

CONSTITUCIÓN REFORMADA EN 2005, TRATADOS INTERNACIONALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (CECOCH). Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Los tratados internacionales después de la reforma constitucional de 2005; 3. El sistema de control de constitucionalidad desde la entrada en vigencia de la reforma de 2005; 4. Consideraciones finales.

1. Introducción

El objetivo de este artículo es el de determinar el sentido y alcance que tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, ya que en nuestra Constitución Política de la República no hay norma expresa que le de una categoría determinada entre las fuentes del derecho, por lo que ello debe determinarse por vía interpretativa.

Para ello debemos partir del hecho de que en el ordenamiento jurídico nacional es la Constitución Política la única norma jurídica habilitada para determinar la existencia de otras normas de derecho interno ya que determina el modo de producción de ellas, dotándolas de validez, vigencia y aplicabilidad. Además la Carta Fundamental, como norma fundamental del derecho estatal, puede remitirse a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez y vigencia, como son las normas de *ius cogens*, el derecho consuetudinario internacional y el derecho convencional internacional, siendo los tratados internacionales sólo una de las fuentes del derecho internacional y la única a la cual la Constitución se refiere, aunque en la práctica jurisdiccional, la judicatura ordinaria aplica tan-

to los principios de *ius cogens* como el derecho consuetudinario internacional, considerando que ambos se incorporan automáticamente al derecho interno y se aplican en forma directa, a su vez, el Tribunal Constitucional asume la misma perspectiva respecto de los principios de *ius cogens*².

Agreguemos que las obligaciones emanadas de un tratado vinculan al Estado y a todos sus órganos, incluso antes de que dicho tratado haya sido ratificado, en virtud del artículo 18 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, el cual dispone:

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

En Chile, hay sentencias de nuestros tribunales basadas en tal disposición, haciendo aplicación correcta de estos deberes de abstención del Estado de realizar actos que frustren el objeto y fin del tratado³.

La soberanía estatal no es sólo el principio que fundamenta la validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico interno sino que también es la norma que habilita la aplicabilidad de normas jurídicas provenientes del derecho internacional que le son indisponibles en su validez, vigencia y eficacia, que la

1. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 146-2006, de fecha 31 de julio de 2006, considerandos 5° y 6°. Revista Gaceta Jurídica N° 313, Julio 2006, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 243 - 254. Corte de Apelaciones de Santiago, 2009, rol N° 7985-2007, considerando 14°; Corte de Apelaciones de Santiago, 2009, rol N° 2495-2008, considerando 10°; Corte de Apelaciones de Santiago, 2010, rol N° 7816-2009, considerando 15°. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 559-04, Caso Molco, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerandos 23° - 24°. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 - 04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerandos 31 - 33. Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, Rol N° 2.182-98, Caso Chihuiño, de treinta de noviembre de dos mil siete, considerandos 11° - 14°, 36° - 37°, 40° - 41°, 43° - 44, 48°. Corte Suprema, 2007, rol N° 3452-2006, considerando 59°; Corte Suprema, 2008, rol N° 1528-2006, considerando 31°; Corte Suprema: 2011, rol N° 8314-2009, considerando 17°; 2010, rol N° 9474-2009, considerando 13°; Corte Suprema, 2015, Rol N° 17.393-2015, de 18 de noviembre de 2015, considerando 3°. Corte Constitucional, Rol N° 2615-14-INA, de 30 de octubre de 2014.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2615-14-INA, de 30 de octubre de 2014, considerando 10°.
3. Corte de Apelaciones de Santiago, 2004, rol N° 11821-2003, considerandos 35°, 36°, 96 y 97; Corte de Apelaciones de Santiago, 2006, rol N° 10279-2006, considerando 12°; Corte de Apelaciones de Santiago, 2006, rol N° 5937-2006, considerandos 12° y 13°.

Constitución solo determina la aplicabilidad de ellas cuando se incorporan como derecho convencional internacional al ordenamiento nacional de acuerdo a las reglas precisadas constitucionalmente.

A su vez, todo tratado internacional que se incorpora al derecho interno por decisión del propio Estado en el ejercicio de su soberanía representa un límite externo o heterónimo que el Estado ratificante asume y se autoimpone, con el efecto de impedir que en el futuro se dicten normas violatorias de dicho tratado, así sean "normas constitucionales, lo que para tal supuesto implica que un tratado (...) funciona como un límite al futuro poder constituyente que introduce enmiendas a dicha Constitución"⁴.

El tratado actúa desde fuera del derecho interno con calidad de límite exterior y, por la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), el Estado que se limitó libre y voluntariamente con ese alcance "no está habilitado para incluir después en su Constitución normas que contradigan su conducta internacional anterior"⁵, sin violentar el derecho internacional y generar responsabilidad internacional del Estado, además de violentar el texto constitucional en su artículo 54 N° 1, inciso 5°.

La aplicabilidad es la cualidad cuya consecuencia en una norma presupone como condición la validez y vigencia de ella, cuya consideración transcurre por dos cauces normativos. El primero, el que determina directamente la Constitución para el derecho interno; el segundo, el diseñado por la Constitución para que las normas producidas en el derecho internacional de acuerdo con sus propios modos de producción normativa resulten aplicables en el ámbito regido por el ordenamiento estatal, pero indisponibles para el Estado en su validez y en su vigencia. Sobre esta materia el Tribunal Constitucional erróneamente confunde la validez del tratado que es otorgada por el derecho internacional con la aplicabilidad del tratado en el derecho interno que deriva de la incorporación del tratado conforme al procedimiento determinado constitucionalmente⁶, lo que es inducido por el error en que incurre Teodoro Rivera y parte de la doctrina constitucional chilena⁷, no es sostenible que la validez de un tratado dependa de la Constitución.

4. Bidart Campos, Germán. 1995. pp. 259-260.

5. Bidart Campos, Germán. 1995. p. 260

6. Tribunal Constitucional Rol N° 1.288-2008, considerando 41°: "(...). 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" (Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, p. 7)".

7. Rivera Neumann, Teodoro (2007). Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional" en *Revista Estudios Constitucionales*. Año 5 N°

Asimismo, consideramos incorrecto hablar de *jerarquía del tratado en relación a la ley*, como a menudo expresa el Tribunal Constitucional, desartolando la afirmación de que el tratado tiene “rango” superior o igual a la ley. Las expresiones “rango de ley” y “fuerza de ley” sólo son predicables de normas que emanan del ordenamiento jurídico que tiene como fuente de normas la Constitución estatal, la que determina los modos de producción de normas normativas infra constitucionales de derecho interno. El *rango de ley* otorga a los preceptos legales, que son generados conforme a la Constitución por los órganos colegisladores, los que expresan la voluntad unilateral del Estado, constituyendo fuentes primarias del ordenamiento jurídico nacional, una determinada *fuerza de ley* tanto en su dimensión pasiva como activa, la que se manifiesta en relación a otras fuentes del derecho generadas unilateralmente por el Estado conforme a la Constitución, que son infra legales, vale decir, constituyen grados inferiores a la ley en la gradación de fuentes formales internas de dicho ordenamiento jurídico, determinando la fuerza normativa superior de la ley respecto de la potestad reglamentaria. 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 del Estado.

A diferencia de la ley, la *fuerza normativa del tratado* viene dada por el derecho internacional que determina su existencia, validez, vigencia, la cual no es una fuerza normativa derivada de la Constitución Estatal. *El tratado no tiene rango ni fuerza de ley, sino fuerza normativa de tratado*, la cual puede oponerse a toda norma de generación unilateral del Estado, cuando dicho tratado ha sido incorporado válidamente al orden jurídico interno conforme a los procedimientos determinados por la respectiva Constitución, sin que por ello deje de ser tratado internacional ni perder su fuerza normativa de tal, la que vincula al Estado, a todos sus órganos y autoridades, mientras el tratado no sea eliminado del ordenamiento jurídico conforme a las reglas del mismo tratado o las reglas generales de derecho internacional, posición que asume la propia Carta Fundamental en el artículo 54 N° 1, inciso 5°, introducido por la reforma de 2005.

El artículo 54 N° 1, inciso 5°, impide la adopción de toda norma de derecho interno, incluida una reforma constitucional, que afecte la fuerza normativa del tratado internacional vigente e incorporado válidamente al derecho interno. El artículo 54 N° 1, inciso 5°, debe ser razonado e interpretado en perfecta armonía con los artículos

1. (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), pp. 89 - 118. En el acápite sobre “validez normativa de los tratados en la Constitución luego de la reforma de 2005”, confunde la validez de los tratados con la aplicabilidad de los mismos en el derecho chileno. La misma perspectiva sostiene en “Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, p. 7.

26 (*pacta sunt servanda*), 27 (no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado) y 31 (*Bonna fide*), de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, por lo que la generación de una norma unilateral del Estado de cualquier jerarquía y fuerza normativa conforme al derecho interno, contraria a las normas de un tratado válidamente incorporado al derecho interno, vulnera tanto la Constitución como el derecho internacional, generando en este último caso, la responsabilidad internacional del Estado. Con ello se cumple uno de los objetos y fines de la reforma constitucional de 2005, armonizar nuestro derecho interno con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado.

Contrariamente a lo sostenido por Ribera, no es sostenible su análisis del 54 N° 1, inciso 5°, de nuestra Constitución el que relaciona con el artículo 96.1 de la Constitución española, ya que parte del supuesto que debemos interpretar un enunciado normativo de nuestra Carta Fundamental de la misma manera como lo entiende una corriente de la doctrina española⁸, olvidando que el texto constitucional chileno debe interpretarse armónica y sistemáticamente con todas las disposiciones que lo integran y teniendo en cuenta el objeto y fin de la reforma constitucional de 2005, y no en el contexto del texto español, en el cual, en la práctica jurisdiccional el control reparador de tratados no ha sido ejercido en las últimas décadas, precisamente para evitar la responsabilidad internacional del Estado español por vulneración o eventual suspensión de disposiciones de tratados válidos, vigentes y obligatorios para España.

Asimismo, el artículo 54 N° 1, inciso 5°, tiene su fuente en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, en sus artículos 42 y 43, no en la Constitución española que la copio de primer texto.

En efecto, el artículo 42 de la Convención de Viena de 1969 referente a la *Validez y continuación en vigor de los tratados*, determina:

1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención.
2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

A su vez, el artículo 43 de la Convención citada, precisa que

La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación

8. Ribera, Teodoro. (2007), pp. 89-118. En sentido contrario, ver Jimena, Luis (2007), pp. 419-441.

de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independiente de ese tratado.

En tal perspectiva, el artículo 54 N° 1, inciso 5°, de nuestra Carta Fundamental constitucionaliza el derecho convencional internacional, impidiendo el control reparador de constitucionalidad de tratados internacionales.

Asimismo constituye un error de Ribera considerar que la disposición del artículo 54 N° 1, inciso 5, de nuestra Constitución, solo vincularía a los órganos colegisladores⁹ por estar en una disposición constitucional refiere al Congreso Nacional, ya que es sabido, pacíficamente, que las disposiciones de un tratado vinculan a todos los órganos y autoridades estatales, incluidos los órganos jurisdiccionales, cuyas sentencias pueden ser también causantes de responsabilidad internacional del Estado.

Un ejemplo práctico es la sentencia de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.

En el caso chileno, conforme al texto constitucional no hay disposición constitucional alguna que se refiera al control reparador de tratados, más aún el legislador que redactó la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispuso con claridad en su texto que no había control reparador concreto de tratados, agreguemos que dicho legislador era el mismo que había aprobado la reforma constitucional al artículo 93 de la Constitución, y consideraba que la reforma de 2005, no había atribuido al Tribunal Constitucional tal competencia. Señalemos que el Tribunal Constitucional en una decisión altamente discutible y sin fundamento en el texto constitucional, del cual debe partir toda interpretación constitucional, eliminó lo dispuesto por el legislador, por medio de un acto pretoriano basado en una interpretación subjetiva, la que tiene menos sostenibilidad vía interpretativa que la del legislador que consideraba que la Constitución no autorizaba el control represivo al no haberlo establecido el texto constitucional, ya que el Tribunal Constitucional no tenía atribuida dicha competencia por la Carta Fundamental. Agreguemos adicionalmente que, conforme a nuestra Constitución, los órganos estatales sólo pueden ejercer las competencias expresamente atribuidas, conforme determinan los artículos 6° y 7° de la Constitución, el texto no admite competencias implícitas ni se puede argüir circunstancias extraordinarias. A ello debe agregarse el *self restraint* que debe ejercer el Tribunal Constitucional respecto de sí mismo, debiendo sólo determinar una inconstitucionalidad cuando en todas las interpretaciones legítimas de un precepto legal este es contrario a la Constitución, respetando en dicho plano la

9. Ribera 2007b, p. 112.

distribución de competencias determinadas por la Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional no es legislador positivo, cuando actúa como tal erosiona su autoridad y se queda sólo como un acto de potestas. No es casualidad, que se planteen por amplios ámbitos políticos actualmente la restricción de competencias del Tribunal Constitucional a través de una reforma constitucional, siendo un termómetro de la escasa legitimidad con que cuentan algunos fallos altamente discutibles del Tribunal Constitucional en la sociedad chilena, por ser un tribunal que un usa prudentemente el *self restraint* o la deferencia hacia el legislador.

Nuestra Constitución en materia de control de constitucionalidad no se acerca al texto constitucional español, sino a los textos constitucionales latinoamericanos de Colombia, Bolivia y Ecuador, que contemplan al igual que Chile, un control preventivo de tratados internacionales en el texto constitucional, desde el cual debe partir toda interpretación de la Constitución y no de preceptos sin base constitucional expresa. La Constitución se defiende desde el propio texto constitucional, no desde concepciones subjetivas, preceptos o pre juicios de los agentes de ejercicio temporales del Tribunal Constitucional.

2. Los tratados internacionales después de la reforma constitucional de 2005

La reforma de 2005, en materia de tratados internacionales, como ya hemos señalado buscó armonizar el texto constitucional con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado de Chile, buscó llenar diversos vacíos en la tramitación de los tratados internacionales en el proceso de su incorporación al derecho interno y durante su mantención en el orden jurídico nacional, modificando el anterior artículo 50 N° 1 de la Constitución, actual artículo 54 N° 1. Asimismo introdujo la norma del actual artículo 54 N° 1, inciso 5°, buscando establecer una coherencia entre las reglas que rigieran los tratados incorporados al ordenamiento jurídico y las obligaciones internacionales del Estado contenidas en los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en concordancia con los artículos 26, 31.1 y 27 de la misma Convención, impidiendo así la afectación de la validez, vigencia y aplicabilidad del tratado mientras estos formen parte del ordenamiento jurídico, para no incurrir en responsabilidad internacional por actos unilaterales del Estado. Asimismo estableció expresamente la competencia del Tribunal Constitucional en el procedimiento de control de compatibilidad de la Constitución con los tratados, al momento de incorporarse estos al derecho interno, mediante el control preventivo de constitucionalidad que se concreta en los artículos 93 N° 1 y 3° de la Constitución. En una perspectiva complementaria reforzó el control de constitucionalidad reparador concreto y abstracto, inexistentes antes de la reforma de 2005, pero únicamente para *preceptos legales*, en el artículo 93 N° 6 y 93 N° 7 de la Carta Fundamental. De tales disposiciones consideradas en una interpretación sistemática no hay nada que permita sostener que

haya una expresión inequívoca del deseo del constituyente de 2005, “en cuanto a que el Tribunal Constitucional goza de competencia para ejercer un control a posteriori de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” como con entusiasmo sostiene Ribera.¹⁰

El inciso 1° reformado del artículo 54 (ex artículo 50), introduce una precisión en su frase final, que es de gran trascendencia respecto de los tratados, ya que el texto de este inciso anterior a la reforma en análisis se prestaba a disímiles interpretaciones, entre ellas la que sostenía que los tratados internacionales eran preceptos legales y como tales podían ser objeto de control de constitucionalidad conforme al anterior artículo 80 de la Constitución como había sostenido la Corte Suprema.

La nueva redacción establece “que la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara de los quórums que corresponda (...) y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

La expresión “aprobación de un tratado” y “se someterá, en lo pertinente”, afirma sólo que en el proceso de incorporación del tratado, este requiere de la aprobación de las cámaras que integran el Congreso Nacional, para lo cual, sólo en lo pertinente a dicha aprobación se somete a los trámites de una ley, lo que explicita que un *tratado internacional* no es una norma creada unilateralmente por el Estado, como son los preceptos legales, no debe su validez, vigencia y eficacia al derecho interno, no pasa a ser tramitado como las leyes internas, las Cámaras sólo aprueban o rechazan el texto presentado por el Presidente de la República y es este el que determina el momento de su ratificación o canje de instrumentos perfeccionando la vinculación del Estado con las obligaciones jurídicas emanadas del tratado. Es evidente así que el proceso de incorporación al derecho interno del tratado no sigue el proceso legislativo de las leyes ni es asimilable a las mismas. Tal perspectiva era reconocida además expresamente por el propio Tribunal Constitucional, con anterioridad a la reforma de 2005¹¹, aunque en una perspectiva ambigua que, a menudo es modificada y acomodada para sostener que el tratado tiene jerarquía de ley o jerarquía superior a las leyes pero infraconstitucional, lo que nunca es razonado jurídicamente en forma satisfactoria, sino sólo constituyen afirmaciones sin apoyo en el texto constitucional, en otras palabras, afirmaciones pretorianas subjetivas, las cuales varían y se acomodan de una sentencia a otra, con el único objeto de asumir por decisión propia una competencia no otorgada por la Carta Fundamental¹².

10. Ribera (2007b). p. 109.

11. STC, Rol N° 288 de 24 de junio de 1999, considerando 6°.

12. Sentencia Rol N° 1.288-2008, de 2009, en su considerando 43°, el que precisa: “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

El procedimiento estatal de incorporación del tratado al derecho interno sólo determina la obligación jurídica de los órganos estatales de vincularse por los enunciados normativos contenidos en el mismo, una vez que el tratado se encuentre válidamente incorporado al derecho interno. Desde dicho momento, el Estado en su conjunto queda vinculado por las obligaciones contenidas en el tratado hasta el vencimiento del tratado si este tiene tal fecha; desde que el tratado se denuncia, si este admite tal procedimiento y se desarrolla conforme a la Convención de Viena II, lo que ocurrirá en el momento en que conforme al propio tratado o a las reglas del derecho internacional el Estado queda definitivamente desvinculado del tratado; o cuando conforme al derecho internacional el tratado pueda considerarse nulo.

Mientras el tratado forma parte del derecho interno, el Estado, ni ninguno de sus órganos, puede disponer unilateralmente acerca de su derogación, modificación o suspensión de su aplicación, como lo establece expresamente el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución, en plena armonía con los artículos 42, 43, 26, 31.1. y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Tales son las disposiciones que el Tribunal Constitucional debe aplicar, ya que están protegidas por la supremacía constitucional. Tal obligación jurídica constitucional para todos los órganos y autoridades del Estado, impide determinar la conversión de los tratados a través de una varita mágica en “leyes”, normas de derecho interno creadas unilateralmente por el Estado, vale decir, alterar sustantivamente la naturaleza, forma y efectos jurídicos de un tratado, y también impide que, en otro pase mágico, se les dote de “fuerza de ley”, desconociendo que el tratado constituye una norma creada por el derecho internacional y no por la Constitución, determinando el primero su validez, vigencia y fuerza normativa. La Constitución sólo puede dotar de calidad de leyes o preceptos legales a disposiciones de derecho interno nacidas de acuerdo a las normas de producción determinadas por la Constitución, pudiendo sólo a ellas dotarlas de *fuerza de ley*, que es un concepto sólo aplicable a normas nacidas dentro del ordenamiento jurídico estatal, teniendo además presente que la *fuerza de ley*, determina su gradación dentro de las fuentes formales internas, respecto de normas infralegales.

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 aquellos 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”. Agregando el fallo en análisis, en su considerando 47°, que “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 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”.

Por otra parte, la inmensa mayoría de la doctrina reconoce la diferencia entre tratados y leyes, como también asume que son reglas jurídicas nacidas en distintos ordenamientos jurídicos y que, incluso tienen grandes diferencias en su proceso de incorporación al ordenamiento estatal que no es necesario explicitar, ya que son de todos conocidas.

El Tribunal Constitucional en el considerando 49 de la sentencia Rol N° 1.288-2008, esboza como fundamento, para otorgar fuerza de precepto legal a los tratados, con el objeto de posibilitar el control reparador concreto de constitucionalidad de los mismos, que:

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

Dicha afirmación no es evidente sino una afirmación sin justificación ni inferencia lógica, ya que lo único que demuestra la afirmación del Tribunal Constitucional es que la Constitución tiene que hacerse compatible con el tratado para que este entre al ordenamiento jurídico, lo que se reforma así, en el caso de incompatibilidad, no es el tratado al que no se le mueve ni una coma, lo que se modifica es el texto de la Constitución para hacerla compatible con el primero, ya que es la Carta Constitucional la que no puede estar en discordancia con el tratado que se incorpora al ordenamiento jurídico, ya que ello generaría responsabilidad jurídica del Estado conforme al artículo 54 N° 1° inciso 5°, como con los artículos 42, 43, 26, 31.1 y 27 de la Convención De Viena sobre Derecho de los Tratados.

Tal perspectiva está expresamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 804, considerandos 4° y 5°, los que determinan:

En este sentido, la regla de oro en la interpretación internacional está dada por el artículo 31 N° 1 de la Convención de Viena, la que ordena que: "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Esta regla, a su vez, da aplicación a la norma contenida en el artículo 27 de la misma Convención, según la cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplida por ellas de buena fe.

Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas

interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno.¹³

La perspectiva de la superioridad jerárquica de la Constitución sobre el derecho convencional internacional implica una concepción que no es sostenible desde el texto constitucional por no tener fundamento en el mismo, ni puede entenderse de los enunciados constitucionales, porque el control de compatibilidad entre la Constitución y tratados no determina jerarquía superior de la Constitución sobre el tratado, como ya hemos explicitado, la jerarquía sólo es posible de determinar entre normas jurídicas que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico y dependen en su validez y modo de producción normativa de una norma superior común, lo que no es el caso de los tratados.

El tratado no tiene su modo de producción determinado por la Carta Fundamental sino por el derecho internacional y su modo de producción normativa, la que determina su validez, vigencia y eficacia. Tratado y Constitución son normas jurídicas de dos ordenamientos jurídicos diferentes. La Constitución sólo determina el procedimiento de incorporación del tratado al derecho chileno, pero ello nada dice sobre jerarquía normativa de uno sobre otro.

Algunos autores han intentado desarrollar un razonamiento para sostener que pueden homologarse los tratados a los preceptos legales solo si existe un fin lícito que debe explicitarse y someterse a la crítica científica¹⁴, el razonamiento que se avanza es que no hay impedimento para que las materias de ley puedan ser tratadas por un tratado, lo que es obvio, un tratado no tiene límite material alguno para regular cualquier materia que en el derecho interno sea tratada por distintas fuentes formales de derecho interno, sea esta la Constitución, las leyes o los reglamentos, pero una vez que el tratado que contiene tales materias se encuentra incorporado válidamente al derecho interno ninguna reforma constitucional, ley u otra norma interna, pueden afectar su contenido material ni las obligaciones jurídicas derivadas del mismo para el Estado Parte, ya que el contenido del tratado queda protegido por los artículos 42, 43, 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena ya señalados, como asimismo por el artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución, por lo tanto dicho razonamiento no es plausible a un Estado que cumple sus obligaciones internacionales de buena fe y no opone obstáculos de derecho interno al cumplimiento de tales obligaciones internacionales, cualquier otra conducta genera responsabilidad internacional del Estado, lo que hace inadmisibles la ac-

13. Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Jeannyne Meneses Cubides, Rol N° 804-2007, de fecha 28 de diciembre de 2007, considerando 4° y 5°

14. Nuñez, Manuel (2010). "Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad". En Estudios Constitucionales, Volumen 8 N° 2, pp. 431-464.

ción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como lo ha sostenido una Sala del propio Tribunal Constitucional en 2015¹⁵.

En tal perspectiva, no es que el Tribunal Constitucional pueda extender el control de constitucionalidad reparador concreto a materias que en el derecho interno quedan dichas materias incorporadas al tratado vigente, ellas no pueden ser afectadas unilateralmente por ningún órgano estatal mientras el tratado sea vinculante para el Estado Chileno, porque así lo ha querido el Estado chileno, en ejercicio de su soberanía, al incorporar el tratado respectivo al derecho interno, los enunciados normativos que antes tenían fuerza de ley adquieren ahora fuerza normativa de tratado.

Sin embargo, debemos explicitar que si el contenido material del tratado constituyen atributos y garantías de derechos humanos, en dicha materia, opera otro principio consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos, que nada tiene que ver con el rango o jerarquía de las disposiciones normativas, el principio *favor persona*, debiendo primar la interpretación que mejor asegure y garantice los atributos y garantías que integran el derecho considerado, vale decir, la interpretación que expanda y optimice en mejor forma los derechos, como asimismo, cuando se interprete una limitación o restricción de derechos, se debe optar por la interpretación que más restrinja dicha limitación; por otra parte, este principio tiene una vertiente normativa, que dispone que cuando existen diversas normas que regulan uno o más derechos, debe aplicarse la norma que mejor asegure y garantice los atributos de los derechos, con independencia de su nivel jerárquico. Tal principio se encuentra asegurado por las reglas de interpretación contenidas en el artículo 29, literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en diversos otros tratados¹⁶ postulado desarrollado consistentemente en casos contenciosos

15. Primera Sala del Tribunal Constitucional, inadmisibilidad de inaplicabilidad, Rol N° 2789-15 INA, de 25 de marzo de 2015, considerando 7°: "(...) respecto de la impugnación del artículo 14, párrafo 3°, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se configura la causal de inadmisibilidad del número 4 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que una norma de un tratado ratificado por Chile no constituye "un precepto que tenga rango legal" en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad".

"Además, el ejercicio de un examen represivo de constitucionalidad de disposiciones de tratados internacionales por parte de este Tribunal Constitucional implicaría contrariar los compromisos internacionales suscritos por Chile sobre formación y extinción de los tratados, infringiendo de este modo el principio "pacta sunt servanda" consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, en relación con lo preceptuado en el artículo 54 N°1 de la Carta Política de la República". (Resolución de Ministros: Marisol Peña T., Francisco Fernández F., Juan José Romero G., Nelson Pozo S., y disidencia de Ministro Domingo Hernández E.)

16. El mismo postulado se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 5°; Pacto Internacional de Derechos Económicos

y Opiniones Consultivas por la Corte IDH¹⁷, como asimismo, asumido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional¹⁸.

La aplicación preferente, en su caso, de un tratado, no implica la nulificación o derogación de normas jurídicas de derecho interno que entren en conflicto con las normas del mismo, ello sólo determina la aplicación preferente de las normas del tratado, sin que se afecte la validez, vigencia o aplicabilidad de la norma interna para aquellas hipótesis en que no entran en conflicto con los deberes jurídicos de cumplir con los tratados de buena fe, sin oponer obstáculos de derecho interno a dicho cumplimiento.

Descartada la perspectiva anteriormente reseñada, se considera que igual debería cubrirse la necesidad de alguna forma de control (reparadora) de constitucionalidad de los tratados, lo que justificaría "la extensión del concepto de pre-

Sociales y Culturales de Naciones Unidas, artículo 5.2; la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 41; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo VII; y en la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

17. Véanse, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia (Fondo)*, Sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, núm. 90; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70 (alcance del derecho a la vida en situaciones de conflictos armados no internacionales); Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, núm. 148 (prohibición del trabajo forzado u obligatorio); Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, N° 107 (relación entre la libertad de expresión y la sociedades democráticas); Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, N° 63 (derechos específicos de los niños y niñas, menores de 18 años); y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, N° 125 (derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas); Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C N° 257, párrafo 142; Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafo 84; para solo señalar algunas sentencias en la materia. Entre las Opiniones Consultivas ver: Opinión Consultiva OC-1/82 "otros tratados. Objeto de la Opinión Consultiva de la Corte", 1982, párrafo 48; Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, nota 232, párrafo 52.

18. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1191, de 19 de mayo de dos mil nueve, considerando 19°. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1484, de 5 de octubre de 2010, considerando 25°.

cepto legal hacia lo que técnicamente no corresponde a una ley¹⁹. Tal afirmación constituye una afirmación de principio sin respaldo en el texto constitucional y constituye una afirmación que afecta las obligaciones jurídicas de un tratado que debe cumplirse de buena fe, lo que genera responsabilidad internacional del Estado y un ilícito internacional que la reforma de 2005 buscó eliminar, ya que genera obstáculos de derecho interno al cumplimiento de obligaciones internacionales, como dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y además constituye vulneración directa de la Constitución al artículo 54 N° 1, inciso 5°, materia a la cual ya nos hemos referido suficientemente.

Dicha perspectiva fue expresamente asumida por el gobierno y los diversos sectores representados en el Senado en el primer trámite constitucional de la reforma constitucional de 2005²⁰.

Frente a tan contundente evidencia, la sentencia Rol N° 1.288-2008, recurre a la opinión aislada del Senador Hernán Larraín, a la que se hace referencia como carta de triunfo de apoyo a sus consideraciones, lo que solo confirma un vicio en que incurre el Tribunal Constitucional, el cual es acudir a la de cita opiniones personales aisladas de miembros de un órgano colegiado, que no constituyen acuerdos, como ocurre en este caso. Las opiniones aisladas no tienen más valor que el fundamento que la sostiene, no siendo historia fidedigna del precepto constitucional respectivo por no constituir un acuerdo del órgano constituyente derivado, para quienes gustan del originalismo.

Además, cabe afirmar que la Constitución parte de la base que cada órgano estatal y autoridad cumple con las funciones y atribuciones conforme disponen las reglas generales del artículo 6° y 7° de la Constitución, en tal perspectiva, el texto constitucional determina la legitimación activa de los órganos que pueden concretar el control preventivo facultativo de tratados y los casos en que los tratados pasan por un control preventivo obligatorio de constitucionalidad, en ambos casos los órganos y autoridades respectivas deben realizar sus cometidos conforme a la Constitución, los que si se realizan correctamente no debería haber ningún conflicto entre la Constitución y los tratados incorporados al ordenamiento jurídico. Tanto el Presidente de la República como las ramas del Congreso Nacional tienen el apoyo jurídico necesario para tal objeto, como finalmente, queda abierto el acceso a las minorías parlamentarias para requerir el control del Tribunal Constitucional. No está demás señalar que, somos partidarios de incluir un control preventivo obligatorio todos los tratados que, conforme al texto cons-

19. Núñez, Manuel (2010). "Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad". En *Estudios Constitucionales*, Volumen 8 N° 2, pp. 431-464.

20. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, pp. 188 y ss.

titucional, deben pasar por la aprobación de ambas ramas del Congreso Nacional para incorporarse al derecho interno.

Finalmente, quedan todavía las facultades del gobierno como representante del Estado para negociar modificaciones a los tratados, plantear denuncias o las reglas generales del derecho internacional.

Tal perspectiva en materia de denuncia de tratados queda claramente respaldada en el artículo 54 N° 1, inciso sexto, de la Carta Fundamental reformada en 2005, el cual determina:

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

A su vez, el inciso séptimo del artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental:

"En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro".

La prevalencia del derecho interno sobre las normas del derecho internacional válidamente incorporado al derecho interno, por más que se haga efectiva (lo que no implica que se haga válidamente), constituye una violación de normas internacionales incorporadas al derecho interno, y por ello, una transgresión al derecho interno y a la Constitución, un debilitamiento del Estado de Derecho y una afectación de la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile, como lo reconoce la Corte Suprema chilena en fallo Rol 5.566 de 26 de octubre de 1995, considerando 14, el cual sostiene:

Lo anterior, es sin perjuicio además de reconocer que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional -como se destaca en la sentencia recurrida- si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente de producirse sí debilitaría el estado de derecho.

En la misma perspectiva la Corte Suprema en sentencia rol N° 24.344 del 11 de enero de 1995, confirmó por unanimidad, la sentencia de la Segunda Sala

de la Corte de Apelaciones, Rol N° 3396-94, de fecha 22 de diciembre de 1994, cuyo considerando cuarto señaló:

Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente en el país..., debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del tratado", a su vez, el considerando quinto agregaba: "Que la convención internacional se aplica preferentemente a la ley interna, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional.

Por tanto, cuando se desee quedar fuera de la obligación de cumplir las disposiciones de un tratado, no hay que recurrir a la vía legislativa ni a la vía constituyente interna, salvo para armonizar la norma interna con la del tratado, para otro objetivo son ineficaces, sólo cabe recurrir a la vía internacional del procedimiento de denuncia del tratado de acuerdo con las normas del derecho internacional, asumiendo el costo político, jurídico y, a veces económico y diplomático, de la respectiva decisión.

3. El sistema de control de constitucionalidad desde la entrada en vigencia de la reforma de 2005

La reforma constitucional de 2005 innovó en la regulación constitucional de los tratados, estableciendo expresamente y únicamente el control preventivo de ellos conforme determina el artículo 93 N° 1 y 3 de la Carta Fundamental, como asimismo desarrolló un nuevo sistema de control de constitucionalidad diferente al existente hasta esa fecha en Chile, fortaleciendo el control del Tribunal Constitucional sobre preceptos legales, determinando los nuevos artículos 93 N° 6, control reparador concreto de leyes y, 96 N° 7 de control abstracto de preceptos legales, como asimismo.

Cabe además señalar, la necesaria consideración y aplicación de los principios de unidad, de interpretación sistemática y finalista de la Constitución y 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.

La interpretación conforme a la Constitución que debe realizar el Tribunal Constitucional tiene su límite en la propia norma constitucional, su tarea es de un poder constituido no de un poder constituyente, ya que no le está permitido al operador judicial adular las palabras ni realizar una interpretación contra

norma expresa; como asimismo tampoco le está permitido vulnerar el principio de efecto útil de las distinciones de vocablos y conceptos realizados por el texto constitucional, lo que lo hace además inconsistente con su propia jurisprudencia sobre este principio.

El Tribunal Constitucional reiteradamente ha manifestado que "no es dable aceptar en la interpretación de la Constitución ni de la ley que sus autores incorporen en sus textos normas superfluas, reiterativas o innecesarias que lejos de contribuir a la clarificación de sus prescripciones, confundan o tornen oscuro o difícil de comprender lo que para el legislador es claro y preciso"²¹.

El mismo Tribunal Constitucional ya había señalado anteriormente que "cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella"²² no era aceptable.

La evidencia normativa del texto constitucional es concluyente. El artículo 93, inciso primero N° 1 de la Constitución, señala como atribución del Tribunal Constitucional:

Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de éstas últimas, antes de su promulgación.

Asimismo, el artículo 93 en su numeral 3°, también distingue claramente la atribución del Tribunal Constitucional para:

Resolver las cuestiones de 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.

Resultaría curioso y fuera de toda lógica jurídica que la Constitución distinga entre tratados, reforma de la Constitución, leyes interpretativas de la Constitución y preceptos legales, en los numerales 1° y 3° del artículo 93, inciso primero, y después, dando un salto lógico injustificado y sin fundamento constitucional, determine que la distinción hecha por la Carta Fundamental en los numerales 1 y 3, no tiene ninguna importancia, con el objeto de intentar justificar que, en el N° 6 del mismo inciso primero de artículo 93, tratados y leyes son igualmente preceptos legales, sin importar su diferente naturaleza, fuerza normativa y su dife-

21. Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 325 de 26 de junio de 2001, considerando 47.

22. Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 33, de veinte de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, considerando 19: LOC Tribunal Calificador de Elecciones.

rente disponibilidad unilateral por parte del Estado, dicho forzamiento del texto constitucional carece de toda seriedad interpretativa. No podemos sino afirmar que las diferencias conceptuales y de instituciones en la Carta Fundamental tienen un efecto útil indesmentible, de lo contrario nadie se habría tomado el trabajo de introducir un enunciado normativo constitucional para que carezca de efectos, repugna a una lógica elemental realizar diferenciaciones conceptuales para que ellas no tengan ningún efecto jurídico.

Finalmente, sobre el punto afirmemos que el único enfoque posible de armonización de la Constitución con el derecho internacional es aquel que posibilita solo control de constitucionalidad preventivo, el control de inaplicabilidad ejercido sobre tratados internacionales genera hipótesis de ilícito internacional por incumplimiento de obligaciones jurídicas convencionales dando lugar a la correspondiente responsabilidad del Estado²³.

Cuando el Tribunal Constitucional, pretorianamente, se auto otorga la competencia de control de inaplicabilidad de tratados no establecida en el texto de la Carta Fundamental, rompe el principio de hacer el máximo esfuerzo interpretativo de armonización del derecho internacional y la Constitución y entra en contradicción con un principio sostenido por el mismo y en una conducta incoherente con su propio enfoque jurisprudencial²⁴.

Tal perspectiva, constituye una conducta pretoriana del Tribunal Constitucional destinada a acrecentar su propia potestad jurisdiccional, la que el texto constitucional no le otorga y que el respeto a las bases de la institucionalidad en los artículos 6° y 7° le prohíbe: *Los órganos estatales deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*. Los órganos del Estado solo pueden ejercer las competencias

23. Fernández González, Miguel Ángel. (2003), p.498; Nogueira Alcalá, Humberto. (2005), p. 538; Aldunate Lizana, Eduardo. (2013), p. 175. Henríquez Viñas, Miriam. (2007), pp 121 y ss.; Jordán, Tomás (2013); Troncoso R., Claudio. (2010), p. 151; Riveros Marín, Edgardo; Llanos Mancilla, Hugo; Troncoso Repetto, Claudio; Riosco Vázquez, Alberto; Vargas Carreño, Edmundo; Espaliat Larson, Astrid; Gamboa Serazzi, Fernando; Fernandez Illanes, Samuel; y Arévalo Cunich, Alvaro (2009).

24. Tribunal Constitucional, Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Jeannye Meneses Cubides, Rol N° 804-2007, de fecha 28 de diciembre de 2007, considerando 5°: "en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno". En el mismo sentido, Tribunal Constitucional Rol N°309, de 4 de agosto de 2000, considerando 3° "(...) el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución".

que la Constitución expresamente le otorga. Ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

En Chile el aforismo de que el Tribunal Constitucional es un poder constituyente en sesión permanente, no es sostenible, ya que viola flagrantemente el artículo 7° de la Carta Fundamental, base de la Institucionalidad como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, la que irradia todo el ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional es un órgano constituido con competencias taxativamente determinadas en el artículo 93 de la Carta Fundamental, que no puede extenderlas discrecionalmente según su voluntad, ya que ello vulnera el inciso 2° del señalado artículo 7° de la Constitución, que expresa textualmente:

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Las afirmaciones hechas por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 1288-2008, considerando 41°, carecen de fundamentación jurídica y contradice el texto constitucional, cuando afirma:

Que respecto de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional aludida, (la del año 2005) esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. [...]

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.

La misma perspectiva es sostenida en su sentencia Rol N° 2387-2012 y 2388-2012, considerando 12°, donde afirma que conforme a los artículos 5, inciso 2°, artículo 32 N°17 y 54 N° 1, de la Constitución, en que señala que la “sola lectura” de dichos artículos permite afirmar que la Constitución no fijó la jerarquía de los tratados y que “con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen rango inferior a la Constitución, porque pueden estar sometidos al control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales (art. 93 N° 1).

Tales afirmaciones del fallo del Tribunal Constitucional no tienen apoyo en el texto de la Constitución, en el contexto y fin de la reforma de 2005, en las reglas

de interpretación constitucional, ni se deducen del texto constitucional, sino que son creación del Tribunal Constitucional de un estatuto referente a los tratados sin razonamiento lógico argumentativo ni inferencia o deducción razonada a partir del texto constitucional que explique o demuestre los asertos realizados.

La Ministra de Relaciones Internacionales, Señora Soledad Alvear, ya en la tramitación del proyecto de reforma constitucional de 2005 en el Senado en su primer trámite constitucional, había señalado el objeto y fin de armonizar el texto constitucional con las obligaciones jurídicas internacionales del estado en materia de tratados, precisando al respecto:

El texto de la Constitución regula el proceso de celebración de un tratado internacional, estableciendo las competencias de los distintos órganos del Estado en esta materia (fundamentalmente, del Presidente de la República y el Congreso Nacional), pero nada dice respecto de la derogación o modificación de un tratado, lo que ha suscitado algunos problemas de interpretación, especialmente respecto a la relación entre éstos y las leyes posteriores que se pudieren promulgar y que fueren incompatibles con dichos tratados.

Parece necesario, dijo, regular estos aspectos puesto que se requiere resolver claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente.

Señaló que este tema debería resolverse haciendo consistente la solución de un conflicto entre normas internacionales e internas, dando primacía a las primeras, como lo establece el Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), evitando, además, que el Estado incurra en permanentes e, incluso, a veces involuntarias situaciones generadoras de responsabilidad internacional. (Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, p. 332-333).

Más aún ellos son contrarios a lo sostenido por el Gobierno al presentar la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a través de Ministerio Secretaria General de la Presidencia, en el debate sostenido a propósito del segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, sobre el artículo 47 b) del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. En dicha oportunidad el gobierno señaló a través del señor Subsecretario de dicha Cartera, don Edgardo Riveros Marín:

En esa oportunidad, la decisión política del constituyente fue instalar el control preventivo de constitucionalidad sobre determinados instrumentos internacionales que en adelante sometiera el Presidente de la República a la aprobación del Congreso Nacional. No se pretendió dar a la reforma un efecto

retroactivo ni general, porque los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad podrían dejar sin aplicación las disposiciones de un tratado para uno o más casos determinados, en una primera etapa, y las derogarían, en la siguiente.

Es evidente que esos efectos son incompatibles con el Derecho de los Tratados, establecido en la Convención de Viena de 1969, puesta en vigor en nuestro país mediante el decreto N° 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1981. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en consideración que nuestro país, al ratificar dicha Convención, hizo una reserva declarando su adhesión al principio general de inmutabilidad de los tratados.

Una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que deje sin efecto un tratado internacional entraría en franca colisión con el artículo 42, 43 y 27 de la Convención de Viena, según el cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

A su vez, el Director Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, señor Claudio Troncoso, expresó:

la modificación que hizo la ley N° 20.050 en el número 1) del artículo 50 de la Constitución Política de la República, que pasó a ser artículo 54, descarta absolutamente la interpretación según la cual, hasta entonces, se había asimilado la naturaleza jurídica de los tratados a la de la ley.

Es así que esa conclusión exegética, acuñada por la Corte Suprema sobre la base de la frase que señalaba que la aprobación por el Congreso de los tratados internacionales se sometería a los trámites de una ley, tuvo cabida bajo el imperio de las Constituciones chilenas de 1833, de 1925 e incluso la de 1980, hasta la reforma de 2005. Ella no estaba expresada en un texto normativo explícito.

El claro texto del número 26 del artículo 1° de la ley N° 20.050, que sustituyó el artículo 50 de la Constitución, hoy artículo 54, descarta manifiestamente semejante interpretación. El reemplazo que el número 42 del artículo 1° de la citada ley hizo del artículo 82 de la Carta, hoy artículo 93, apunta en la misma dirección.

En efecto, aseveró el abogado señor Troncoso, la reforma de 2005 estableció que, de allí en adelante, la aprobación de un tratado se someterá, "en lo pertinente", a los trámites de una ley, lo cual deja meridianamente claro que la Constitución no opera una asimilación entre la naturaleza jurídica de ambos tipos de norma, sino que, reconociendo la especificidad de cada una, hace aplicable a la tramitación legislativa de los proyectos de acuerdo sobre aprobación de tratados las disposiciones sobre formación de las leyes, en lo que sea pertinente, en otros términos, en lo que resulte apropiado.

A mayor abundamiento, recaló que el párrafo quinto del número 1) del artículo 54 de la Constitución que se incorpora con la reforma de 2005, establece

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. *Esto excluye la posibilidad de que esas disposiciones sean suspendidas, para determinados casos, o dejadas sin efecto, en otros, en mérito de una sentencia del Tribunal Constitucional.*

El texto constitucional del artículo 93 N°6 de la Constitución reformada en 2005, sólo atribuye la competencia del Tribunal Constitucional el control reparador de constitucionalidad sólo para *preceptos legales, no para tratados, vale decir únicamente para enunciados normativos que se producen por la voluntad unilateral del Estado conforme al modo de producción determinado por la Constitución en el capítulo V de ella y que tienen jerarquía, fuerza y valor de ley*, como fuentes primarias del ordenamiento de fuentes del derecho interno chileno, conforme hemos determinado previamente, lo que no es aplicable a los tratados internacionales, lo que constituye un forzamiento que desnaturaliza a estos últimos y genera responsabilidad internacional por el ilícito de incumplimiento de obligaciones jurídicas internacionales del Estado

Así, lo asumió la doctrina constitucional mayoritaria la que consideró que no procede el control reparador de tratados internacionales²⁵.

Klaus Stern nos dirá “cualquiera sea la teoría a la que se otorgue preferencia, en lo que hace a los efectos prácticos hay unanimidad acerca de que la regla de Derecho Internacional incorporada goza de primacía frente al Derecho Nacional”²⁶.

4. Consideraciones finales

Conforme con el artículo 54 N° 1 de la Constitución, en el proceso de incorporación del tratado al derecho interno, el Presidente de la República requiere la aprobación de las cámaras que integran el Congreso Nacional, para lo cual, el tratado, *sólo en lo pertinente a dicha aprobación se somete a los tramites de una ley*, lo que explicita que un *tratado internacional* no es una norma creada unilateralmente por el Estado, no siendo un precepto legal.

La reforma constitucional de 2005 constitucionaliza los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en el artículo 54 N° 1, inciso 5°. Tales disposiciones se encuentran en plena armonía con los artículos 26, 31.1. y 27 de la misma Convención de Viena que determina la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones asumidas a través de tratados

internacionales y la de no poner obstáculos de derecho interno a tal cumplimiento, cuya acción contraria a dichas obligaciones genera responsabilidad internacional del Estado.

La reforma constitucional de 2005, con el objeto de armonizar la Constitución con las obligaciones internacionales emanadas de tratados válidamente incorporados al ordenamiento jurídico, determinó única y exclusivamente control preventivo de constitucionalidad de tratados en los artículos 93 N° 1 y 3 de la Constitución, lo que posibilita la armonización de la Constitución con los tratados, previamente a la entrada de estos últimos al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución no establece control reparador de tratados en ninguna de las disposiciones de los numerales del artículo 93 de la Constitución, los artículos 93 N° 6 y 7 sólo se refieren a preceptos legales, vale decir, normas internas creadas unilateralmente por los poderes colegisladores del Estado como fuentes primarias del ordenamiento jurídico.

La validez, fuerza normativa y vigencia de los tratados está determinada por el derecho internacional, la incorporación del tratado al derecho nacional sólo determina su aplicabilidad interna.

El Tribunal Constitucional carece de competencia para realizar control reparador de constitucionalidad de tratados, ya que su competencia está determinada, a la luz de los artículos 6 y 7 de la Constitución, taxativamente por el texto constitucional en el artículo 93 del mismo. La práctica jurisdiccional contraria genera, en cuanto órgano constituido del Estado, responsabilidad internacional por violación de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados y un ilícito internacional, además de contrariar disposición constitucional expresa del artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución, que constitucionaliza los artículos 42 y 43 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, además de vulnerar los artículos 26, 31.1 y 27 de la misma Convención.

25. Fernández González, Miguel Ángel. (2003), p.498; Nogueira Alcalá, Humberto. (2005), p. 538; Aldunate Lizana, Eduardo. (2013), p. 175. Henríquez Viñas, Miriam. (2009a). En contra de dicha posición, a favor del control reparador de tratados, Ribera Neumann, Teodoro (2007), pp. 89-118; Verdugo, Sergio (2011). pp. 449-477.

26. Stern, Klaus. 1987. p. 814.