

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2010
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

SECCIÓN COLOQUIOS

¿CONTROL OBLIGATORIO PARA TODOS LOS TRATADOS INTERNACIONALES? CRÍTICA A UNA PROPUESTA INCONVENIENTE

Sergio Verdugo^{1 2}

Introducción

En el presente trabajo abordo una propuesta realizada por parte de la doctrina, consistente en que todos los tratados internacionales sean sometidos al control preventivo y forzoso del Tribunal Constitucional (en adelante el TC), para que se verifique la sujeción de dichos tratados a la Constitución Política.

Considerando los problemas debatidos en la materia, una parte importante de la doctrina ha propuesto una solución: eliminar de la Constitución el control represivo sobre los tratados internacionales y, en su reemplazo, disponer un control preventivo (*ex-ante, a priori*) y obligatorio (forzoso) respecto de todos los tratados, no importando si la materia que regulan es propia de ley orgánica constitucional (en adelante LOC) o no. De esta manera, se ha propuesto extender el control del Artículo 93 N° 1 de la Carta Fundamental a todos los tratados internacionales, haciendo innecesario el control preventivo eventual y el control represivo (*ex-post, a posteriori*).³ Así, se persigue, entre otros objetivos, eludir la generación de una eventual responsabilidad internacional del Estado

1 Agradezco a los asistentes del décimo coloquio de Justicia Constitucional de la Universidad Diego Portales, llevado a cabo el 16 de diciembre de 2009. Agradezco también los comentarios de José Francisco García, Javier Couso, Sebastián Zárate y Andrea Rojas. Asimismo, agradezco la colaboración de Natalia Fajardo, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho, de la Universidad del Desarrollo.

2 Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

3 Hoy los proyectos de acuerdo que aprueban tratados internacionales pueden ser objeto de requerimiento parlamentario, lo que da origen al control eventual (Artículo 93, N° 3 de la Constitución) y también pueden ser objeto de control obligatorio si la materia que regulan es propia de LOC. Esto último, si bien ya era una práctica normal, se introdujo en el texto expreso de la Constitución mediante la reforma constitucional de la Ley 20.050, de 2005. Esto ya había sido discutida con anterioridad en Tribunal Constitucional, rol N° 309-00, sentencia de fecha 4 de agosto de 2000.

frente a un posible incumplimiento originado con ocasión de una declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad.

En esta investigación pretendo demostrar que la idea explicada en el párrafo precedente es inconveniente y no debe ser adoptada por el constituyente derivado. Hago presente que mi crítica no se dirige contra el control eventual que se produce por requerimiento de órgano legitimado (Artículo 93 N° 3 de la Constitución), control que creo útil en cuanto entrega un instrumento de protección para las minorías parlamentarias que no han participado en el proceso de formación del tratado internacional e incluso lo han rechazado.⁴

Mi hipótesis se basa en una premisa básica: la aceptación general del control constitucional sobre los tratados internacionales. En efecto, solo aceptando esta premisa podrá discutirse el tipo de control que queremos. En mi caso, propondré eliminar el control preventivo y obligatorio, manteniendo un tipo de control represivo.⁵

Para ello, seguiré el siguiente orden:

En la sección I, revisaré brevemente la literatura y el debate nacional existente en relación al control constitucional sobre los tratados internacionales. Constataré que el debate es muy polémico y está lejos de llegar a término. Asimismo, señalaré que, sin perjuicio de que existen muchos autores que han propuesto la idea de establecer un control preventivo obligatorio para todos los tratados, esta no ha sido desarrollada con mucha profundidad.

En la sección II, una vez descrita la discusión general relativa a la procedencia del control constitucional y sus principales alcances, me referiré en particular a la idea de establecer el control preventivo obligatorio de todos los tratados internacionales. En esta parte del trabajo, revisaré los argumentos dados por los autores de esta propuesta y cuestionaré preliminarmente la validez de los mismos.

4 También hago presente que mis críticas al control preventivo obligatorio no alteran mi posición relativa a la idea de defender un sistema legislativo que contenga quórum supermayoritarios para ciertas materias, como ocurre con las LOC. Véase mi opinión en Verdugo R., Sergio, "Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales", en *20 Actualidad Jurídica*, Año, tomo II, 597-633.

5 Ello debe entenderse sin perjuicio de las críticas u observaciones que se puedan realizar al diseño del sistema represivo actual. En otras palabras, no me opongo a un perfeccionamiento del mismo. Ello, sin embargo, escapa del objetivo de este trabajo.

En la sección III, intentaré demostrar la razón de la inconveniencia del establecimiento del control preventivo y obligatorio, indicando sus principales defectos. Para ordenar esta sección, distinguiré tres niveles de argumentación. En el primer nivel (III.1) se encuentran las condiciones para que la propuesta opere de manera relativamente aceptable. En el segundo nivel de argumentación (III.2), en el hipotético contexto de que las condiciones se cumplan, se encuentra un contra argumento relativo a la ineficacia relativa del control preventivo obligatorio. Finalmente, en el tercer nivel (III.3), argumentaré específicamente en contra de este tipo de control aplicado a los tratados internacionales.

I. Revisión de la literatura nacional relativa al control constitucional de los tratados internacionales y su contexto

Entre nosotros no se ha escrito muy profundamente respecto de la idea de establecer un control preventivo obligatorio, aunque ella se menciona en numerosos trabajos.⁶ Parece ser, no obstante, y atendido el prestigio de los autores que suscriben esta idea, un lugar común en parte importante de la doctrina nacional. Esta idea estuvo presente incluso en la discusión de la reforma constitucional del año 2005, aunque finalmente no prosperó.⁷

6 Taller de Académicos, “Proposiciones de perfeccionamiento de las normas constitucionales en materia de tratados”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 2, 217-223; Gamboa Serazzi, Fernando, “Derecho Internacional y Derecho Interno”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 23-31; Gamboa Serazzi, Fernando, “El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 155-160; Monsálvez Müller, Aldo, “Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 147-154; Fernandois V., Arturo, “El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, 471-489; Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo Interno”, en 1 *Ius et Praxis*, Año 9, 467-484; Fernández González, Miguel Ángel, “Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales”, en 1 *Ius et Praxis*, Año 9, 485-511; Peña Torres, Marisol, “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena a un año después de la reforma de 2005”, en *Ponencia presentada en las XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público*, 2006, disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/ponencias.htm>; Henríquez Viñas, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en 2 *Estudios Constitucionales*, Año 6, 73-119; Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009; 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; Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88.

7 Véase Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005* (Editorial Jurídica de Chile) 2005.

Todos los trabajos citados se inscriben dentro de una literatura mucho más amplia, relacionada con el vínculo existente entre los tratados internacionales y la Constitución. De hecho, la propuesta se presenta como una solución a los problemas que la doctrina diagnóstica. Cabe señalar que los autores se encuentran en constante discrepancia, existiendo un polémico debate que, en líneas generales, se genera debido a la falta de precisión de algunas definiciones constitucionales importantes, como ocurre con lo relativo a la verdadera jerarquía de los tratados internacionales, especialmente si versan sobre derechos esenciales. Todo ello contribuye a generar un contexto de inseguridad jurídica que no ayuda a la estabilidad de las relaciones internacionales y a la supremacía constitucional.

Los trabajos académicos a que me refiero fueron escritos en dos contextos diferentes, por lo que es necesario realizar una distinción. Se trata de dos reformas constitucionales significativas en materia internacional: la de 1989 y la de 2005.

Antes de la reforma constitucional de 2005, encontramos un contexto en que el recurso de inaplicabilidad estaba entregado a la Corte Suprema y en que se debatía fuertemente acerca de los alcances de la reforma constitucional de 1989 al Artículo 5 de la Constitución,⁸ y si era o no conforme a la Carta Fundamental el Estatuto de Roma. Dicho tratado internacional, que estatuye la Corte Penal Internacional, fue declarado inconstitucional por el TC en ejercicio de su control preventivo el año 2002,^{9 10} lo que derivó en la realización de una

8 Sobre esta materia, véanse los siguientes trabajos: Fernández González, Miguel Ángel, “La reforma al artículo 5° de la Constitución”, en 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, 809-825; Cumplido Cereceda, Francisco, “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 255-258; Infante Caffi, María Teresa, “Los tratados en el Derecho Interno Chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 277-297; Ríos Álvarez, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 2, 101-112; Andrade Geywitz, Carlos, “La Reforma Constitucional del Año 1989 al Inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia”, en 1 *Ius et Praxis*, Año 9, 375-401.

9 Tribunal Constitucional, rol N° 346-02, sentencia de fecha 8 de abril de 2002.

10 Sobre esta materia, véanse los siguientes trabajos: Cea Egaña, José Luis, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 5, 353-361; Calderón Vargas, Mario, “Antecedentes históricos y normas básicas del proyecto de Tribunal Penal Internacional”, en 1 y 2 *Temas de Derecho*, Año XIV, 77-86; Bruna, Guillermo, “Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 6, 435-438; Mohor, Salvador y Varas, Paulino, “Corte Penal Internacional: Evaluación crítica y cuestiones constitucionales”, en 1 y 2 *Temas de Derecho*, Año XV, 97-124; Troncoso Repetto, Claudio, “La Corte Penal Internacional y el principio de la complementariedad”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 6, 407-417; Rojas Sepúlveda, Mario, “Corte Penal Interna-

reforma constitucional en 2009,¹¹ la que permitió su posterior aprobación parlamentaria y constitucional.¹²

En lo relativo a la posibilidad de que se ejerza control constitucional sobre los tratados internacionales, no todos los autores asumen una posición expresa. Sin embargo, hay algunos que toman partido y se manifiestan en contra del ejercicio del control constitucional,¹³ mientras otros se muestran a favor.¹⁴

Como puede apreciarse de lo dicho, en este período la doctrina escribió mucho sobre el problema de la relación entre los tratados internacionales y la

cional y soberanía universal”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 9-22; Arab Nessrallah, Juan, “Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 33-54; Cruz-Coke Ossa, Carlos, “Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 137-145; Monsálvez, op. cit.; Gamboa Serazzi, Fernando, “El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional”, en 6 *Actualidad Jurídica*, Año III, 155-160; Fermandois, op. cit.

11 Con una técnica legislativa cuestionable, véase la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2009, que introduce una disposición transitoria (vigésimo cuarta) a la Constitución permitiendo la aprobación del Estatuto de Roma. Luego de ello, fue enviado nuevamente el tratado internacional para efectos del control preventivo obligatorio. El TC lo declaró constitucional sin mayores consideraciones. Tribunal Constitucional, rol N° 1415-09, sentencia de fecha 24 de junio de 2009.

12 Véase Tribunal Constitucional, rol N° 1415-09, sentencia de fecha 24 de junio de 2009.

13 Se pronuncian expresamente, entre otros, los siguientes: Nogueira en Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 2002, Tomo I, 126-131; Troncoso, op. cit.; Gamboa Serazzi, Fernando, “Derecho Internacional y Derecho Interno”, en 2 *Actualidad Jurídica*, Año I, 23-31; Pfeffer, op. cit., 4; Fernández, op. cit., 4. Este último autor rechaza el control represivo en una perspectiva de conveniencia.

14 Cabe hacer presente que el llamado *grupo de los 24*, presidido por Patricio Aylwin, propuso establecer expresamente el control constitucional de los tratados internacionales. Andrade Geywitz, Carlos, “Proposiciones del grupo de estudios constitucionales sobre el Tribunal Constitucional”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 362. Otros autores que se han pronunciado a favor del control constitucional sobre los tratados son: Saenger Gianoni, Fernando, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 661-664; Bertelsen Repetto, Raúl, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho Chileno”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 219; Ríos, op. cit., III; Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 1999, Tomo II (excepcionan expresamente los tratados sobre derechos humanos); Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Constitución Política de la República y Tratados Internacionales”, en 2 *Ius et Praxis*, Año 2, 63-72; Rodríguez Grez, Pablo, “El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley”, en 1 *Actualidad Jurídica*, Año I, 47-53; Bruna, op. cit.; Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 2002, Tomo VIII, 183 (aunque este último autor reconoce que la naturaleza del tratado es diferente a la de la ley); Cruz-Coke, op. cit.; Monsálvez, op. cit.; Fermandois, op. cit.

Constitución,¹⁵ lo que se repitió en obras de carácter más general.¹⁶ ¹⁷ También hubo varias sentencias del TC que aportaron a la discusión relativa a los tratados internacionales,¹⁸ siendo la más importante de ellas la que declara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, ya citada.¹⁹

La reforma constitucional de 2005 cambió el contexto del debate, agregando elementos nuevos de discusión. Ello no significa que lo tratado antes del año 2005 haya perdido vigencia, sino todo lo contrario. La reforma fortalece la discusión, manteniendo los argumentos primitivos y añadiendo otros que se complementan.

15 Además de todos los trabajos ya citados, pueden verse los siguientes: Fernández González, Miguel Ángel, “Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado”, en 1 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, 45-50; Fernández González, Miguel Ángel, “Consecuencias de la integración en la institucionalidad vigente en Chile”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X, 103-109; Saenger, op. cit.; Nogueira Alcalá, Humberto, “Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 881-895; Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, “Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución”, en 2 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, 695-704; Cumplido, op. cit.; Bertelsen, op. cit.; Irigoien Barrenne, Jeannette, “La Convención Americana de derechos humanos como Derecho Interno Chileno”, en 2 y 3v *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 299-307; Gaete González, Eugenio Alberto, “Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 259-275; Precht Pizarro, Jorge, “Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional Convencional y Derecho Interno Chileno”, en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 381-405; Ríos Álvarez, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”, en 215 *Gaceta Jurídica*, 7-14; Calderón Vargas, Mario, “Los tratados internacionales sobre protección de la persona humana, su jerarquía interna y externa”, en 1 y 2 *Temas de Derecho*, Año XIV, 135-141; Cea, op. cit.; Arab, op. cit.; Andrade, op. cit. 6.

16 Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 1997, Tomo IV, 112-130; Nogueira en Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio, Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile) 2002, Tomo I, 126-131; Gamboa, Fernando y Fernández, Macarena, *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración* (Lexis Nexis) 2005; Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público* (Lexis Nexis) 2004.

17 Véanse también las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, entre otras, las siguientes sesiones: sesión 47, de 20 de junio de 1974; sesión 345, de 4 de abril de 1978; sesión 364, de 3 de mayo de 1978; sesión 368, de 1978; sesión 367, de 1978. Véanse también las siguientes sesiones del Consejo de Estado: sesión 80, de 10 de julio de 1979; sesión 85, de 14 de agosto de 1979; sesión 99, de 18 de diciembre de 1979; sesión 110, de 1 de julio de 1980. Véase una reproducción de las actas del Consejo de Estado en Arancibia Mattar, Jaime, Brahm García, Enrique e Irrázaval Gomien, Andrés (editores), *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)*, tomo I, (Centro de Estudios Bicentenario, Universidad de los Andes), 2008.

18 Entre muchos otros, véanse Tribunal Constitucional, rol N° 46-87, sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987; Tribunal Constitucional, rol N° 288-99, sentencia de fecha 24 de junio de 1999; Tribunal Constitucional, rol N° 309-00, sentencia de fecha 4 de agosto de 2000; Tribunal Constitucional, rol N° 312-00, sentencia de fecha 3 octubre de 2000; Tribunal Constitucional, rol N° 346-02, sentencia de fecha 8 de abril de 2002; Tribunal Constitucional, rol N° 383-03, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003.

19 Sobre un buen análisis de la jurisprudencia nacional de tribunales pertenecientes al Poder Judicial, véase Henríquez Viñas, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 2, 2008, 73-119.

Después de 2005, la literatura que trata la relación entre la Constitución y los tratados internacionales es menos nutrida. No obstante, no deja de llamar la atención la polémica desatada y la manera en que ésta se está intensificando progresivamente. Es posible conjeturar que esta polémica recién empieza, sobre todo si se consideran los efectos de la discutida sentencia del TC del año 2009, que declara con disidencias y prevenciones la procedencia del recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales y al mismo tiempo la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales respecto de los mismos.^{20 21}

De los trabajos posteriores al año 2005, algunos están expresamente en contra del control constitucional sobre los tratados internacionales²² y otros a favor del control constitucional sobre los mismos.^{23 24}

20 Tribunal Constitucional, rol N° 1288-08, sentencia de fecha 25 de agosto de 2009. En el período posterior al año 2005, hay otras sentencias relevantes además de la ya citada. Véase Tribunal Constitucional, rol N° 834-07, sentencia de fecha 13 de mayo de 2008; Tribunal Constitucional, rol N° 1340-09, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1415-09, sentencia de fecha 24 de junio de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1483-09, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1504-09, sentencia de fecha 27 de octubre de 2009.

21 Sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del TC, véase Peña Torres, Marisol, “La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1, 2008, 205-222.

22 Peña, op. cit., 4; Peña, op. cit., 19; Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88; Cruz Fuenzalida, Francisco, “El régimen de tratados internacionales promovido por la reforma constitucional 2005, alcances y desafíos”, en 121 *Diplomacia*, 97-108; Henríquez Viñas, Miriam, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 119-126; Henríquez, op. cit., 17; Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009. Esta última autora está en contra del control represivo, pero acepta (y propone extender) el control preventivo.

23 Ribera Neumann, Teodoro, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 89-118.

24 Además de todos los trabajos ya citados, véanse, entre otros, los siguientes: Llanos Mansilla, Hugo, “Los tratados y la reforma constitucional”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Campusano, Raúl, “Tratados y el Derecho Internacional en la reforma constitucional de 2005”, en 13 *Actualidad Jurídica*, Año VII, 25-41; Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno* (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2008, Tomo I; Aguilar Cavallo, Gonzalo, “La internalización del Derecho Constitucional”, en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 223-281; Ríos Álvarez, Lautaro, “La reforma de 2005 a la Constitución chilena”, en 7 *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 213-231; Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Legal Publishing) 2008.

En la fecunda literatura existente en torno a la relación de los tratados internacionales y la Constitución, se observan diversas polémicas que están lejos de solucionarse. Un acuerdo doctrinario es difícil. Sin perjuicio de que estos trabajos no se refieren en su mayoría a la materia específica que es objeto de esta investigación (la idea del control obligatorio para los tratados), ellos resultan muy útiles por ilustrar los problemas originados por el régimen constitucional de los mismos.

En la sección siguiente, abordaré la propuesta que pretendo evaluar en este trabajo. Hago presente que no profundizaré en los problemas que ya enuncié en este apartado, ya que esta no es la ocasión para entrar en dicha discusión.

II. Argumentos a favor del control preventivo obligatorio de los tratados internacionales y su refutación.

Como ya lo indiqué, no existen entre nosotros trabajos que se refieran específicamente al control preventivo y obligatorio de los tratados internacionales. Sin embargo, algunos autores no dudan en proponer la instauración general del mismo para todo tipo de tratado internacional. Entre estos autores, con mayor o menor profundidad, encontramos la propuesta formulada por un grupo de académicos en un taller,²⁵ y por otros profesores adicionales. Ellos son: Humberto Nogueira,²⁶ Miriam Henríquez,²⁷ Miguel Ángel Fernández,²⁸

25 Taller de Académicos, op. cit., 219 y 223. No obstante, no me referiré en profundidad a esta propuesta, ya que no profundiza mayormente. Todo lo que expresa es lo siguiente: La modificación "(...) tiene por objeto establecer el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales antes de su ratificación por el Presidente de la República, hecho que evita cualquier situación dudosa de conformidad del tratado con el contenido y los procedimientos constitucionales, brindando seguridad jurídica al efecto".

26 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; Nogueira Alcalá, Humberto, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88.

27 Henríquez Viñas, Miriam, "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales", en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 119-126; Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009.

28 Fernández, op. cit., 4.

Aldo Monsalvez,²⁹ Fernando Gamboa,³⁰ Arturo Fermandois³¹ y Emilio Pfeffer.³² Todos ellos, con matices importantes que describiré, se muestran favorables al establecimiento de un control preventivo y obligatorio para los tratados internacionales. Antes de formular mi respuesta, es importante conocer lo que propone cada uno y estudiar sus rasgos comunes.

1. Humberto Nogueira. Este es tal vez el autor nacional que más ha escrito sobre la relación entre la Constitución y los tratados internacionales. Entre sus innumerables trabajos, me baso en cuatro que me parecen representativos de su obra. Dos son anteriores a la reforma del año 2005³³ y otros dos son posteriores.³⁴ En todos ellos este autor plantea que los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales tienen rango constitucional y se incorporan a la *Constitución material*.³⁵ Esta idea deja fuera del control constitucional a este tipo de tratados, ya que ellos formarían parte del denominado *bloque de constitucionalidad*, el que es duramente criticado por Aldunate.³⁶ Cabe señalar que Nogueira estimaba, ya antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005, que no procedía el control represivo de constitucionalidad. Es en ese trabajo donde se plantea la idea de establecer el control preventivo obligatorio para todos los tratados internacionales,³⁷ idea que se reitera en sus dos trabajos posteriores ya citados. Se fundamenta en que ello:

Asegura su constitucionalidad y otorga certeza jurídica del respeto de las normas internacionales (...). Esta es la regla que respeta de mejor forma los principios de buena fe en el cumplimiento de las obligacio-

29 Monsálvez, op. cit.

30 Gamboa, op. cit., 11; Gamboa, op. cit., 8.

31 Fermandois, op. cit.

32 Pfeffer, op. cit., 4.

33 Nogueira, op. cit., 13; 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.

34 Nogueira Alcalá, Humberto, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005; Nogueira Alcalá, Humberto, "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en 1 *Estudios Constitucionales*, Año 5, 59-88.

35 Nogueira, op. cit., 13, 888; Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 344.

36 Aldunate, op. cit., 340-342.

37 Nogueira Alcalá, Humberto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en 2 y 3 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Tomo I, 345.

*nes internacionales y la obligación de no oponer obstáculo de derecho interno al cumplimiento de los tratados ratificados (...).*³⁸

Con lo anterior, se impediría “*que se filtren en el ordenamiento nacional tratados que pudieren entrar en conflicto con la Carta Fundamental*”.³⁹ Estas ideas son reiteradas en su trabajo del año 2007, donde agrega otra solución adicional al problema: el establecimiento de una “*acción pública de inconstitucionalidad de tratados sometidos a la aprobación del Congreso (...)*”.⁴⁰

2. Miriam Henríquez. De esta autora, conozco tres interesantes trabajos relativos a la relación entre la Constitución y los tratados internacionales. Uno aborda el tema desde la perspectiva de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios;⁴¹ otro se refiere a la inconveniencia del ejercicio del control represivo respecto de instrumentos internacionales;⁴² y un tercero trata la materia desde la óptica de las fuentes del derecho.⁴³ Es en los dos últimos donde plantea la idea de establecer el control preventivo obligatorio. Su fundamento, atendida la gravedad de la eventual infracción a los compromisos internacionales, se encuentra en que el control constitucional preventivo reemplazaría al control represivo, siendo este último innecesario. En efecto, ella estima que el control represivo es “*improcedente, inconveniente e inoficioso*”.⁴⁴ Así, la justificación 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

38 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) *La Constitución Reformada de 2005* (Librotecnia) 2005.

39 Nogueira, op. cit., nota 36, 393.

40 Nogueira, op. cit., 72.

41 Henríquez, op. cit., 17.

42 Henríquez Viñas, Miriam, “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales”, en *1 Estudios Constitucionales*, Año 5, 119-126.

43 Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del Derecho* (Legal Publishing) 2009,.

44 Henríquez, op. cit., 41, 50.

*haya necesidad de llegar a ejercer el control represivo.*⁴⁵

Después agrega que el control previo es una “(...) *función necesaria en el marco de un Estado democrático de Derecho para asegurar la inviolabilidad de la Constitución y la existencia y cumplimiento de los compromisos internacionales*”.⁴⁶ Estas mismas ideas las reitera en su trabajo acerca de las fuentes formales del derecho.⁴⁷

Para esta autora, se debe sustituir el control represivo por el preventivo, el que se extendería respecto de todos los tratados internacionales. Sin embargo, su tesis se encuadra dentro de la corriente de autores que opinan que dicho control represivo no procede desde una correcta interpretación de la Constitución, por estimar que los tratados internacionales no son preceptos legales.⁴⁸ La profesora Henríquez reconoce la importancia y el valor de la supremacía constitucional, incluso respecto de los tratados internacionales,⁴⁹ y pretende reforzarla. Es por esa razón que busca una manera armónica de solucionar el problema sin afectar la responsabilidad del Estado.

3. Miguel Ángel Fernández, por su parte, ha escrito cuatro trabajos donde trata aspectos relativos al derecho público y el orden internacional. El primero de ellos se refiere a la reforma que sufrió el Artículo 5 de la Constitución en 1989, respecto de la cual se muestra crítico o, a lo menos, escéptico.⁵⁰ En efecto, señala, entre otras cosas, que el régimen de los tratados no se alteró por la inclusión de los mismos como fuente de derechos esenciales, que el derecho internacional no prima sobre el derecho interno y que los tratados tienen valor de ley.⁵¹ Sin embargo, ya en ese trabajo el autor mostraba su preocupación por el fenómeno de la *internacionalización del derecho* y la recepción del mismo en el derecho público. Así, dos trabajos posteriores profundizaron

45 Henríquez, op. cit., 40, 120.

46 Henríquez, op. cit., 40, 125.

47 Henríquez, op. cit., 41, 43 y 48-50.

48 Henríquez, op. cit., 41, 51.

49 Henríquez, op. cit., 41, 42-44 y 47.

50 Fernández, op. cit., 6.

51 Fernández, op. cit., 6, 818.

en conceptos como integración y globalización.⁵² Especial mención merece su estudio acerca de la evolución del concepto de soberanía.

Sin embargo, el planteamiento que nos interesa para efectos de este trabajo fue realizado posteriormente.⁵³ Sin perjuicio de que el mismo es bastante breve en el punto que estudiamos y no desarrolla con profundidad sus ideas —que califica de *prospectivas* pero no *proféticas*—, lo interesante del mismo es el enfoque que desarrolla: no se trata de una interpretación acerca del régimen constitucional de los tratados, sino de un análisis propositivo que va más allá de lo estrictamente jurídico. En lo que nos interesa, repasemos sus palabras:

*Finalmente, cuanto viene siendo expuesto torna indispensable incorporar los tratados entre las normas sujetas a control obligatorio por el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 82 N° 1 del Código Político [actual Artículo 93, N° 1], una vez aprobado por el Congreso y antes de su ratificación. Una reforma en esta línea comenzaría a situar el asunto en el nivel de importancia que ciertamente posee.*⁵⁴

Cabe hacer presente que este autor no desconoce el control de constitucionalidad de los tratados, sino que sugiere mecanismos para impedir el mismo, los que, reconoce, deben ser introducidos por una reforma constitucional. Así, propone importar instrumentos extranjeros.⁵⁵

4. Aldo Monsálvez, por su parte, también propone la adopción del control preventivo obligatorio. En su breve trabajo dice que los tratados internacionales tienen jerarquía de ley,⁵⁶ que respecto de ellos procede el recurso de inaplicabilidad,⁵⁷ que se puede alegar el derecho interno para infringir el dere-

52 Fernández González, Miguel Ángel, “Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado”, en 1 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25, 45-50; Fernández González, Miguel Ángel, “Consecuencias de la integración en la institucionalidad vigente en Chile”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X, 103-109.

53 Fernández, op. cit., 4.

54 Fernández, op. cit., 4, 498.

55 Fernández, op. cit., 4, 498.

56 Monsálvez, op. cit., 148.

57 Monsálvez, op. cit., 149.

cho Internacional⁵⁸ y que la Constitución se debiera modificar para disponer de manera expresa esta idea. En este último sentido:

En nuestro país, una recomendable solución es que se modifique la Constitución a fin de que todos los tratados internacionales sean sometidos al control preventivo obligatorio por el Tribunal Constitucional, y no facultativo, como lo es en la actualidad, para preservar, de esta manera, el principio de supremacía constitucional, cuidando que todas las normas internacionales recepcionadas en nuestro Derecho se ajusten a la Constitución Política⁵⁹.

5. Fernando Gamboa ha propuesto el control obligatorio en dos oportunidades.⁶⁰ Su idea se articula como un comentario accesorio a los temas centrales que trata en sus artículos.

(...) aprobado un tratado, siempre debería contar con el control del Tribunal Constitucional para no crear, desde un comienzo, discordancias con la Carta Fundamental, exigiéndose los quórum especiales en el Parlamento (...). Lamentablemente aquí existe un vacío constitucional, porque lo expresado por ésta en su artículo 82 N° 1 [actual Artículo 93, N° 1] sólo se refiere a las leyes orgánicas constitucionales y a aquellas interpretativas de textos de la Constitución.⁶¹

En otro trabajo, relativo al caso de la Corte Penal Internacional, el profesor Gamboa agrega: “Es lamentable la falta, como muchas otras, de cierta reforma constitucional que haga obligatorio el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados que establece el art. 82 N° 2 de la Constitución [actual Artículo 93, N° 1], que se encuentra durmiendo en nuestro parlamento”.⁶²

6. Arturo Fermandois. Su interesante y completo trabajo acerca de las impli-

58 Monsálvez, op. cit., 152.

59 Monsálvez, op. cit., 153-154.

60 Gamboa, op. cit., 11; Gamboa, op. cit., 8.

61 Gamboa, op. cit., 11, 31.

62 Gamboa, op. cit., 8, 158.

cancias del Tribunal Penal Internacional no puede dejar de leerse.⁶³ En efecto, en el contexto del debate relativo a la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del tratado que instituye la Corte Penal Internacional (donde Ferman-
dois participó alegando su inconstitucionalidad), el autor propone modificar la Constitución y crear un régimen especial para aquellas convenciones inter-
nacionales que crean jurisdicciones supranacionales.

Este sistema consistiría en que los proyectos debieran ser aprobados con un

*quórum alto y control forzoso por el Tribunal [Constitucional] para esta clase de tratados. En cuanto a su control, creemos reflejar el senti-
do del mundo constitucional, al sugerir que todos los tratados, incluso
aquellos acogidos al inciso 2° del N° 1 del artículo 50, deben incor-
porarse al N° 2 del artículo 82 de la Constitución, materializándose
respecto de ellos un control forzoso de constitucionalidad*⁶⁴.

Su interesante opinión solo se aplica a un tipo específico de tratados internacio-
nales y no a todos ellos, razón por la cual este autor no participa necesariamente
del grupo que analizo. Sin embargo, su postura es importante, sobre todo si se
considera que el autor participa de doctrinas frecuentemente muy diversas res-
pecto de las de los otros autores que hemos estudiado en esta sección.

7. Emilio Pfeffer. En mi investigación encontré dos trabajos donde Pfeffer se
refiere a los tratados internacionales.⁶⁵ En ambos intenta describir la precarie-
dad y los vacíos constitucionales en la regulación del régimen internacional,
mostrándose crítico. Dentro de ese contexto, en el segundo de sus trabajos, y
luego de señalar la importancia de que se respeten principios como el *pacta
sunt servanda*, la buena fe y los quórums parlamentarios,⁶⁶ indica que:

*Los anterior exige además definir si se establecerá, como parece lógico
y razonable, un control preventivo y obligatorio de la constituciona-
lidad de las normas contenidas en tratados internacionales luego de*

63 Ferman-
dois, op. cit.

64 Ferman-
dois, op. cit., 488.

65 Pfeffer, op. cit., 12; Pfeffer, op. cit., 4.

66 Pfeffer, op. cit., 4, 473-474.

*que éstos sean aprobados por el Congreso Nacional, y antes de que aquellos sean remitidos al Presidente de la República para su posterior ratificación*⁶⁷.

Sus breves palabras se sitúan en un análisis de conveniencia, donde Pfeffer se muestra contrario a la existencia del control represivo⁶⁸ y propone la adaptación de Chile al contexto internacional contemporáneo. Cabe hacer presente que, en relación con su primer trabajo, la opinión de Pfeffer evolucionó, ya que en un comienzo no había mostrado inconveniente alguno en que la Corte Suprema ejerciera el recurso de inaplicabilidad.⁶⁹ Sin perjuicio de ello, la idea de establecer un control preventivo obligatorio se encontraba también en este primer trabajo. De hecho, sostiene que:

*[Se] (...) evidencia lo imperfecto e incompleto que resulta el mismo (...). Por lo tanto, parece aconsejable asignar, con carácter obligatorio y no facultativo, la atribución al Tribunal Constitucional para que (...) [lo ejerza respecto de aquellos tratados que] (...) no deben someterse a su consideración, a fin de evitar que ellos entren en conflicto con las normas substantivas de la Carta Fundamental y con aquellas disposiciones que, contenidas en tratados internacionales, regulen derechos esenciales de la persona*⁷⁰.

Todos los autores que proponen el establecimiento del control preventivo obligatorio para los tratados internacionales deben admitir lógicamente que los mismos se encuentran bajo la supremacía constitucional, ya que, de lo contrario, no tendría sentido controlar el cumplimiento de la misma. Por ello, Nogueira se contradice al sostener, como vimos, que ciertos tratados tienen rango constitucional y, al mismo tiempo, deben sujetarse a control constitucional.⁷¹

67 Pfeffer, op. cit., 4, 474.

68 Pfeffer, op. cit., 4, 473.

69 Pfeffer, op. cit., 12, 69-70.

70 Pfeffer, op. cit., 12, 71.

71 En palabras de Saenger: "Es absurdo, en la más elemental lógica, suponer que un tratado pudiese tener la jerarquía de la Constitución, si el propio tribunal llamado a velar por la supremacía constitucional, puede señalar que un tratado o una parte de él es inconstitucional". Saenger, op. cit., 661.

Por su parte, los planteamientos de Miguel Ángel Fernández y Emilio Pfeffer resultan consistentes con sus ideas *prospectivas*, trasladando este problema a un debate de conveniencia, que es donde me interesa entrar. En la misma situación se plantean Aldo Monsálvez y Arturo Fermandois, cuyas opiniones favorecen la creación de un régimen especial que hoy no existe. Estos últimos dos autores creen que los tratados internacionales no gozan de una jerarquía especial, lo que los diferencia sustancialmente de los otros dos. Por su parte, Fernando Gamboa también participa de la idea de reformar lo que considera un *vacío*. Cabe recordar que Fermandois solo participa de la propuesta de manera parcial, ya que su opinión está expresada en el contexto de un tipo específico de tratados internacionales: los que crean jurisdicciones supranacionales.

Resumiendo lo dicho por todos los autores citados, puede decirse que las razones que justifican la idea que trato en este trabajo son las siguientes:

1. Lograr seguridad jurídica al garantizar la constitucionalidad de los tratados internacionales que entren en vigencia.⁷² Ello refuerza la *inviolabilidad* de la Constitución.⁷³

2. Respetar el ordenamiento internacional y no oponer obstáculos internos a su cumplimiento,⁷⁴ lo que se puede producir con el control represivo.⁷⁵

Hay, en síntesis, una doble preocupación: por una parte, el respeto por el derecho constitucional nacional, que tiene como pilar la supremacía de la Constitución, lo que denominaré *argumento constitucional*; y por otra parte el respeto por el derecho internacional, que llamaré *argumento internacional*.

Frente al *argumento constitucional*, puede responderse que la propuesta resulta insuficiente por las razones que daré a conocer en la sección siguiente. En efecto, la propuesta, al eliminar el control represivo, supone un costo importante para la supremacía constitucional y al mismo tiempo incluye una forma deficiente de controlar la constitucionalidad, como se verá.

72 Nogueira, op. cit., 32, 393; Monsálvez, op. cit., 153-154; Pfeffer, op. cit., 12, 71; Gamboa, op. cit., 11, 31.

73 Henríquez, op. cit., 40, 125.

74 Nogueira, op. cit., 32, 393.

75 Henríquez, op. cit., 40, 120.

Por su parte, el *argumento internacional* debe relativizarse. En efecto, este argumento será parcialmente cierto en la medida en que se elimine el control represivo. La verdad es que la mejor manera de respetar el derecho internacional es dando un cumplimiento efectivo al *argumento constitucional*, lo que identifica a ambos. En otras palabras, si el tratado internacional respeta la Constitución, entonces no podrá ser declarado, en teoría, inconstitucional, lo que eliminaría al *argumento internacional*. Por consiguiente, la mejor forma de responder este segundo argumento es haciéndose cargo del primero.

Lo anterior significa asumir que el problema no está en la declaración de inconstitucionalidad, sino en el hecho de celebrar tratados internacionales contrarios a la Constitución. En efecto, la verdadera causa de la responsabilidad internacional no es el ejercicio del control constitucional, sino la razón por la cual este operará. Esa razón es la inconstitucionalidad. Por ello, lo óptimo es impedir que se celebren tratados internacionales contrarios a la Constitución, teniendo las autoridades competentes el mandato jurídico de no celebrar dichos tratados. Un control preventivo obligatorio no soluciona el problema porque su ineficacia (a la que me referiré en la sección siguiente) hace posible la existencia de normas internacionales inconstitucionales. Así, esta propuesta no es capaz de equilibrar los dos argumentos, haciendo posible que se sacrifique uno (el *constitucional*) a favor del otro (el *internacional*).

Este es un costo que pareciera no preocupar a algunos, pero lo cierto es que significa desnaturalizar el concepto mismo de Constitución.

Proponer la eliminación del control represivo y reemplazarlo por el preventivo implica admitir que el primero debería proceder en caso que no se elimine el primero. En otras palabras, 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.

Por esta razón, al admitir la existencia de normas inconstitucionales que quedan fuera de la órbita de control constitucional, por el solo hecho de proponer esta reforma se aceptan costos eventuales en materia de supremacía constitucional.

Ya habiendo aclarado estos puntos, los que me servirán de premisa, en la sección siguiente abordaré los argumentos por los cuales la propuesta de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales es inconveniente.

III. Argumentos en contra del control preventivo y obligatorio de los tratados internacionales

Para ordenar esta sección, distinguiré tres niveles de argumentación: En primer lugar (1), se encuentran las condiciones para que la propuesta opere de manera relativamente aceptable. Demostraré que estas condiciones son muy difíciles de cumplir. En segundo lugar (2), en el hipotético contexto de que las condiciones antes mencionadas se cumplan, se encuentra un contra argumento consistente en la ineficacia relativa del control preventivo obligatorio. Este argumento se aplica a cualquier tipo de control constitucional preventivo obligatorio. En tercer lugar (3), argumentaré específicamente en contra de este tipo de control aplicado a los tratados internacionales. Demostraré que las causas que explican la ineficacia relativa de este control se ven robustecidas en el caso de los tratados internacionales.

1. Primer nivel: Condiciones para que la propuesta opere de manera relativamente aceptable

Para que la propuesta de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales pueda operar, aunque con resultados relativamente inciertos, se requiere del cumplimiento de determinadas condiciones. De esta manera, solo dando cumplimiento a las mismas podría aceptarse la discusión. En este capítulo, constataré cuáles son dichas condiciones y por qué no resulta fácil que ellas se generen. Así, pretendo demostrar que la factibilidad de establecer e implementar la propuesta no es muy alta. Por supuesto, esta sección reconoce la posibilidad de que las condiciones tengan lugar en el futuro, lo que nos llevará al segundo nivel de argumentación, relativo a los contra argumentos que demuestran la inconveniencia de aceptar la idea ya señalada.

Una primera condición para la procedencia de la idea –ya mencionada anteriormente– es la siguiente: debe aceptarse que la Constitución es suprema y superior a los tratados internacionales. No podría concebirse, como ya lo indiqué, que existiera un control constitucional sobre una norma de idéntica o incluso de superior jerarquía. Ello sería tan absurdo como proponer el control de legalidad de la ley o de la norma suprema. Si una norma es de idéntica o superior jerarquía, entonces su contraposición implica la derogación total o parcial de la norma inferior (criterio de jerarquía) o anterior (criterio cronológico), salvo que se aplique un criterio de especialidad.

Para que la supremacía constitucional sea una realidad en la práctica, ella no puede estar exenta de ciertos mecanismos, como ocurre con la rigidez y el control constitucional. Si no hay rigidez, la Constitución podría ser modificada por normas que tengan procedimientos de reforma más flexibles, lo que la haría equivalente a la ley. La Carta Fundamental es rígida o semirrígida; no así los tratados internacionales. Por otro lado, si no hay control constitucional, se acepta que las mayorías parlamentarias puedan legislar sin control sobre cualquier punto, sea o no conforme a la Constitución. Por lo anterior, la supremacía constitucional supone el control, ya que, de lo contrario, quedaría a la mera discrecionalidad del legislador el respetar las normas, lo que incidiría en un daño al Estado de Derecho y al principio de responsabilidad y revisión judicial.

El problema de esta condición es que, como vimos, no está muy claro en doctrina cuál es la real jerarquía de los tratados internacionales. Si se acepta que ellos están bajo la Constitución, no hay problemas, pero si se indica que ellos tienen una jerarquía equivalente o superior a ella (como ocurre con un importante grupo de doctrina que citamos), entonces el control constitucional pierde sentido. Este problema subsiste si se defiende la tesis de que solo los tratados que versan sobre derechos esenciales son equivalentes o superiores. De aceptarse esta última tesis, la propuesta se relativizaría demasiado. Tanto que no se cumpliría, según nuestra denominación, el *argumento constitucional*. Así, la propuesta importaría una contradicción de fines. Por lo demás, ¿qué debe entenderse por derecho esencial? ¿Es, por ejemplo, un tratado de libre comercio que regula el ejercicio de la libertad económica, un tratado sobre derechos esenciales? ¿Qué sucede si el tratado contiene disposiciones que no reconocen derechos esenciales y otras que sí? ¿Cómo separar el tratado de

su contenido? ¿Son las normas que disponen garantías de protección a los derechos esenciales, derechos esenciales a su vez?

Por lo anterior, para aceptar la propuesta debe primeramente aceptarse la condición de que todos los tratados internacionales (incluyendo los que versan sobre derechos esenciales) están bajo la supremacía constitucional y pueden, por consiguiente, ser objeto de un control constitucional.

Una segunda condición para que la idea de establecer un control preventivo obligatorio pueda ser factible, dice relación con la finalización o derogación del control represivo. Si ello no fuera así, no se cumpliría con el *argumento internacional* de la propuesta y se perdería un fin cardinal de la misma. Aceptar la procedencia del control represivo implicaría continuar con los riesgos de que una norma se declare inconstitucional y, por consiguiente, aceptar también la infracción del *pacta sunt servanda*. No obstante, debe reconocerse que el control preventivo tal vez disminuiría las posibilidades de que una norma internacional inconstitucional sea aprobada. Sin embargo, y según veremos en el apartado siguiente (IV.2), esto último no se condice con las deficiencias del control preventivo obligatorio.

Volviendo al punto central de esta segunda condición, debe decirse que la idea esencial de terminar con el control represivo denota la intención de que el control preventivo lo sustituya. Es muy difícil que esto suceda puesto que, como veremos, se trata de controles muy diferentes. Así, un control no es *reemplazable* por el otro. Por lo demás, ¿es el control preventivo un buen sustituto? Mi respuesta es negativa, atendidas las razones que expondré.

Una tercera condición para la factibilidad de la propuesta dice relación con la posibilidad de que ella sea implementada en cuanto a terminar con el control represivo. Para ello, existen tres alternativas que aparecen poco probables en la realidad. El cumplimiento de alguna de estas alternativas haría posible lo anterior, pero ello es difícil.

En primer lugar, podría modificarse la Constitución prohibiendo expresamente el control represivo sobre los tratados internacionales. Los altos quórum que exige la Constitución para ello y los vaivenes naturales de la voluntad política hacen poco probable esta reforma. En segundo lugar, podría aceptar-

se la idea de que no se requiere reforma constitucional, ya que los tratados internacionales no son *preceptos legales*. El problema de esta aceptación es su carácter conflictivo y poco pacífico en la doctrina, lo que hace poco factible que la misma sea exitosa. Además, con el mismo argumento podría decirse que los tratados internacionales que regulan materias reglamentarias *no son actos administrativos reglamentarios* y, por consiguiente, quedarían fuera del control constitucional eliminando los contrapesos democráticos necesarios en la actividad del Jefe de Estado.⁷⁶ En tercer lugar, para que esta propuesta resultara operativa sin una reforma constitucional, debiera cambiarse la doctrina actual del TC, sentada en la sentencia rol 1288. Según este fallo, procede el recurso de inaplicabilidad respecto de los tratados internacionales. La mantención de esta doctrina dependerá de cómo se ordenen las mayorías al interior del TC.

Una cuarta condición para que la propuesta sea factible pasa por la necesidad de elegir entre dos alternativas difíciles: o no existe diferencia entre control abstracto y control concreto; o se debe terminar con la existencia del control concreto para los tratados internacionales.

Esta condición es muy importante ya que la naturaleza del control preventivo obligatorio es esencialmente abstracta. No hay aplicación de la ley ni norma vigente. Solo cabe hacer una comparación abstracta entre normas. En cambio, el control represivo es un control concreto (me refiero a la inaplicabilidad del Artículo 93 N° 6 de la Constitución) o, a lo menos, requiere de un control concreto anterior para ser ejercido (lo que ocurre con el control del Artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental). Este control concreto exige que la norma esté en vigencia, ya que busca examinar un eventual resultado inconstitucional en la aplicación de la misma. Por ello, el control preventivo obligatorio (abstracto) es sustancialmente diferente del recurso de inaplicabilidad (concreto). Ello hace imposible, como ya dije, *reemplazar* al otro con todas sus cualidades. Así, es posible que un precepto legal sea constitucional en abstracto e inconstitucional en ciertas hipótesis concretas. Por eso, el *reemplazo* dejará a dichas hipótesis sin posibilidad de reparo constitucional, lo que podría significar un alto costo a la supremacía constitucional y a los derechos fundamentales. Con ello, el *argumento constitucional* pierde sentido.

76 Cabe señalar que ya en la discusión del Consejo de Estado, el señor Carmona opinaba que si el acuerdo internacional no altera la legislación interna, no debería requerir la aprobación del Congreso. Ello representaba un problema, como dieron cuenta Philippi, Ibáñez y Ortúzar, ya que podrían vulnerarse las atribuciones del Congreso. Véase la sesión 80, de 10 de julio de 1979 en Arancibia *et al*, op. cit., 512-514.

Para superar lo anterior, existen las alternativas que ya enuncié: o se acepta que no existe diferencia entre un control y otro, lo que trae nuevas dificultades, como ocurre con la redacción del Artículo 93 N° 6 de la Constitución, la vigencia (o no vigencia) del precepto legal sometido a control, entre otras; o se finaliza con el control concreto. Esta última alternativa es necesaria porque la propuesta se define elementalmente como abstracta. Terminar con el control concreto implica dejar sin base, reitero, al *argumento constitucional*.

Todas las consideraciones anteriores son relevantes al momento de discutir la propuesta que examino. Algunas de ellas son viables, aunque su probabilidad es baja, como ocurre con la definición de la jerarquía respecto de los tratados internacionales y la doctrina del TC actual. Otras de ellas, en cambio, solo se pueden salvar si se aceptan altos costos para la supremacía constitucional. Estos últimos son más que condiciones: son verdaderos contra argumentos a la propuesta.

Pasemos ahora a examinar los defectos del control preventivo obligatorio.

2. Segundo nivel: Ineficacia del control preventivo obligatorio

Luego de señaladas las condiciones del apartado precedente, procede pasar a un segundo nivel del debate: la contra argumentación. Esta supone que las condiciones indicadas se superaron, por lo que este debate se encuentra, en cierta medida, condicionado. Haré, no obstante, el ejercicio. A mi juicio, existen varias razones que desaconsejan adoptar el control preventivo obligatorio, las que intentaré sintetizar en este apartado.⁷⁷

El control represivo no *reemplaza* al control preventivo, porque uno es concreto y el otro abstracto, como ya vimos. Sin embargo, hay otras razones que fortalecen lo anterior: en el control preventivo obligatorio no existe el ejercicio de una verdadera jurisdicción, ya que no hay partes, no hay requerimiento ni pretensiones, ni cosa pedida ni causa de pedir, ni argumentos a la vista; puede que ni siquiera exista una duda de constitucionalidad. La norma objeto de control no ha entrado en vigencia, por lo que es difícil imaginar cuáles

⁷⁷ Sobre un buen resumen de los argumentos a favor o en contra del control preventivo obligatorio, véase el trabajo de BORDALI (2005). Además, véase la aguda crítica de Shapiro, Martin "Revisión judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericano y europeo", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3, 1993, 475-479.

serán los efectos y consecuencias de la misma.⁷⁸ Cualquier consideración al respecto será solo hipotética y carecerá de comprobación empírica. Por todo esto, las sentencias emanadas del control preventivo obligatorio normalmente son poco fundamentadas y usualmente no realizan reparos de constitucionalidad.

En cambio, en la inaplicabilidad se da una gestión pendiente que representa un caso concreto en que hay un tribunal ejerciendo jurisdicción de manera actual, coetánea al control constitucional. Existen partes (o al menos un interesado), un (o varios) intereses visibles y una controversia (o una solicitud concreta no contenciosa) en que se contraponen argumentos perceptibles. Además, la norma se observa en una hipótesis de aplicación, donde es posible visualizar cuáles serán los efectos de la misma, ya que ella se encuentra vigente. Incluso, es posible tener una comprobación empírica respecto a las consecuencias que la misma ha producido en el pasado, por lo que el TC tiene muchos elementos de juicio que enriquecen su análisis.

Atendido todo lo anterior, los elementos del control represivo hacen que este sea único e irremplazable. Dejar el mismo por un control abstracto y previo es un riesgo para la supremacía constitucional. Esto nos lleva al siguiente punto:

Como ya es majadero repetir, el control constitucional preventivo obligatorio tiene como efecto inhibir el control represivo. Ello trae como consecuencia que no podrá reclamarse en contra de aquellos preceptos que hayan sido aprobados en el *control a priori*, ni aun en casos de aplicación concreta. Ello hace muy difícil el respeto por los derechos fundamentales en la aplicación de la norma cuestionada⁷⁹ y podría dejar a las personas en la indefensión frente a eventuales menoscabos producidos por la aplicación de la norma declarada constitucional. En el control obligatorio no existe la posibilidad de que las per-

78 Shapiro, op. cit., 479.

79 En efecto, Rousseau reconoce que “*si en el momento de su concepción, una ley puede parecer perfectamente conforme a la Constitución, es posible que en el momento de su aplicación se muestre contraria a un principio constitucional, ya sea porque se aplica a situaciones nuevas o porque se ha reconocido valor constitucional a una nueva libertad o derecho o se le ha dado otra interpretación. En definitiva, no es sino en el momento de su aplicación cuando una ley puede atentar a los derechos y libertades de los individuos*”. Rousseau, Dominique, *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002, 55. Este mismo autor da un ejemplo de un caso de control concreto en sede preventiva, lo que es absolutamente excepcional. Véase Rousseau, op. cit., 110.

sonas reclamen (salvo por el ejercicio del derecho de petición) y que obliguen a que el TC se pronuncie respecto de sus pretensiones.

Volviendo a otro punto que ya esboqué, debe reconocerse que admitir que no haya control represivo significa sostener que no pueden existir reformas constitucionales sobrevinientes que modifiquen sus normas, alterando con ello el sistema jerárquico de fuentes del derecho. Ello es parcialmente reconocido por el propio Humberto Nogueira: “Una reforma constitucional sólo podría modificar las normas de un tratado en materia de derechos humanos, en la medida que implicara una mayor protección y garantía de tales derechos, no pudiendo desmejorar su situación jurídica”.⁸⁰ Así, Nogueira admite que su tesis implica dejar fuera de la supremacía constitucional aquellos tratados que *no signifiquen una mayor protección*.

Si el control preventivo obligatorio es ineficaz como instrumento de control, entonces no es una garantía de constitucionalidad. La posibilidad de que una norma inconstitucional sea declarada constitucional preventivamente eliminará la posibilidad de que ella sea reparada en el futuro. Así, el *argumento constitucional* sería inútil y no se otorgaría la certeza jurídica que se busca.⁸¹

3. Tercer nivel: Ineficacia del control preventivo obligatorio en los tratados internacionales

Ya vistos los problemas del control preventivo obligatorio en general, los que en su conjunto desaconsejan la adopción del mismo, pasaré a un tercer nivel en la discusión: estos problemas se agravan tratándose de tratados internacionales. En efecto, los tratados internacionales tienen características que los separan de otras fuentes del derecho. Estas características fortalecen la inconveniencia de aceptar la propuesta. Veamos cuáles son las ideas que refutan dicha propuesta en este nivel:

Como ya expliqué, el control preventivo obligatorio dejaría a los tratados internacionales con un *sello de constitucionalidad* que impediría la procedencia

⁸⁰ Nogueira en Verdugo *et al*, op. cit., 127. Véase también 130.

⁸¹ Shapiro, op. cit., 477. Véase también Bordalí Salamanca, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva* (Lexis Nexis), 2005, 234-236.

del control posterior.⁸² Ello genera la siguiente circunstancia: las reformas constitucionales sucesivas no tendrán valor alguno en el derecho internacional vinculante ya ratificado. Así, si se quisiera modificar nuestra Constitución, y en dicha modificación se disponen normas contradictorias con las establecidas en algún instrumento internacional aprobado en el control preventivo obligatorio, estas reformas constitucionales no podrían ser aplicadas en toda su plenitud. Ello implica disminuir la potestad constituyente derivada y, en consecuencia, reducir el ámbito de la soberanía. Un ejemplo: imaginemos que en Chile han sido declarados constitucionales ciertos tratados internacionales que disponen un régimen laboral rígido a los trabajadores y que, años después, se llegara a un consenso político unánime (es un caso hipotético) en que la flexibilidad laboral es un derecho fundamental que debe reconocerse constitucionalmente. Si la reforma constitucional se aprobara, ella no podría producir efectos, ya que la norma del tratado internacional no estaría sujeta a ningún tipo de control. A lo menos, se produciría una antinomia imposible de resolver, generando incoherencia en nuestro sistema jurídico. Ello obligaría a los jueces a elegir una norma u otra, sacrificando un precepto vigente de manera poco predecible.

Los tratados internacionales son originados producto de una negociación donde varios sujetos han expresado intereses y cedido posiciones. Ello podría hacer probable la incorporación de normas amplias abstractas, principios políticamente correctos y reservas específicas. Esto hace más difícil el análisis de constitucionalidad abstracto.⁸³ ¿Cómo se controla la constitucionalidad de un principio sin recurrir a una hipótesis de aplicación? Por lo mismo, es poco factible que se declare la inconstitucionalidad de un tratado internacional. Respecto de los tratados que versan sobre derechos esenciales, esta tarea se hace doblemente difícil. Una contradicción con la Constitución es muy difícil de ver en abstracto. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si el tratado reconoce excepciones no autorizadas por la Carta Fundamental o si se reconocen derechos a ciertos grupos sacrificando intereses de otros (por el principio de igual-

82 Sobre esta materia, véase mi trabajo en Verdugo R., Sergio, "El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo", en 13 *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 57-82.

83 Para Shapiro, aunque no se refiere específicamente a los tratados internacionales sino que a cualquier proyecto en revisión constitucional, los problemas podrían crecer debido a que el "*lenguaje legal es vago e incompleto, de modo que cada uno de los grupos negociadores puede decir que refleja sus preferencias, aunque en sí mismo el lenguaje usado no tenga un compromiso definitivo con ninguna de las posiciones.*" Shapiro, op. cit., 478.

dad). Es poco factible visualizar una eventual inconstitucionalidad en este tipo de normas, si no se sabe cuáles son los efectos que las mismas producirán. Normalmente, la inconstitucionalidad siempre será futura y aplicada; rara vez será de texto. Por lo demás, la doctrina de la deferencia de los tratados, ya citada, fortalece la idea de que, ante la duda, el TC buscará una interpretación conciliable. Pero, ¿será vinculante dicha interpretación?

Debe recordarse que, debido a su especial naturaleza, el control preventivo obligatorio ha sido objeto de varios problemas que han sido denunciados por la doctrina, sobre los cuales no me extenderé mayormente.⁸⁴ ¿Queremos traspasar y fortalecer esos problemas al control de los tratados internacionales? Básicamente, todos esos problemas conducen a una inseguridad jurídica que será difícil de reparar si no existe control represivo. Piénsese, por ejemplo, en el problema del concepto de las LOC (Leyes Orgánicas Constitucionales). Un concepto más amplio implica extender la exigencia del quórum parlamentario y las atribuciones del propio TC; uno más restringido implica una disminución en la exigencia del quórum y de las atribuciones del propio TC. El problema se agrava por eventuales cambios en la doctrina del TC, lo que podría dejar a algunos preceptos con un grave vicio. Esta situación, podría pensarse, no tendría lugar con la propuesta, ya que *todos* los tratados irían al control preventivo.

Lo anterior no es cierto. En efecto, hay que diferenciar entre aquellos tratados que regulan materias propias de preceptos legales y aquellos que regulan materias reglamentarias. Los primeros irán al control y los segundos no. Ello haría necesario que el TC comenzara a distinguir entre unos y otros. En la discusión actual del problema ley-reglamento, ¿está clara la diferenciación? La respuesta es negativa. ¿Queremos entonces extender esta discusión a los tratados internacionales? Obviamente que no. Ello significaría someternos a una jurisprudencia probablemente vacilante, lo que traería más inestabilidad a las relaciones internacionales, debilitando el *argumento internacional*.

⁸⁴ Sobre esta materia, véase entre otros, a Pfeffer Urquiaga, Emilio “Algunos problemas que se derivan del Control Obligatorio de Constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales”, en 1 *Ius Et Praxis*, Año 4, 259-268; Aldunate Lizana, Eduardo, “Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes”, en 1 *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 3, 119-126; Buchheister Rosas, Axel y Soto Velasco, Sebastián, “Criterios para la calificación de normas orgánicas constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en 2 *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, 253-275; Zapata Larráin, Patricio, *Justicia Constitucional* (Editorial Jurídica de Chile), 2008, 432-448.

¿Qué sucedería con aquellos tratados que debieron ir al control preventivo pero que no fueron enviados? Este problema existe hoy respecto de las LOC. Imaginemos que la jurisprudencia es vacilante y que no hay señal clara respecto de qué tipo de tratados corresponde a materias de ley y cuál a materias reglamentarias. Cualquier error (que es probable en ese contexto) significaría la inserción de una norma inconstitucional a lo menos en la forma, que no podría ser reparada mediante un control represivo. Así, habría normas exentas de la justicia constitucional. Esto sería una debilidad evidente para el *argumento constitucional*.

Otro problema propio de los tratados internacionales dice relación con aquellos tratados cuyas cláusulas no son autoejecutables (*non self executive*). Este tipo de tratados han sido sometidos al control preventivo del TC cuando sus normas versan sobre materias propias de LOC, para el ejercicio del control obligatorio.⁸⁵ El TC, sin embargo, se ha negado a ejercer este control señalando que faltan las normas que los hagan ejecutables para que ellos puedan ser considerados.⁸⁶ Esto puede transformarse en un problema ya que, y sin perjuicio de que muchas veces su implementación requiere de acuerdos de ejecución, muchas normas que hacen operativos dichos tratados dicen relación con reglas de derecho interno, que no son necesariamente objeto del control constitucional preventivo. ¿De qué manera el TC examinaría estos tratados en el futuro? Resulta que no son operativos pero están vigentes y, cuando llega su operatividad, no cabe el control represivo. Lo mismo podría decirse si su operatividad dependiera de un tratado que es considerado equivalente a un reglamento de ejecución, ya que los tratados que versan sobre materias reglamentarias no debieran, en principio, ser sometidas al control preventivo obligatorio.⁸⁷ El problema para el *argumento constitucional* se hace evidente en ambos casos.

85 Véase Tribunal Constitucional, rol N° 309-00, sentencia de fecha 4 de agosto de 2000; Tribunal Constitucional, rol N° 383-03, sentencia de fecha 5 de septiembre de 2003; Tribunal Constitucional, rol N° 1483-09, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009; Tribunal Constitucional, rol N° 1504-09, sentencia de fecha 27 de octubre de 2009.

86 Para una crítica a esta práctica del TC, véase Fernandois V., Arturo, *Derecho Constitucional Económico* (Ediciones Universidad Católica de Chile) 2006 (2° edición), Tomo I, 209-210. En síntesis, la crítica consiste, en primer lugar, en que la Constitución no distingue entre normas autoejecutables y no autoejecutables. En segundo lugar, la práctica del TC obedece a una premisa inadmisibles: ve a este tipo de tratados como normas *cuasi jurídicas*, como herramientas políticas y no como leyes vigentes. En tercer lugar, dice el autor, en una opinión que comparto, las normas programáticas pueden resultar inconstitucionales si se infringe la Constitución.

87 Sobre esta materia, puede verse la sesión 80, del Consejo de Estado, de 10 de julio de 1979 en Arancibia *et al*, op. cit. 512-514.

Ya revisadas las condiciones que hacen poco probable la propuesta tratada en este trabajo, y debidamente refutada la misma, se sugiere su rechazo. Ello, por supuesto, no excluye la posibilidad de que en el futuro se realicen otras reformas que colaboren a uniformar la doctrina y a generar, en definitiva, la seguridad jurídica que exigen tanto el *argumento constitucional* como el *argumento internacional*.

V. Conclusiones

1. La discusión relativa a los tratados internacionales generó polémica antes de la reforma constitucional del año 2005. La doctrina se encontraba dividida en muchos puntos importantes que implicaban una incerteza para las relaciones internacionales y para la supremacía constitucional. Este debate se agudizó luego de la reforma constitucional de 2005 y está lejos de llegar a término.

2. La propuesta de la doctrina de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales resulta aparentemente interesante. Ella se ha planteado de manera breve, sin un mayor desarrollo, y ha sido aceptada por numerosos académicos. Ellos la proponen como una solución a los problemas originados en la discusión doctrinaria, con el fin de equilibrar la supremacía de la Constitución con la estabilidad de las relaciones internacionales.

3. Esta idea es inconveniente y poco factible por diversas razones que pueden agruparse como indico.

4. En efecto, hay tres tipos de argumentos contrarios a la misma. Un primer grupo dice relación con las condiciones de factibilidad de ella. Estas hacen muy poco probable su adopción o, a lo menos, significan una disminución en la protección de alguno de los fines que dicha propuesta dice proteger.

5. Un segundo grupo de argumentos se opone a la propuesta debido a las debilidades del control preventivo obligatorio. Uno de los principales es que el mismo no reemplaza el control represivo, por lo que el costo constitucional generado podría ser muy alto.

6. Un tercer grupo de argumentos refuta la propuesta atendiendo a las características propias de los tratados internacionales, las que agravan los problemas a que me referí en el párrafo precedente.