla.

En este punto, creemos que la posición seguida por la profesora Henríquez Viñas es la adecuada:

*“En mi opinión, la extensión progresiva impulsada por la Corte por medio de sus fallos desde los jueces –como aplicadores del Derecho y eventualmente con facultades para no aplicar una norma en ejercicio del control difuso de constitucionalidad– a toda autoridad pública plantea la ampliación de las facultades de todos los órganos del Estado, los cuales, a partir de este control, tendrán atribuciones jurisdiccionales con competencias invalidatorias o de inaplicación. El efecto descrito contraviene el principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho, en el cual las competencias de los órganos del Estado –y fundamentalmente de aquellos que ejercen jurisdicción– solo pueden ser fijadas por la Constitución o la ley.”*⁷²

⁷¹ Lo que se corrobora con las sentencias a que hemos hecho alusión anteriormente.

⁷² Cfr. HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM (2014) “La Polisemia del control de convencionalidad interno” ob. cit. p. 125.

b) Afectación de la jerarquía y del sistema de fuentes: Mencionamos en el punto anterior que el control de convencionalidad podría ser concebido como un control normativo. Pues bien, existe también otra postura al respecto, que establece que dicho control más bien es un ejercicio interpretativo del órgano correspondiente, hecho con el objeto de conformar la norma nacional con la Convención Americana. El criterio fundamental para lo anterior es el principio *pro homine*, que llama a aplicar la norma que sea más favorable para el afectado, sea de origen nacional o internacional⁷³.

Nuevamente reconociendo que esta materia excede los límites de este trabajo, no podemos dejar de observar que esta doctrina también produce problemas de cara al principio de supremacía constitucional, ya que por un lado no queda claro quién decide qué norma es más beneficiosa, y por otro, no se sabe a ciencia cierta qué criterios se utilizarían para ello.

Ahora bien, uniendo todo lo dicho hasta el momento, en principio habrían dos controles de convencionalidad, uno el interno o doméstico, que efectúan los jueces nacionales, comparando la normativa interna con la de la Convención Americana, y por otro lado, estaría el control de convencionalidad que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, si se van imponiendo como obligatorias las interpretaciones sobre la Convención Americana que efectúa la Corte, en definitiva, sería ella la que en base a su criterio tendría siempre la última palabra en cuanto a qué norma es más favorable.

De esta forma, una sentencia judicial de un órgano jurisdiccional internacional podría tener más valor que aquel asignado por el ordenamiento jurídico nacional a una sentencia judicial dentro de su sistema de fuentes del Derecho.

Además de lo anterior, se ha reconocido por cierta doctrina, que dichas interpretaciones efectuadas por la Corte pueden cambiar el sentido de la Convención. Son las denominadas “interpretaciones mutativas por

⁷³ Cfr. AMAYA VILLAREAL, ÁLVARO FRANCISCO (2005) “El principio *pro homine*: Interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”, en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, pp. 337-380; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre – diciembre, pp. 1168-1170, 1176-1178.; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2013): “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1 2013, pp. 161 y 183.

adición”⁷⁴. Por tanto, surge la pregunta de hasta qué punto el intérprete puede olvidarse de la fuente que precisamente le sirve para interpretar. Lo anterior puede además, generar una notable incerteza jurídica.

Creemos, luego de este rápido repaso de algunos problemas del control de convencionalidad, que de aplicarse tal como lo establece la Corte, se estaría generando una nueva fuente del Derecho, en este caso supra-constitucional, lo que a nuestro juicio afectaría al principio de la supremacía constitucional.

c) Efectos del Control de Convencionalidad: Ahora bien, ¿puede la Corte Interamericana mediante una interpretación o resolución, ordenar modificar la Constitución? ¿Es ello admisible?

No es la intención de este trabajo entrar en más detalles sobre el particular. Sin embargo, nos interesa enunciar de modo general cómo el régimen aplicable a los Tratados internacionales de Derechos Humanos, seguido por la Corte Interamericana, cada vez ha ido afectando más al ordenamiento jurídico interno, y en particular, al principio de supremacía constitucional.

De esta forma, el control de convencionalidad básicamente podría producir, entre otros, los siguientes efectos:

- a) Cambiar el sentido y alcance de las normas jurídicas internas de un país;
- b) La norma declarada inconvencional sería derogada del ordenamiento jurídico nacional;
- c) La derogación puede ser particular o general; y
- d) En caso de ser una derogación general, se produciría un efecto retroactivo, pues la norma se reputa no haber existido jamás⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P. (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), p.125; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit. p. 1179.

⁷⁵ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, MIGUEL; SALAZAR, PEDRO (EDS.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, México, Unam, pp394-397, SAGÜÉS, NÉSTOR P. “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 26 de mayo de 2014] pp.461-462 ; CARBONELL, MIGUEL, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 5 de junio de 2014], pp. 72-73.

Es decir, nuevamente nos asalta la duda de si este control es una vía autorizada para modificar a las normas jurídicas internas, considerando que aquél es sólo una creación jurisprudencial. Ello, porque en caso de aceptar esta tesis, ello implicaría que los controles consagrados en la Constitución estarían de más, e incluso, yendo al extremo, su mismo papel podría quedar en entredicho. Esto sin perjuicio de los problemas que genera el efecto retroactivo que pretende dársele al control de convencionalidad, en particular si se estima que la norma inconvencional “no habría existido jamás”.

5. SEGUNDA POSTURA: LOS TRATADOS INTERNACIONALES SON SUPRACONSTITUCIONALES Y NO SON UN “PRECEPTO LEGAL”

A) GENERALIDADES

A continuación expondremos la denominada “doctrina internacionalista”, que nos señala que no se puede interponer un requerimiento de inaplicabilidad sobre un tratado internacional, toda vez que este último no sería susceptible de ser controlado por los mecanismos internos de un ordenamiento jurídico, al tener una fuente de validez diversa a la de la norma nacional.

Además, existe el denominado “imperativo internacionalista”, consagrado en el artículo 54 N° 1 inc. 5 de la Constitución, que impide derogar, modificar o suspender un tratado internacional, sino en virtud de lo que dispone el propio tratado o las normas generales de Derecho Internacional. La declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado, para esta teoría implicaría la contravención a dicho imperativo.

A continuación sistematizaremos los diversos argumentos que esgrimen los autores partidarios de esta postura.

B) ARGUMENTO DEL “DUALISMO” Y DE LA APLICACIÓN PREFERENTE DEL TRATADO INTERNACIONAL SOBRE LA NORMA NACIONAL

Esta doctrina, defendida principalmente por el profesor Nogueira, expresa:

“El Tribunal Constitucional abandonará la perspectiva de que los tratados válidamente incorporados al derecho interno constituyen enunciados normativos con rango y fuerza de ley, retomando la perspectiva abandonada del fallo Rol N° 346 de 8 de abril de 2002, en el considerando duodécimo de la sentencia roles N°s. 2387- 12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013, en la que vuelve a afirmar la

“jerarquía” suprallegal de los tratados internacionales, con cita expresa al Rol N° 346 de 2002, pero no abandona el paradigma y concepción mental de concebir a los tratados como parte de los enunciados normativos que se sitúan en la gradación de fuentes formales determinadas unilateralmente por el Estado.”⁷⁶

Debe recordarse que las sentencias Rol N° 2387- 12 y 2388-12 acumuladas, tuvieron por objeto resolver una solicitud de declaración de inconstitucionalidad de determinadas normas del proyecto de ley que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológico, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, le Ley general de Pesca y Agricultura, contenida en la ley N° 18.892 y sus modificaciones en virtud del artículo 93 N° 3 de la Constitución, presentada por un grupo de senadores.

A la luz de las presentaciones efectuadas por las partes, el Tribunal Constitucional delimitó el conflicto objeto de su pronunciamiento, en los siguientes puntos:

“QUINTO: Que, de esta manera, nos encontramos que se formula al proyecto una cuestión de constitucionalidad múltiple:

a) El cuestionamiento de tres de sus normas, por estimarlas atentatorias de ciertas garantías constitucionales, b) Un cuestionamiento accesorio o subsidiario del señalado como central, que consiste en que el proyecto de ley sería nulo de derecho público, por infracción de los artículos 6° y 7° de la Constitución, al no haberse dado cumplimiento, durante su formación, a normas internacionales del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, para el caso de que se estimen de rango simplemente legal, c) El cuestionamiento central de inconstitucionalidad, que se configuraría por un vicio en la formación de la ley, al no haberse cumplido la norma autoejecutable sobre consulta previa prevista en el artículo 6° , y varias otras normas no autoejecutables o programáticas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, teniendo dicho Convenio rango constitucional, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, considerando que se trata de un tratado sobre derechos humanos.”⁷⁷

⁷⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p. 107.

⁷⁷ Rol 2387-13, consid. 5° .

En el considerando undécimo, el Tribunal señaló cuáles son los distintos mecanismos de recepción por parte del Derecho interno del Derecho Internacional:

“Que, en el ámbito del Derecho Internacional Público, existen diversas maneras de regular la recepción por el derecho interno de los Estados de las normas del derecho internacional convencional relativas a los derechos humanos, una de las cuales consiste en darles a tales normas internacionales convencionales jerarquía constitucional o, incluso, prevalencia sobre el derecho interno, mientras que, en otros casos, se les reconoce jerarquía superior a las leyes. Una última posibilidad es que el ordenamiento constitucional les confiera a los tratados internacionales el rango propio de una ley simple.”

Luego, el Tribunal sostiene que en Chile no hay una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales. Sin embargo a su juicio, se infiere que son infra constitucionales, en virtud del contexto y de su sujeción al control preventivo obligatorio de constitucionalidad. Así, el considerando duodécimo expresa:

“Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5º, inciso segundo, 32, N° 17º, y 54, N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1º, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma.”

Luego, este mismo considerando cita la opinión de don Alejandro Silva Bascuñán, emitida originalmente en la sentencia Rol 346 considerando setenta y cinco, a la cual, sin embargo, el profesor Nogueira ha considerado que consagraría la supra legalidad de los Tratados internacionales respecto de las leyes internas:

“Precisamente ésta fue la conclusión sentada por este Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 346, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, oportunidad en la que, haciendo suya la tesis explicada por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se sos-

tuvo que: “En esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica ...” y que “las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales. Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (considerando 75°). El Tribunal Constitucional reiteró, en esta sentencia, el criterio previamente vertido en la sentencia Rol N° 46, de 1987, donde había advertido que el Capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto (considerando 70°), con lo cual descartó la tesis de que a tal tales tratados pudiera reconocérseles rango constitucional.”

Así, el Tribunal Constitucional descarta la posibilidad de que el Convenio 169 tenga rango constitucional, dado que el mismo no fue aprobado en ejercicio del poder constituyente. Por eso en su opinión, el art. 5 de la Constitución es un refuerzo del art. 26 de la Convención de Viena, que consagra el principio del *pacta sunt servanda*, y del art. 27 de la misma Convención, en cuanto a que no es posible invocar el Derecho interno para dejar de cumplir lo pactado de acuerdo al tratado internacional. En este sentido el considerando décimo segundo⁷⁸ establece:

“Que resulta necesario reflexionar sobre el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que subraya y resalta, especialmente, el deber de todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como ocurre con el mencionado Convenio 169.

*Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda* –que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados–, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena). Lo que hace, entonces, esa norma constitucional es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos*

⁷⁸ La sentencia incurre en un error, puesto a que primero establece el considerando duodécimo y luego el considerando décimo segundo. Debió decir decimotercero.

humanos, pero no tiene la virtud de elevar –ni podría hacerlo, ya que no fueron aprobados en ejercicio del Poder Constituyente los tratados a rango constitucional.”

Pese a la claridad de los textos transcritos, a contrario sensu, estos dos considerandos serían fundamentales para la teoría que apoya la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho nacional. Primero, porque establecería que los tratados internacionales, al no ser aprobados en ejercicio del poder constituyente, no tendrían rango constitucional. Es decir, valdrían como tratados internacionales, no como ley ni precepto legal⁷⁹. De este modo, como su origen se encuentra en la normativa del Derecho Internacional y no en la de Derecho interno, pertenecerían a una categoría normativa distinta, y por ello, al ser independientes a la potestad constituyente, podrían ser incluso superior a esa misma Constitución.

Segundo, éstos tendrían una aplicación preferente sobre el Derecho nacional, pues aunque no existiera una norma interna que posibilitara su aplicación, las disposiciones de un tratado internacional deberían realizarse igual, en virtud del principio *pacta sunt servanda* (art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), no pudiendo excusarse el Estado parte de su cumplimiento invocando una norma de Derecho interno (art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados).

El profesor Nogueira señala lo anterior, lo cual puede ser resumido de la siguiente forma:

- a) La Constitución chilena no determina la validez de un tratado internacional; sólo posibilita su incorporación al Derecho interno, sin dejar de ser dicho tratado norma de Derecho Internacional, posibilitando su *aplicabilidad preferente frente a las normas jurídicas*⁸⁰;
- b) El Tratado internacional, Convención o Pacto internacional tienen su validez en el Derecho Internacional. Por eso señala:

⁷⁹ Cfr. MÜLLER GUZMÁN, KARL(2009): Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales conforme a la Constitución Política de Chile, en *Nomos- Universidad de Viña del Mar*, N° 3, pp. 128-129; ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, ob.cit.p.196-197.

⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p. 100.

“*La validez de un tratado* está determinada por su gestación de acuerdo al procedimiento determinado por el derecho internacional y no por la Constitución de un Estado.”⁸¹

- c) Es el Derecho Internacional, pues, el que determinaría el procedimiento para la gestación de un tratado internacional, adquiriendo en virtud de este su validez:

“*La validez de un tratado* está determinada por su gestación de acuerdo al procedimiento determinado por el derecho internacional y no por la Constitución de un Estado, afirmar la validez de un tratado en virtud de lo que determina la Constitución de un Estado parte no tiene sustento jurídico en el derecho constitucional chileno ni en el derecho internacional, sin perjuicio de que dicha práctica constituye una clara vulneración de los artículos 26, 31.1. y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, como asimismo de los principios imperativos del derecho internacional.”⁸²

De esta forma, toda contravención a lo anterior por parte de cualquier órgano del Estado (incluido el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema), generaría responsabilidad internacional del Estado:

“Todo acto de cualquier órgano estatal, incluido el Tribunal Constitucional, que busque alterar la validez, vigencia, aplicación y eficacia de un tratado internacional válidamente incorporado al derecho interno al margen de las normas del propio tratado o del derecho internacional genera responsabilidad internacional del Estado, la que se agrava aún más cuando con ello se vulneran estándares mínimos de derechos humanos, cuyos atributos y garantías se encuentren asegurados por dichos tratados.”⁸³

En un sentido análogo, expresa la profesora Henríquez Viñas:

“El Estado chileno tiene el deber de honrar sus obligaciones internacionales y a los principios como *pacta sunt servanda* y *bona fide*. Esto implica que el incumplimiento de las normas de un tratado, por ser declarado inaplicable en un caso concreto o inconstitucional con efectos generales, hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional y pondrá en duda la coherencia y seriedad

⁸¹ Ibid. p. 101, cursivas en el original.

⁸² Ibídem.

⁸³ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p. 101.

del Estado en la observancia de los compromisos internacionales. Todo lo cual es altamente inconveniente para Chile.”⁸⁴

O como vuelve a criticar el profesor Nogueira:

“Cualquier intento de reformar, invalidar o suspender un tratado internacional por un acto unilateral del Estado, al margen de lo dispuesto por el propio tratado o por las reglas generales del derecho internacional genera responsabilidad internacional del Estado por vulnerar los artículos 26, 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que el Tribunal Constitucional reconoce expresamente en algunos de sus fallos (sentencia Rol N° 804, considerando 4°), reglas jurídicas las cuales se encuentran constitucionalizadas en el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la Constitución; sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional considera que, además, se encuentran constitucionalizados por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, conforme explicita en su sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, en su considerando duodécimo.”⁸⁵

Con todo, sobre este último punto, se ha sostenido por parte del profesor Aldunate que la Convención de Viena no implica que exista una primacía del tratado internacional sobre el Derecho interno, sino que es aplicación del principio que nadie puede alegar su propia culpa o dolo para liberarse del cumplimiento de una obligación.

“La mañida referencia a la disposición de Viena que prohíbe alegar a los estados una disposición de derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones no define –como algunos autores pretenden– una posición de primacía del tratado internacional en el ordenamiento jurídico interno del Estado; sólo excluye el alegato sobre la base de ese ordenamiento jurídico para desconocer sus pactos, en el propio orden internacional. Es, ni más ni menos, aplicación del principio en virtud del cual nadie puede alegar su propia culpa o dolo para liberarse de una obligación.”⁸⁶

⁸⁴ HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM LORENA (2007): “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, ob. cit. p. 125.

⁸⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p. 102.

⁸⁶ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, ob. cit. p. 190.

c) EL ARGUMENTO DEL EFECTO ÚTIL

Este argumento señala que la Constitución, principalmente en su artículo 93 n° 1 y 3, distingue a los tratados internacionales de las leyes⁸⁷.

Así, el constituyente habrá hecho una diferencia conceptual entre el tratado y una ley, lo que no se explicaría sino porque ha querido otorgarles efectos distintos a unos y otros. Como vuelve a expresar el profesor Nogueira:

“En efecto, un tratado internacional, tal como lo define el artículo 2° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, es un acto jurídico en que concurren la voluntad de dos o más estados u organismos internacionales, a diferencia de un precepto legal o ley que es la expresión unilateral de la voluntad de los órganos colegisladores de un Estado. Asimismo, la Constitución distingue claramente entre tratados y leyes o preceptos legales, especialmente en el artículo 93 de la Constitución, en lo referente a control de constitucionalidad de tratados y leyes. Además es un principio básico en derecho constitucional e interpretación constitucional el postulado del efecto útil, cuando el constituyente establece una diferencia conceptual es para que ella tenga un efecto en dicho ordenamiento jurídico y no para que no tenga ningún efecto, de lo contrario no la habría establecido.”⁸⁸

d) EL TRATADO INTERNACIONAL NO CONSTITUYE UN PRECEPTO LEGAL

Esta argumentación puede resumirse en estas ideas:

En primer lugar, sería un error hablar de jerarquía del tratado en relación a la ley, puesto a que el tratado internacional no tiene fuerza de ley, pues esta última se origina de una declaración de voluntad unilateral del Estado.

Reproduciendo nuevamente lo señalado por el profesor Nogueira:

⁸⁷ 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.

⁸⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2007): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, ob. cit., p. 61. Cfr. GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA (2007): “Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, pp. 474-475.

“Por otra parte, *aplicar a los tratados internacionales los conceptos y reglas propias del ordenamiento jurídico estatal constituye otro error*. No se puede hablar de jerarquía del tratado en relación a la ley. [...] *El rango de ley* es el presupuesto necesario para la atribución de la fuerza de ley como asimismo para la asignación de un *valor de ley* que el ordenamiento jurídico estatal le otorga a los enunciados legales teniendo presente su posición en el sistema constitucional de fuentes formales del ordenamiento jurídico. [...] *El tratado no tiene rango ni fuerza de ley, sino fuerza normativa de tratado*, que es fuerza normativa que puede oponerse a toda norma de generación unilateral del Estado, mientras el tratado no sea eliminado del ordenamiento jurídico conforme a las reglas del derecho internacional, posición que determina la propia Carta Fundamental en el artículo 54 N° 1, inciso 5°, lo que no es percibido por el Tribunal Constitucional, simplemente por no asumir el cambio de paradigma mental que implica reconocer que existen distintos niveles normativos que deben armonizarse y conjugarse, no siendo todos dependientes en su validez y fuerza normativa de la Constitución estatal.”⁸⁹

En segundo lugar, esta postura estima que los tratados internacionales no serían “preceptos legales”, pues ellos no son expresión de la voluntad unilateral del Estado:

“Desde la perspectiva del tratado ya válidamente incorporado al ordenamiento jurídico, nos parece inadecuada la afirmación del Tribunal Constitucional. Primero, porque una interpretación sistemática de la Constitución en sus artículos 54 N° 1, inciso 5° y 93 inciso primero, N°s. 1°, 3° y 6° no lo permite, ya que al efecto el control reparador de constitucionalidad está prevista sólo para los *preceptos legales* y los *tratados*, como ya hemos podido comprobar anteriormente, no tienen naturaleza de preceptos legales en cuanto no son expresión de la voluntad unilateral del Estado; no tienen su fuente de validez ni su fuerza normativa emanada del ordenamiento constitucional, tienen fuerza normativa determinada por el derecho internacional que es resistente a cualquier decisión normativa de derecho interno o acto de potestad unilateral del Estado. La Constitución en ninguna norma de su texto determina una

⁸⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit. p. 108, cursivas en el original.

eventual jerarquía normativa del tratado. Cabe, además, señalar la necesaria consideración y aplicación del *principio de efecto útil* de los enunciados constitucionales, si se interpretara que un tratado es equivalente a un “precepto legal”, perdería todo sentido y *efecto útil* la diferenciación clara y tajante que realiza la Constitución en su artículo 93, en sus numerales 1° y 3° sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional, entre leyes, proyectos de ley, proyectos de reforma constitucional y tratados.”⁹⁰

En tercer lugar, se estima que considerar a los tratados internacionales como preceptos legales, susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, implicaría transgredir el art. 54 N° 1 inciso 5°, pues se abre la posibilidad de derogar, modificar o suspender sus efectos, de una forma distinta a la señalada por el propio tratado o la normativa internacional:

“Segundo, insistir en la *fuerza de precepto legal* de un tratado para crear un control reparador concreto inexistente de los tratados en la Constitución contradice en sus términos el artículo 54 N° 1 inciso 5°, ya que implica suspender la fuerza y eficacia del tratado temporalmente para el caso concreto, además, de pasar por encima del texto de los numerales 1° y 3° del artículo 93 inciso primero de la Carta Fundamental, que otorga control sobre tratados en el período anterior a su incorporación al ordenamiento jurídico. Resultaría curioso que la Constitución distinga entre tratados, reforma de la constitución y preceptos legales en los numerales 1° y 3° del artículo 93 inciso primero en análisis y después, dando un salto lógico se determine que la distinción hecha por la Carta Fundamental no tiene importancia para el artículo 93 inciso primero N° 6, ya que preceptos legales y tratados son lo mismo, dicho forzamiento del texto constitucional y de su objeto y fin carece de toda seriedad interpretativa.”⁹¹

En el mismo sentido, Hernández Viñas afirma:

⁹⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p.110; Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2007): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales” ob.cit. pp.61-66.

⁹¹ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p. 111.

“El artículo 93 inciso 6° al determinar el objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad expresamente refiere “de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución” y los tratados internacionales se distinguen claramente de los “preceptos legales”, porque por naturaleza o sustancia, forma y efectos jurídicos son distintos de las leyes.

Actualmente la doctrina evita la restricción del concepto “precepto legal” en pos de resguardar la supremacía de la Constitución y de los derechos, considerando que es susceptible de control por vía de acción de inaplicabilidad toda producción normativa directa e indirecta del Poder Legislativo, excluyendo, por ende, a los tratados internacionales.

El tratado no es un precepto legal en razón que conceptualmente es distinto de la ley tiene una génesis diferente; una tramitación, que en un paso puede⁹² “coincidir, pero que en la mayor parte difiere de la prevista para la ley; y otra serie de argumentos, como la promulgación y publicación de ambos.”⁹³

En cuarto lugar, los tratados internacionales son lo que indica la Convención de Viena y no otro cuerpo normativo:

“Conforme al actual artículo 54.1 inciso 5, podemos entender entonces, que con respecto a los tratados ya no se puede sostener que tengan fuerza de ley o que se los puede considerar con una jerarquía similar a una ley. En otras palabras, los tratados son lo que nos indica la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 2.1 a), y no otra cosa, a saber, “... un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”, sin perjuicio de que doctrinalmente se hayan desarrollado definiciones más amplias.”⁹⁴

Por tanto, y concluyendo este argumento según el cual el tratado no sería un “precepto legal”, se sostiene que no procedería un control represivo (tanto de inaplicabilidad del 93N° 6 como del 93 N° 7 de inconstitucionalidad) por las siguientes razones:

⁹² HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM LORENA (2007): “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales, ob. cit., p. 121.

⁹³ Ibid. p. 122.

⁹⁴ MÜLLER GUZMÁN, KARL (2009), “Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales conforme a la Constitución Política de Chile”, ob. cit. p. 128.

- a) Las normas de un tratado internacional tienen su origen el Derecho Internacional; por tanto, no serían preceptos legales toda vez que sólo tendrían aquel carácter aquellas normas que tienen su origen en el ordenamiento jurídico interno;
- b) Que el art. 54 N° 1 inc. 5 es categórico, puesto a que sólo es posible modificar, derogar o suspender un tratado internacional de la forma que indica el propio tratado o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional⁹⁵;
- c) Porque puede surgir responsabilidad internacional del Estado en caso de contravención de lo anterior, y
- d) La normativa de la Convención de Viena lo prohíbe.

6. ALGUNOS ALCANCES CRÍTICOS A ESTA POSTURA

Antes de iniciar este epígrafe, debe recordarse que el problema fundamental que estamos tratando, es determinar qué valor tiene un tratado internacional respecto de la ley, dado a que aquello repercutirá directamente en los mecanismos de control que un ordenamiento jurídico de un Estado, puede aplicar respecto al tratado.

Ahora bien, para intentar dilucidar lo anterior, es necesario volver sobre la significación de la expresión “precepto legal”, para lo cual es necesario tomar en consideración otros elementos que a nuestro juicio, hasta ahora han sido obviados, que aluden a la naturaleza del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se conceptualiza de la siguiente forma:

*“es un mecanismo de control concreto de constitucionalidad de la ley establecido por la Constitución Política de la República con el objeto de resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución ante los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las normas constitucionales.”*⁹⁶

De esta definición se desprende claramente que el objeto de la acción de inaplicabilidad es que un precepto legal no pueda aplicarse al caso concreto, no obstante que dicho precepto siga vigente para cualquier

⁹⁵ Cfr. GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA (2007): “Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, ob. cit. p. 473.

⁹⁶ Rol N° 1955-11, consid. 7° .

otra situación que no sea aquella gestión pendiente particular sometida a la decisión del Tribunal Constitucional. Además, debe ser declarada por esta magistratura como inaplicable por tener efectos en ese caso específico contrarios a la Constitución.

Dentro del concepto de precepto legal se incluyen las leyes, los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes⁹⁷.

Sin embargo, los tratados internacionales también se han incorporado a esta noción, por las razones teóricas que ya hemos expuesto reiteradamente a lo largo de estas páginas.

De hecho, el concepto de “precepto legal” no ha quedado meramente en el ámbito teórico, pues el Tribunal Constitucional ha entrado a conocer requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto a disposiciones de tratados internacionales en la práctica, sin que ello haya generado, hasta donde sabemos, responsabilidad internacional para el Estado chileno. En efecto, de existir tal responsabilidad, ella se generaría incluso por el simple hecho de admitir a tramitación esta acción, pues ese sólo hecho sería una contravención a la normativa internacional: independiente del resultado de la acción que se reflejará en la sentencia, ello implicaría la posibilidad de modificar, derogar o suspender una norma internacional, o dejarla sin efecto por una norma de Derecho interno. Con mayor razón en caso de que el fallo de la magistratura constitucional así lo estimare.

Por otro lado, si sólo se considerara que se contraviene la normativa internacional cuando una sentencia definitiva acoge el requerimiento, tampoco tendría sentido haber establecido este recurso, pues para no violar la normativa internacional siempre debería rechazarse, tanto por no cumplir los requisitos de admisibilidad, como por su eventual fondo. Así la norma no cumpliría con su efecto útil.

A continuación analizaremos brevemente las tres sentencias en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre un tratado internacional.

En la primera (Rol 572-2006, de 31 de enero de 2007), se reclamaba la tuición sobre menores, para lo cual, una de las partes pretendía aplicar en Chile normas emanadas de un tratado internacional. En la parte que nos interesa de esta sentencia, en cuanto a su relación con el problema de si es o no procedente el requerimiento de inaplicabilidad

⁹⁷ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE: *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, ob. cit., p. 65.

por inconstitucionalidad respecto de un tratado internacional, el fallo en cuestión declara inadmisibles las presentaciones, sosteniendo que:

“en consecuencia, en la causa antes mencionada no se discute acerca de la custodia de la niña Roberta Crea Ponce. De esta manera, el requerimiento interpuesto, que tiene como razón de ser el que no se resuelva respecto de la tuición de la menor sobre la base de las normas que se impugnan ante esta sede jurisdiccional, carece de fundamento razonable, al no ser ese el objeto de la litis en la gestión pendiente (Consid. 11°)”

Como vemos, se declara inadmisibles los requerimientos al no haber existido una discusión respecto de la custodia de la menor, no porque el requerimiento incumpliera el requisito de que la normativa del tratado internacional impugnada fuere considerada precepto legal.

En el segundo caso (Rol 1832-10 de 17 de noviembre de 2011), se pretendía aplicar el art. 22 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. En la parte que nos interesa de esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala:

“Que, como bien ha sostenido esta Magistratura en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sólo ha sido autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo” (sentencias roles N°s 1.314 y 1.351, entre otras)” (Consid.11°)

Que, por consiguiente, al no haber sido solicitada la inaplicabilidad de un precepto legal, sino más bien la inaplicabilidad de una determinada interpretación de aquél que no se aviene a las pretensiones del recurrente y que, por lo demás, éste ha impugnado en sede de casación, esta Magistratura se pronunciará por la inadmisibilidad del requerimiento de autos y así se declarará;..” (Consid.12°)

Así, aun cuando se declara inadmisibles estos requerimientos, por no haberse indicado la norma expresa para fundamentarlo, el Tribunal sostiene expresamente que el tratado internacional es un precepto legal, al afirmar que *“al no haber sido solicitada la inaplicabilidad de un precepto legal, sino más bien la inaplicabilidad de una determinada interpretación de aquél”*. Por eso de haberse indicado la norma expresa para fundar el requerimiento, probablemente no hubiera sido rechazada por esta causal.

En el tercer caso (Rol 1307-09 de 20 de enero de 2011), se pretendía declarar la inaplicabilidad de los artículos 22, N° 2°, y 25 de la Convención de Varsovia, del año 1929, aprobada por el Decreto Ley N° 2.381, de 1978, en razón de los perjuicios sufridos a consecuencia de la pérdida del equipaje del requirente.

Así, respecto del objeto del requerimiento de inaplicabilidad, declaró el Tribunal Constitucional:

“Que, respecto al tercer requisito, en el presente caso se cuestiona la aplicación de diversos preceptos legales que podrían resultar decisivos en la resolución del asunto descrito en el considerando cuarto. En efecto, tal como se sentenció por esta Magistratura en los autos Rol N° 1.288, con fecha 25 de agosto de 2009, al ejercer el control preventivo obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que modificó la Ley N° 17.977, Orgánica Constitucional de este mismo Tribunal, el artículo 96, inciso primero, N° 6, de la Constitución Política de la República, faculta al Tribunal Constitucional para que, en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resuelva acerca de si la aplicación de un precepto contenido en un tratado internacional, en una gestión judicial pendiente, puede o no resultar contraria a lo dispuesto en la Constitución Política de la República.

En estos autos, específicamente, se ha pedido una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 22, N° 2, letra a), y 25 de la Convención de Varsovia del año 1929, aprobada por Decreto Ley N° 2.381, del año 1978, y publicada en el Diario Oficial de fecha 9 de diciembre de 1997, cuyos textos prescriben respectivamente”:....(Consid.6°).

De esta manera, si bien se acogió a tramitación el requerimiento de inaplicabilidad, este fue desechado en el fondo:

“Que de lo dicho se desprende que en la especie han concurrido todas las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este Tribunal se pronuncie sobre la cuestión planteada por el requirente; por lo que corresponde analizar -en esta fase- los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto de los preceptos legales aplicables a la referida gestión judicial” (Consid.8°).

Como puede verse luego del rápido análisis de estas sentencias, estos fallos son interesantes, pues representan una unidad en el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, sobre todo, porque la sentencia Rol 572-2006 es anterior al fallo 1288-2008, siendo esta última sentencia aquella que consagra y afianza la tesis seguida por el Tribunal Constitucional de considerar a las normas de un tratado internacional, preceptos legales.

CAPÍTULO III

CRÍTICA A LAS POSTURAS QUE NIEGAN LA POSIBILIDAD DE USAR LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE UN TRATADO INTERNACIONAL

1. CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS NEGACIONISTAS

Estimamos que la postura que plantea la imposibilidad de aplicar un control de constitucionalidad represivo a un tratado internacional, mediante la interposición de una acción de inaplicabilidad consagrada en el art. 93 N° 6 del Código Político, cae en una suerte de contradicción, cuando intenta justificar lo anterior en torno a dos razones: la primera, cuando alude a los *efectos* y la segunda, cuando se refiere al *objeto* de dicha acción.

Respecto del primer problema, uno de los argumentos a favor de esta imposibilidad, es que con este recurso, la norma impugnada, en este caso, un Tratado, quedaría por ese hecho derogada. En efecto:

“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.”⁹⁸

⁹⁸ GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA (2007): “Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, ob. cit., p. 476.

Si bien se reconoce por una parte que la inaplicabilidad puede surtir efectos sobre algunos preceptos del tratado internacional y también que el resto del mismo no cesa en su aplicación, lo que no nos parece correcto es que se afirme que la declaración de inaplicabilidad, pese a tener sólo efectos para el caso particular, produzca una “derogación” de la norma impugnada⁹⁹.

Nos surgen así dos interrogantes: la primera se refiere a un problema de argumentación, pues al menos en este caso, no se señalan cuáles son los fundamentos para afirmar que una declaración de inaplicabilidad para el caso concreto funciona como una “derogación”; y la segunda, yendo al fondo del asunto, puede expresarse así: ¿cómo se puede derogar una disposición que continúa vigente y que podrá seguir aplicándose a todos los demás casos en que se invoque el precepto de dicho tratado internacional declarado inaplicable sólo para ese caso particular?

Derogar un precepto implica retirarlo del ordenamiento jurídico, lo que traería consigo la imposibilidad de invocarlo nuevamente. No es esta la situación actual, pues el precepto declarado inaplicable para el caso concreto, perfectamente puede seguir siendo invocado para los demás casos en que pueda aplicarse. El Tribunal Constitucional ha sido categórico al respecto:

*“De esta manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración.”*¹⁰⁰

Al sostener que no significa que “siempre y en cualquier caso procederá igual declaración”, se quiere decir que el precepto sigue vigente. Por eso podría eventualmente volver a requerirse; pero ello no significa que para ese nuevo evento, necesariamente se deba declarar la inaplicabilidad. Como vemos, pues, no hay derogación.

⁹⁹ El Tribunal Constitucional ha sido enfático al distinguir los efectos de la declaración de inaplicabilidad con la de inconstitucionalidad, al respecto en Sentencia Rol 959-2007, consid. 5° establece: “*QUINTO. Que la Constitución consagra la inaplicabilidad como un medio un control concreto, es decir, que opera en el marco de la aplicación de la norma controlada y de los efectos que podría generar su aplicación en el ámbito de un caso pendiente. En cambio, la inconstitucionalidad la establece como un control abstracto, en el que esta Magistratura contrasta la norma constitucional con el precepto legal, con prescindencia de los efectos que su aplicación pudiere generar en cualquier caso sometido a proceso. Este marco conceptual nos permite concluir que la competencia del Tribunal Constitucional es distinta en ambos casos, pues en la inaplicabilidad está dirigida a obtener un pronunciamiento del que resulte la orden de no aplicar, por causa de inconstitucionalidad, a un caso concreto el precepto controlado, con efectos relativos y en cambio, la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal lo expulsa del sistema normativo, derogándolo con efectos sólo a futuro.*”

¹⁰⁰ Rol N° 536-06, de 8 de mayo de 2007.

Otro argumento que se esgrime para sostener la improcedencia del requerimiento de inaplicabilidad sobre un tratado internacional, es que la declaración de inaplicabilidad es la puerta de entrada a una eventual declaración de inconstitucionalidad.

“Además y 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.”¹⁰¹

Por eso,

“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 choca 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.”¹⁰²

Consideramos que lo anterior tampoco tiene asidero, puesto a que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional señala en su artículo 97:

“En el caso del número 7° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal Constitucional actuando de oficio y por las personas legitimadas a que se refiere el inciso duodécimo del mismo artículo.

Esta cuestión no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones.”

El inciso segundo del precepto antes transcrito es categórico en la materia, impidiendo la acción de inconstitucionalidad sobre un tratado internacional.

¹⁰¹ GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA (2007): “Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, ob. cit., p. 476.

¹⁰² Ibid. p. 477.

Por eso nos preguntamos: ¿por qué se contempla una norma expresa que prohíbe la cuestión de inconstitucionalidad sobre un tratado internacional, y no hay una que haga lo mismo en materia de inaplicabilidad?¹⁰³

Ello se debe a nuestro juicio, a que existe un reconocimiento en cuanto a que la inaplicabilidad no importa una derogación, a diferencia de la inconstitucionalidad. Por eso sólo esta última está prohibida respecto a un tratado internacional.¹⁰⁴

Otro problema que percibimos en esta postura “internacionalista”, es a veces lo que podría considerarse el notable contenido ideológico de los argumentos de algunos autores favorables al Derecho Internacional, con prescindencia casi absoluta del ordenamiento jurídico interno. Así por ejemplo:

“No hay seguridad para los operadores internacionales o extranjeros si las normas pueden ser alteradas con cierta discrecionalidad por vía jurisprudencial, además de la falta de seguridad jurídica del mantenimiento uniforme de criterios por los tribunales superiores de justicia, ello es grave en materia de confianza para las entidades internacionales o extranjeras que desean realizar inversiones en o por parte de otros estados, todos ellos requieren certeza del cumplimiento de las normas internacionales incorporadas válidamente al derecho interno y la seguridad de que ellas dejarán de aplicarse sólo de acuerdo con el sistema de denuncias, retiro o término de los Tratados o Pactos determinado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, las normas determinadas en la Convención o tratado específico, o de acuerdo a los principios generales del Derecho Internacional.”¹⁰⁵

Lo anterior, no deja de parecernos curioso, puesto que da la impresión que el ordenamiento jurídico interno no sólo debe ponerse al servi-

¹⁰³ Consideramos que esto es una manifestación del principio del efecto útil de los tratados internacionales.

¹⁰⁴ La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Ley 17.997) fue modificada por la ley 20.381 que se promulgó el 11 de septiembre de 2009, publicándose el 28 de octubre del mismo año. En esta modificación se incluyó el artículo 97 que estamos analizando.

La discusión en la cámara de diputados, en donde ganó la postura de que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no podía interponerse respecto de un tratado internacional data de la fecha 12 de abril de 2006, en la sesión 12° puntualmente.

¹⁰⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2007): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, ob. cit., p. 71.

cio de los intereses mayormente económicos para que las entidades internacionales y extranjeras puedan actuar con seguridad, sino además, que ello baste incluso para desconocer principios esenciales en los que se basa nuestro Estado de Derecho, como es el de supremacía constitucional.

Desconocer lo anterior implicaría que el Derecho Internacional podría regular cualquier materia de manera absoluta, o si se prefiere, autónomamente, amparándose en que es intocable por medio de los mecanismos internos de cada Estado. Sin embargo, debe recordarse que no resulta suficiente un control preventivo para solucionar todos los problemas de constitucionalidad que eventualmente podrían presentarse, porque lamentablemente, éste no puede prever todas las situaciones en que pudiera originarse un vicio de inconstitucionalidad¹⁰⁶. Al ser un control abstracto, no se adapta a la realidad en forma dinámica, como sí lo hace un requerimiento de inaplicabilidad, que permite determinar si en un caso concreto, alguna norma presenta efectos inconstitucionales. Esta situación particular suele no ser previsible (con absoluta buena fe), al hacer un control preventivo en abstracto.

Más aún, si se reconociera que el control preventivo no tiene fisuras, no se habría instituido un control represivo de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico interno para las normas jurídicas nacionales, porque en el fondo, estaría de más¹⁰⁷.

Por esto, y al no estar prohibido un requerimiento de inaplicabilidad sobre un tratado internacional, no produciendo ninguno de los efectos que menciona el artículo 54 de la Constitución, creemos que no existe inconveniente para poder aplicarlo sobre este tipo de preceptos.

2. UN ARGUMENTO A FAVOR DE LA PROCEDENCIA DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD: EL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

Lo primero que debemos saber para dilucidar este tema, es que el tratado internacional al incorporarse al ordenamiento jurídico interno, no pierde su calidad de tal. Por ello tendría, según una parte de la doctrina, aplicación preferente sobre las normas nacionales. Sin embargo, procederemos a analizar los distintos matices que esto implica.

El argumento de la aplicación preferente del Tratado internacional dice lo siguiente:

¹⁰⁶ Cfr. VERDUGO, SERGIO. “¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales? Críticas a una propuesta inconveniente”, ob. cit, pp.462-466.

¹⁰⁷ Nuevamente esto es aplicación del principio del efecto útil.

“En todo caso no podemos dejar de reiterar que, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional, nos parece correcto señalar que los tratados, conforme al texto constitucional, tienen aplicación preferente frente a todas las normas jurídicas que son generadas unilateralmente por el Estado de acuerdo al modo de producción determinado constitucionalmente, cuando ellas entran en conflicto con un tratado internacional, pero el tratado carece de jerarquía respecto de ellas, ya que no son normas que surgen, tienen validez y fuerza normativa conforme lo determine el ordenamiento estatal, sino conforme lo determine el derecho internacional. Aquí nuevamente se hace presente un déficit de esfuerzo de armonización interpretativa convergente entre derecho interno y derecho internacional.”¹⁰⁸

Por eso, este autor continúa

“...lo que ocurre es que frente al conflicto normativo ley-tratado, el tratado tiene fuerza *aplicativa pasiva y activa preferente al precepto legal*, cuando ambos”¹⁰⁹ “entran en conflicto, todo ello desde una perspectiva normativa formal, ya que habría que examinar el tema desde la perspectiva sustantiva de derechos fundamentales si éstos están en juego, donde como ya hemos precisado, el principio de resolución de conflictos no es de carácter formal sino material o sustantivo conforme al postulado *pro homine o favor persona*.”¹¹⁰

Agreguemos también que:

“la intervención del postulado *pro homine o favor persona*, que, en materia de enunciados normativos que regulan los atributos y garantías referentes a derechos fundamentales o humanos, debe aplicarse la norma que más los potencia o permite su ejercicio, no importando si ella es de generación de derecho interno o de derecho internacional.”¹¹¹

¹⁰⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p. 112.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (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”, ob. cit., p.113.

¹¹¹ *Ibid.* p. 108.

Según esta teoría entonces, desde el punto de vista formal, habría que aplicar primero el tratado internacional sobre la norma interna. Sin embargo, establece como excepción el principio *pro homine* o favor persona, que admite la posibilidad de aplicar la norma nacional, si ella es más garantista que la internacional.

Sin embargo lo anterior conlleva una serie de consecuencias. En primer lugar, en caso de ser más favorable, se valora al Derecho interno por su contenido sustantivo al momento de aplicar la norma, razón por la cual, en este caso, no importaría si existen otras voluntades de más Estados que participaron en la formación del tratado, ni tampoco los preceptos de la Convención de Viena, en particular, aquel que señala que no puede invocarse una disposición de derecho interno para dejar sin efecto una convención internacional¹¹². Por eso resulta claro que este caso de principio *pro homine*, se refiere a la aplicación para un caso concreto de la norma local y no del tratado. Ello, porque el tratado ya ha pasado el control preventivo de constitucionalidad y por tanto, se encuentra conforme al espíritu sistemático del ordenamiento jurídico nacional. Por tanto, un camino para poder aplicar en este caso el principio *pro homine*, sería permitir interponer un recurso de inaplicabilidad a fin de darle prioridad al Derecho interno, lo cual contraviene aquella postura que pretende darle siempre primacía al Derecho Internacional.

En consecuencia, si se estima que el control preventivo es absoluto, que no admite errores y que otorga una presunción absoluta de constitucionalidad del tratado, ello haría imposible, o al menos dificultaría enormemente, hacer realidad el principio *pro homine*, en caso de ser la norma nacional más favorable, puesto que se debería aplicar sin más la norma de tratado internacional. En consecuencia, es necesario concluir que debe existir algún mecanismo que permita asegurar este principio, cuando el control preventivo falla o sea insuficiente: este sería el control *ex post* vía artículo 93 N° 6 de la Constitución.

Como vemos, desde la perspectiva del principio *pro homine*, cuando se trata del aspecto sustantivo de la norma, da igual su procedencia, es decir, si es nacional o internacional. Por tanto, de no reconocer lo anterior, estaríamos privilegiando siempre al Derecho internacional por su forma y no por su fondo.

Por eso, a nuestro juicio, ni la naturaleza internacional de la norma, ni las disposiciones de la Convención de Viena, ni los artículos 54 N° 1

¹¹² Cfr. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): "La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo", ob. cit. p 190.

inc. 5 serían un cerrojo absoluto en cuanto a la aplicación sin más de una norma internacional, ya que debemos apreciar el fondo de la materia en virtud del principio *pro homine* y para protegerlo o bien reforzamos el control preventivo de constitucionalidad o bien lo complementamos con el control represivo por la vía del art. 93 N° 6 de nuestra Constitución.

3. OTRAS REFLEXIONES EN TORNO AL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

Hasta aquí, y luego de analizar las distintas opiniones de diversos autores que tratan esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica que regula a este órgano del Estado, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- a) Los tratados deben someterse a la Constitución;
- b) Que las materias que regula un tratado, si son de ley, quedan comprendidas en la órbita legislativa y sujetas a los controles que para ellas se establecen por el orden interno; y
- c) Que el principio *pro homine*, como elemento interpretativo, estaría sujeto al principio de supremacía constitucional, tanto respecto del órgano jurisdiccional que debe interpretar, como de las normas que le sirven de fundamento, puesto que en virtud del mismo, se puede impedir una aplicación irrestricta de los tratados internacionales, en caso de ser más favorable la ley interna, según se analizó en su oportunidad.

Ahora bien, debe recordarse que al incorporarse un tratado internacional al ordenamiento jurídico chileno, es necesario que cumpla con las formalidades que nuestra Carta Fundamental establece en los artículos 32 N° 15, 54 N° 1, 93 N° 1 y N° 3. Sin esto, al no existir la recepción automática (pues el art. 5° inc. 2° siempre exige que los tratados sean “ratificados”), dicho tratado no entra a regir para Chile, quedando solo como una mera intención, una mera posibilidad que el Estado quiera obligarse internacionalmente. Es por eso que el tratado debe subsumirse a la Constitución, pues es ésta la que autoriza a suscribirlo mediante los procedimientos y quórumos que la misma establece.

En consecuencia, una vez cumplidos los trámites constitucionales que permiten que el tratado internacional pueda recepcionarse, aquel se incorporará al ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, Como vemos la Constitución sólo establece la forma en que deben incorporarse los convenios internacionales, no la jerarquía

que adquieren dentro del ordenamiento jurídico. No podemos afirmar otra cosa, pues la interpretación de conformidad al principio de Derecho Público lo prohíbe. Es por eso que estimamos que éste no adopta la jerarquía de la norma jurídica que lo incorpora, como señala el profesor Ribera, ya que la Constitución sólo establece los quórum que correspondan para aprobarlo de acuerdo al artículo 66.

Este quórum de aprobación estará dado por la materia que ella regula (art. 63 de la Constitución en relación con su art. 66), siendo aquella la que le dará el carácter de ley simple, de quórum calificado, orgánica constitucional o interpretativa de la Constitución.

Ahora, en atención a que un tratado internacional puede versar sobre alguna de estas materias, los quórum para aprobarlo se darán con base en dichas materias¹¹³, según señale la propia Constitución. Esto no implica la internacionalización de estas materias¹¹⁴ (pues siguen siendo de derecho interno), sino sólo una “compatibilización” del tratado internacional con aquellas, para los efectos de aprobarlo de acuerdo a los quórum que exige el artículo 66.

Sabemos también que el proceso de formación de un tratado internacional no es igual al de la ley. Es por ello que la Constitución dice que se someterán “en lo pertinente” a los trámites de una ley, dependiendo de las materias que regule el tratado internacional. Así por ejemplo, si regula materias de ley orgánica constitucional, requerirá un control preventivo obligatorio, al igual que cualquier otra ley interna que verse sobre materias semejantes.

Ahora, sostenemos que no existe una “internacionalización” de las materias propias de ley (art. 63 de la Constitución) en el caso que un tratado internacional verse sobre alguna de ellas, puesto que es la Constitución la que consagra y establece dichas materias. En cambio, el tratado internacional sólo dispondrá una forma de ejecutar algún acto sobre ellas o algún mecanismo para aplicarlas. Es así que en este caso podemos diferenciar dos situaciones jurídicas distintas: la primera se refiere a la consagración de las materias propias de ley, que depende del Derecho

¹¹³ Cfr. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, ob. cit. pp.192-193.

¹¹⁴ Con esto nos referimos a que no por el hecho de que un tratado internacional verse sobre una materia de ley nacional, ésta deba quedar regida por las normas de Derecho Internacional Público, al contrario, creemos que dicha materia, al ser propia de ley, se regirá de acuerdo a las normas nacionales correspondientes.

interno de cada Estado, razón por la cual serían susceptibles de ser requeridas de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuando se cumplan los requisitos exigidos para esta acción; la segunda se relaciona a la ejecución y aplicación de los tratados, que quedarán sujetas a lo que haya dispuesto ese tratado internacional, al ser una expresión de la voluntad del Estado de obligarse internacionalmente.

Aclarado esto, consideramos que el tratado internacional mantiene su calidad de tal al incorporarse en el ordenamiento jurídico interno, como señala el profesor Nogueira, pero se subsume a la Constitución por lo ya explicado. Es decir, solo gracias a ella es posible incorporarlo al orden interno, cumpliendo con los requisitos formales que le impone. Por eso cuando dichos tratados versan sobre materias de ley, al no internacionalizarse estas materias –al haber sido incorporadas en virtud de los procedimientos requeridos para su aprobación–, no se ve obstáculo para que el ordenamiento jurídico interno controle aquellas materias que son propias de ley.

Ahora, ¿qué controles sería posible ejercer sobre un tratado ya incorporado al orden interno? Claramente creemos que el control preventivo es factible por dos razones: primero, porque la Constitución lo exige y segundo, porque el tratado internacional aun no entra a regir en nuestro ámbito interno.

Sin embargo, si el tratado internacional ya ha comenzado a regir, ¿podrá ejercerse el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad?

Su procedencia dependerá a nuestro juicio de los tres grandes verbos rectores consagrados en el artículo 54 N° 1 inc. 5 de la Constitución “derogar, modificar, suspender”.

Un tratado internacional, que versa sobre materias propias de ley tendrá un tratamiento distinto a una ley que versa sobre la misma materia, pues el primero, como dijéramos, está sujeto al imperativo del Derecho Internacional, según el art. 54 N° 1 inc. 5. Por tanto, no sería posible derogarlo mediante la dictación de una nueva ley, como sí ocurre con una ley interna.

En cuanto a la segunda y tercera posibilidad que establece el art. 54 N° 1 inc. 5 de la Constitución, esto es “modificar” o “suspender”, las materias sobre las que versa este tratado, ellas siguen siendo propias de ley, por mandato del art. 63 de la Constitución. Por tanto, a nuestro juicio, son eventualmente requeribles de inaplicabilidad, por ser de Derecho interno.

Por eso, en palabras del profesor Núñez Poblete:

“Sostener que todo juicio de aplicación es uno de derogación, modificación o suspensión equivaldría a sostener que la aplicación de los tratados es un proceso de autómatas que prescinde de las ca-

pacidades de los operadores internos para determinar si el instrumento es o no aplicable a una situación concreta o, en el caso del 93.6 de la Constitución, para determinar si su aplicación puede producir un efecto contrario a la Constitución.”¹¹⁵

A nuestro juicio, este doble carácter (nacional e internacional) que pudiera revestir un tratado internacional que versa sobre materias propias de ley, no es motivo para afirmar la improcedencia del requerimiento de inaplicabilidad en su contra, ni tampoco daría lugar a la responsabilidad internacional del Estado, pues no se viola ni la Convención de Viena ni el imperativo de del art. 54 N° 1 inc. 5 de la Constitución. Ello, pues creemos que no habría una “derogación” del tratado internacional en caso de declararlo inaplicable, pues éste mantiene su plena vigencia; sólo se inaplicaría al caso concreto:

“Por ejemplo, si en una gestión judicial una parte invoca un tratado que, *ratione materiae* o *personae*, no resulta aplicable a los hechos y cuya aplicación podría vulnerar los derechos constitucionales de la otra, ¿por qué habría de sostenerse que una decisión judicial que se pronuncie sobre esa aplicabilidad importa una violación del tratado?”¹¹⁶

Por otro lado, tampoco existiría una “modificación” del tratado, pues en ningún caso se alteraría su contenido:

“El único modo de afirmar que hay propiamente intención de modificar el contenido de un tratado se presentaría si el Tribunal propusiera (por ejemplo a través de una sentencia interpretativa) una forma de interpretar un tratado que se desviara de su texto y espíritu,”¹¹⁷

Finalmente, consideramos también que no existiría una “suspensión”, pues el tratado internacional en todo momento ha estado produciendo sus efectos en el ordenamiento jurídico, sólo que en el caso concreto no procede aplicarlo:

“Por último, respecto a la suspensión hay que hacer presente que el carácter absoluto y temporal de esta figura tampoco se concilia con el carácter particular de la sentencia de inaplicabilidad. Esto quiere decir que la sentencia de inaplicabilidad, al marginar un

¹¹⁵ NÚÑEZ POBLETE, MANUEL (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad” ob. cit. p. 452.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibid.* 453

precepto internacional de la decisión de una gestión judicial pendiente, no suspende el tratado del mismo modo en que no puede hablarse de “suspensión de las leyes” cuando decide no aplicar un precepto legal.”¹¹⁸

Por tanto, con base en todo lo dicho, podemos concluir que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sí es procedente respecto del tratado internacional que versa sobre materias propias de ley (no así si versare sobre materias propias de la potestad reglamentaria), pues éste no implica una vulneración al imperativo internacional emanado del art. 54 N° 1 inc. 5 de la Constitución, que a su vez es una expresión de lo preceptuado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Otro argumento que podemos dar para reafirmar lo dicho anteriormente, dice relación con el principio de la supremacía constitucional, que se encuentra consagrado en el art. 6 de nuestra Constitución.¹¹⁹

Como dice el profesor Hernán Molina:

“La supremacía constitucional sitúa a la Constitución como la norma más alta del ordenamiento jurídico y a la cual deben ajustarse [...] el resto de las normas jurídicas. La Constitución se encuentra en la cima de la pirámide normativa, y goza de supremacía, puesto que las demás deben guardar conformidad con ella. [...] Expresión de esta supremacía Constitucional es el artículo 93, que se refiere a las atribuciones del Tribunal Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes orgánicas constitucionales, interpretativas de algún precepto de la Constitución, de proyectos de ley o de reforma constitucional, de tratados, de decretos con fuerza de ley, de decretos de convocatoria a plebiscito, de decretos supremos inconstitucionales, en los casos y formas allí indicados.”¹²⁰

Por lo tanto, en virtud de este fundamental principio, podríamos añadir otro argumento más para justificar que los tratados internacionales son infra constitucionales.

¹¹⁸ *Ibidem.*

¹¹⁹ “Artículo 6° . Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

¹²⁰ MOLINA GUAIT-A, HERNÁN: *Derecho Constitucional*, Legal Publishing, 11° edición, 2011, pp. 83, 84 y 85, respectivamente.

En efecto, si la Constitución es la norma de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual obliga a los órganos del Estado, a sus titulares o integrantes, y a toda persona, institución o grupo a actuar conforme a ella, ¿cómo explicaríamos que una norma internacional, consagrada en un tratado internacional que debe sujetarse a la Constitución y a sus procedimientos para incorporarlo al ordenamiento interno, no pueda ser controlada por los medios que precisamente la Constitución establece? Lo contrario, ¿no sería inobservar este principio? Es por eso que el Tribunal Constitucional es partidario de mantener los controles preventivo y represivo¹²¹, con lo cual está afirmando la infra constitucionalidad de los tratados internacionales.

En realidad, esta situación no es ni nueva ni atípica. De ahí que argumente el profesor Núñez Poblete, refiriéndose al Derecho comparado:

“Esta fórmula extraordinaria de control judicial sobre la aplicación de los tratados, o de normas secundarias derivadas de ellos, no es por lo demás extraña a la tradición constitucional contemporánea. En efecto, si se examina la jurisprudencia europea reciente es posible encontrar un número importante de *leading cases* en los que se ha defendido la radicación –en última instancia– de la defensa de la Constitución en las jurisdicciones constitucionales nacionales. Como no es el caso de reiterar aquí la relación de sentencias a las que me he remitido en otro lugar (Núñez 2008, pp. 350 y ss.), solo cabe subrayar que esa línea jurisprudencial ha sido últimamente reiterada por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa. El fallo unánime es demoledor: la violación del principio de identidad constitucional (al modo como es codificado en el art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn) por una norma comunitaria equivale –ni más ni menos– a desconocer el poder constituyente del pueblo y conduce a que ella sea declarada inaplicable en Alemania (“*in Deutschland fur unanwendbar erklart wird*”, §241.). Aunque renuncia a entrar en detalles, el Tribunal alemán sugiere que pueden existir varias vías para obtener esa declaración de inaplicabilidad, entre las que se cuentan, los procedimientos de control abstracto y concreto de las leyes, las contiendas de competencia y el amparo constitucional, sin perjuicio de otros que puedan ser creados por el legislador.”¹²²

¹²¹ Como lo vimos al analizar el argumento de las materias y de la asimilación en páginas 27 y siguientes.

¹²² NÚÑEZ POBLETE, MANUEL (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad” ob. cit. p. 442.

Así pues, nuestra Constitución, aparte de permitir el control preventivo consagrado en el art. 93N° 1 y el requerimiento de inaplicabilidad del art. 93 N° 6, también permitiría, a nuestro entender, y en virtud del principio de la supremacía constitucional, otros mecanismos de control interno, como por ejemplo, el recurso de casación en el fondo, dado a la amplitud del concepto de “infracción de ley”, que como se sabe, es un requisito fundante para interponer esta acción.

En efecto, según el art. 767 del Código de Procedimiento Civil¹²³, para que este recurso proceda, es necesario que exista una infracción de ley, y al respecto señala el profesor Núñez Poblete:

“En cambio, respecto de lo que interesa, parece haber acuerdo en que nada obsta a que la infracción de “ley”, propia de la casación en el fondo comprende también¹²⁴[...] la infracción a los tratados internacionales (como cuando se aplica erróneamente una ley nacional marginando la aplicación del tratado). La práctica reciente sobre el Convenio de Varsovia sobre transporte aéreo confirma esta aseveración.”¹²⁵

Cabe agregar a lo anterior, que la jurisprudencia ha entendido dentro del concepto de “ley” tanto a la Constitución como a los tratados internacionales¹²⁶.

Otro caso de mecanismos internos de control que podemos señalar, y que es expreso en cuanto a su referencia, es el recurso de nulidad en el proceso penal, de acuerdo a lo establecido por el art. 373 del Código Procesal Penal:

¹²³ Artículo 767.- “El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

¹²⁴ Ibid, p. 441.

¹²⁵ Ibid, p. 442.

¹²⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Suprema *Aetna Chile Seguros Generales con LAN Chile S.A.* (2009). Se trata de una casación en el fondo acogida por no aplicación del art. 22 del Convenio de Varsovia sobre transporte aéreo. Otro caso en que, por la vía de la casación en el fondo, se ha impugnado la no aplicación del mismo convenio es *Aetna Seguros Generales con Compagnie Nationale Air France* (2007). Citadas por NÚÑEZ POBLETE, MANUEL (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8 (2), p. 442.

“Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la nulidad del recurso y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Aquí, es directamente una ley interna la que está reconociéndose competencia para proteger una norma de Derecho internacional. Así entonces ¿Cómo se explica que una norma de formulación unilateral por parte de un Estado pueda decidir sobre una norma de derecho internacional?.

Lo anterior podría justificarse en virtud del *pacta sunt servanda* y porque cada Estado debe adoptar todas las medidas tendientes para hacer cumplir lo pactado, en este caso, por ejemplo, la protección de los derechos y garantías consagrados por los tratados internacionales. Sin embargo, ¿qué ocurre si el recurso de nulidad desestima la infracción sustancial a los derechos y garantías establecidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes? Ello equivaldría a que un tribunal nacional, por medio de un recurso procesal de producción interna, se pronuncie sobre la existencia de dicha infracción cuando se invoque un tratado, dejando al criterio de éste la interpretación de aquél. Esto, en principio, no se podría hacer, según la doctrina internacionalista, toda vez que un tratado es una manifestación de la voluntad de dos o más Estados y tiene su fundamento en el Derecho Internacional, razón por lo cual sería una categoría de norma distinta, no susceptible de ser controlada por mecanismos internos.

Sin embargo, como ya hemos dicho, esta posibilidad de impugnación interna existe, razón por la cual estimamos que no podría generarse en este caso una responsabilidad internacional, pues al ser la propia Constitución, la que autorizó la celebración del tratado internacional, éste desde un inicio ya ha quedado subsumido a los términos de la Ley Fundamental. Por tanto, si se permite el recurso de nulidad expresamente (y que como tal, puede hacerle o no caso al tratado internacional, pues en caso contrario, no tendría sentido), es porque aquel no es incompatible con un tratado internacional, sino que por el contrario ambos quedan regidos por la supremacía constitucional.

CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, podemos afirmar lo siguiente:

- i. De acuerdo a las normas que conforman nuestro Derecho interno, se ha aceptado que el Tribunal Constitucional tiene la competencia para efectuar el control represivo, lo que en la práctica, se ha hecho acogiendo a tramitación en tres oportunidades requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre un tratado internacional, pese a que a la postre fueron rechazados en los términos ya analizados anteriormente. Por eso, en el caso que se interpusiere otro requerimiento de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6, y el Tribunal Constitucional no lo acogiera a tramitación, al hacer suya ahora la tesis internacionalista que niega tal atribución, ello importaría un cambio del criterio de interpretación constitucional, pese a que su texto y espíritu siguen siendo los mismos.
- ii. Los fallos del Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que ha señalado la doctrina internacionalista, no han sido variables en esta materia. Al contrario, han mantenido siempre la idea de la supremacía constitucional y de la asimilación de los tratados a “preceptos legales”. De esta forma, al ser los tratados jerárquicamente inferiores a la Constitución, quedarían supeditados a los controles que esta contiene.
- iii. Cuando un ordenamiento jurídico incorpora una norma de Derecho Internacional, aquella no está inspirada en las normas nacionales. Es por ello que a nuestro juicio, necesariamente debe adaptarse a la realidad jurídica del Estado que pretende incorporarla, a fin de evitar un conflicto. Justamente para prevenir lo anterior existen los mecanismos constitucionales que intentan remediar aquella situación: el control preventivo y el control represivo.

- iv. En cuanto a la problemática de la derogación, modificación y suspensión de un tratado internacional, estimamos que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no vulneraría el imperativo contenido en el artículo 54 N° 1 inciso 5 de la Constitución, ni violadora del Derecho internacional, puesto que el tratado se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico, pues su texto no se altera y se inaplicaría sólo al caso concreto. Sostener lo contrario implicaría aceptar la posibilidad de poder aplicar un estatuto jurídico a un caso concreto en que aquel no debiera aplicarse, argumentando que de no hacerlo el tratado se suspende. Está claro que aquel no puede invocarse para todas y cada una de las circunstancias de la vida, sino que sólo debe invocarse respecto de la materia a que es atingente. Pero ello lo determinará la Constitución en virtud del principio de supremacía constitucional.
- v. Agregamos además que para que fuere atendible la tesis que niega la posibilidad de aplicar controles constitucionales previos o posteriores a un tratado, habría que demostrar que todo juicio sobre un tratado internacional debería implicar necesariamente una derogación, modificación o suspensión del mismo, con lo cual se contravendría sin lugar a dudas el artículo 54 N° 1 inc.5 de la Constitución. Sin embargo, el objeto de la acción de inaplicabilidad es únicamente resolver si una disposición de jerarquía legal que puede ser Derecho aplicable en un asunto pendiente de resolución ante los tribunales ordinarios o especiales, produce o no en ese caso un efecto contrario a las norma constitucionales¹²⁷. Por tanto, al ser inaplicable la disposición del tratado internacional sólo al caso concreto, no se produce una contravención al art. 54 N° 1 en cuanto a que el tratado y todas sus normas permanecen plenamente vigentes.
- vi. Finalmente, el requerimiento de inaplicabilidad (y otros expedientes de nuestro Derecho interno) serían tal vez la única forma de aplicar una norma nacional con preferencia a un tratado, si la primera resulta más favorable al afectado en virtud del principio *pro homine*.

¹²⁷ Rol N° 1955-11, 13 de abril de 2011, consid. 7°.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordeamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Estudios Constitucionales*, Año 16, N° 2, pp. 185-210
2. AMAYA VILLAREAL, ÁLVARO FRANCISCO (2005) “El principio pro homine: Interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”, en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, pp. 337-380.
3. ARELLANO GÓMEZ, PILAR (2012): *Historia fidedigna de la nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de Chile*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 50, p.438.
4. CARBONELL, MIGUEL, “Introducción general al control de convencionalidad”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2014], pp. 72-73.
5. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel; Salazar Pedro (Eds.), *Derechos humanos, un nuevo modelo constitucional*, Unam México, pp. 339-429.
6. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, MIGUEL; SALAZAR, PEDRO (Eds.), *Derechos humanos; un nuevo modelo constitucional*, México, Unam, pp.339-429.
7. FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO-PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA (2012): “La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 (2) cit. pp.141-192.

8. GALDÁMEZ ZELADA, LILIANA (2014) “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12 N° 1, pp. 329-364.
9. GALDÁMEZ ZELADA, LILIANA (2007): “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol.34 (3), pp. 439-455.
10. GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA (2007): “Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, pp. 469-480
11. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN (2013): “*Las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*”. Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 293
12. HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM LORENA (2007): “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, pp. 119-126
13. HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM (2014): “La Polisemia del control de convencionalidad interno”, 24 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional p. 120.
14. HITTERS, JUAN CARLOS: “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la corte interamericana de derechos humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad), disponible en : www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf, [Fecha de consulta: 19 de noviembre de 2014] pp.260-261.
15. MOLINA GUAITA, HERNÁN: *Derecho Constitucional*, Legal Publishing, 11° edición, 2011, pp. 575.
16. MÜLLER GUZMÁN, KARL (2009): Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales conforme a la Constitución Política de Chile, en *Nomos - Universidad de Viña del Mar*, N° 3, pp. 121-135
17. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE: *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 43, Año 2011, pp. 153
18. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2007): “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, pp. 59- 88.
19. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2013): “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados in-

- ternacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, pp. 97-154
20. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre – diciembre, pp. 1167-1220.
21. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2013): “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 1 2013, pp. 221-274.
22. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2012): “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 2, pp. 57-140.
23. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, pp. 341-380,
24. NÚÑEZ POBLETE, MANUEL (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8 (2), pp. 461-464.
25. PEÑA TORRES, MARISOL: “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: La experiencia chilena un año después de la reforma de 2005”, disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Marisol%20Pena%20Torres.pdf>, [Fecha de consulta: 10 de abril de 2014].
26. PEÑA TORRES, MARISOL: “La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales”, en *Revista de estudios internacionales*, disponible en www.revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/14390/1470 [fecha de consulta 20 de octubre de 2014]
27. PEÑA TORRES, MARISOL: *Cuatro estudios de justicia constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, año 2007, pp.70.
28. POBLETE RIVAS, DIANA; *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 51, Año 2013, pp. 164.
29. RIBERA NEUMANN, TEODORO (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, pp. 89-118.

30. SAGÜÉS, NÉSTOR P. “El «Control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2014] pp. 449-468.
31. SAGÜÉS, NÉSTOR P. (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8 (1), pp. 117-136.
32. TRONCOSO REPETTO, CLAUDIO: “Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009, disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/11489/11850>, [Fecha de consulta: 15 de mayo de 2014].
33. VÁSQUEZ, LUIS DANIEL; SERRANO SANDRA (2011), “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, miguel; Salazar, Pedro (Coords.) *La reforma constitucional en derechos humanos: Un nuevo paradigma*, Unam, México, pp. 135-165.
34. VERDUGO, SERGIO: “¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?. Críticas a una propuesta inconveniente, en *Anuario de derecho Público UDP*, disponible en www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/.../23_Verdugo.pdf [fecha de consulta 20 de octubre de 2014] p. 449-477.

Sentencias del Tribunal Constitucional

35. ROL1288-08.
36. ROL N° 346
37. ROL N° 536-06
38. ROL 572-06.
39. ROL N° 626-06
40. ROL N° 664-06
41. ROL N° 781-07
42. ROL N° 782-07
43. ROL N° 792-07
44. ROL 1307-09.
45. ROL 1832-10.
46. ROL N° 1883-10
47. ROL N° 1955-11

48. ROL 2363-12
49. ROL 2387-13 Y 23888-13 acumuladas.
50. ROL 871-07
51. ROL 19-83
52. ROL 282-99
53. ROL 959-07

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

54. *Caso Olmedo Bustos (“La Última tentación de Cristo”) vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.
55. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154.
56. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.
57. *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162.
58. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158.
59. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C N° 220.
60. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de fondo y reparaciones de 24 de febrero de 2011, serie C N° 221.

