

El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley

Pablo Rodríguez Grez

Decano de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Uno de los problemas jurídicos actuales más relevantes en el orden práctico y teórico consiste en determinar el valor de los tratados internacionales ante la Constitución y la ley. En otras palabras, definir cuál es la jerarquía de un tratado cuando éste se enfrenta a la Carta Fundamental o a la norma legal interna.

Este problema está íntimamente asociado a la existencia y evolución del derecho internacional y a la manera en que el derecho interno recepciona sus diversas fuentes y disposiciones.

Es indudable que en el mundo actual parece estar surgiendo un **derecho supranacional**, fruto del llamado proceso de **"globalización"**. Como quiera que se analicen las tendencias de la comunidad universal, se llegará a la conclusión de que el portentoso desarrollo tecnológico ha provocado un acercamiento entre los diversos Estados, tanto en el plano económico como político, haciendo surgir nuevas concepciones que deberán plasmarse en un futuro no lejano en renovadas normas jurídicas capaces de expresar aquellas tendencias. Como sucede siempre, tan pronto la realidad social –nacional o universal– cambia, arrastra con ella a la regulación jurídica. Todas las transformaciones que se observan en el mundo (tanto materiales como morales) irán haciendo surgir, qué duda cabe, otro derecho, hoy día apenas en pañales. Nadie, creemos nosotros, puede desconocer esta realidad ni las positivas expectativas que se abren.

Sin desatender, insistimos, la importancia de lo manifestado, debemos reconocer, sin embargo, que los ordenamientos jurídicos internos no están concebidos para recepcionar un derecho supranacional de manera uniforme y fluida, puesto que todos ellos, unos más y otros menos, han consagrado normas destinadas a incorporar el derecho internacional sin desmedro o bajo estricta subordinación a la soberanía nacional de cada Estado. Así sucede en Chile. En nuestra legislación constitucional, como principio general, todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso y esta aprobación someterse **"a los trámites de una ley"** (art. 50 N° 1). El carácter legal del tratado internacional queda plenamente confirmado si

se atiende a lo previsto en los incisos segundo y tercero de la misma disposición constitucional, en los cuales se reitera que no está permitido al Presidente de la República dictar normas para el cumplimiento de un tratado internacional cuando éstas traten de materias propias de ley, pero que bien puede el Congreso autorizarlo para dictar disposiciones con fuerza de ley (decretos con fuerza de ley), salvo cuando se trate de materias en que no procede la delegación de facultades legislativas. Por otra parte, nos parece evidente que el Congreso al aprobar un tratado no podría dotarlo sino de fuerza legal, puesto que, siguiéndose los trámites propios de una ley, resultaría absurdo conferirle fuerza constitucional.

A este respecto, conviene recordar lo señalado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 21 de diciembre de 1987, cuando estableció que "las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales", agregando que la prevalencia "de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario".

Finalmente, no existe inconveniente alguno en deducir recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de lo previsto en una norma incorporada a un tratado internacional, precisamente por el principio de supremacía constitucional, que hace prevalecer lo dispuesto en la Carta Fundamental por sobre la ley y el tratado.

Con ocasión de la reforma constitucional de 1989 (Ley de Reforma Constitucional N° 18.825), algunos comentaristas han sostenido que ciertos tratados internacionales (los que versan sobre derechos humanos) tienen la misma jerarquía, o incluso una jerarquía superior a la constitucional.

Nosotros discrepamos abiertamente de esta tesis.

El inciso segundo del artículo 5°, introducido por la referida reforma constitucional, establece: **"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"**.

La disposición transcrita plantea una primera cuestión esencial. ¿Pudo el constituyente “**delegar**” su potestad a fin de facultar al Presidente de la República (art. 32 N° 17) y el Congreso Nacional (art. 50 N° 1) para integrar o modificar la Constitución Política de la República, mediante la suscripción de un tratado y su aprobación siguiendo los trámites de una ley? Si esto fuere posible, se habría alterado sustancialmente toda la estructura jurídica del Estado y desvirtuado el “**poder constituyente**” que conforma la fuente primigenia del Estado de Derecho. Lo anterior nos ha hecho calificar a la Constitución como “**hermética**”, puesto que ella sólo puede modificarse o ampliarse por el “**poder constituyente**” y siguiendo los trámites instituidos en la misma Carta Política para estos efectos.

Es cierto que el **tratado internacional** reconoce dos fuentes paralelas: una de origen **contractual** (acuerdo entre los Estados que lo suscriben) y otra de carácter **legal** (valor interno de ley desde que es aprobado por el Congreso siguiendo los trámites de una ley y es ratificado por el Jefe del Estado). Ahora bien, su infracción, por lo mismo, tiene dos efectos también paralelos. Por una parte, compromete la **responsabilidad internacional** del Estado y, por la otra, faculta a los particulares afectados para reclamar las reparaciones que correspondan por el incumplimiento de una disposición legal. De este doble enfoque, que confluye en el tratado internacional, se sigue la confusión de creer que éste tiene mayor poder vinculante que una ley.

Volviendo al contenido del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, debe reconocerse que en materia de “**derechos humanos**”, el Estado chileno ha asumido el deber de respetar y promover tales derechos, no sólo los garantizados en la propia Constitución, sino también los garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile, siempre que ellos se encuentren vigentes. De lo anterior se sigue que frente al quebrantamiento de los derechos humanos garantizados por la Constitución o por los tratados internacionales, el Estado deberá responder ante sus súbitos y ante los Estados extranjeros con quienes se encuentra contractualmente ligado. Esta responsabilidad surgirá siempre que al Estado le sea imputable la violación de dichos derechos, así ello derive de una infracción (no se respetan los derechos humanos) o de la falta de promoción (no se da a éstos un tratamiento adecuado a su fin).

La cuestión, entonces, no dice relación con el valor de la norma constitucional, sino con la **responsabilidad** que asiste al Estado frente a los particulares (cuando se quebrantan los derechos humanos garantizados) y con la **responsabilidad** que pesa sobre el Estado nacional frente al otro Estado contratante (cuando se quebrantan los derechos garantizados en el trata-

do). La extensión de la responsabilidad del Estado sobre esta materia, incorporada a la Carta Fundamental, ha hecho pensar erradamente a varios comentaristas que la Constitución ha quedado a merced del Presidente y del Congreso, pudiendo ellos, por medio de un simple tratado, alterar su contenido.

Creemos nosotros que en esta materia impera lo que hemos denominado "**hermetismo constitucional**". Este consiste en reconocer que la supremacía que corresponde a las normas de la Carta Fundamental hace imperativo admitir, simultáneamente, que ella no tiene otra fuente que no sea el "**poder constituyente**", definido y caracterizado en la propia Constitución. Por lo mismo, las disposiciones de este cuerpo legal, que es la base de todo el ordenamiento normativo y del cual arrancan su valor jurídico las demás normas y reglas que componen el sistema legal, sólo pueden tener como fuente el ejercicio de la potestad constituyente, la cual es una manifestación esencial e indelegable de la soberanía. Cualquier limitación a las normas constitucionales que no emane de esta potestad carece de toda eficacia jurídica.

Si el mismo problema se analiza a la luz del valor jurídico, se llegará a la necesaria conclusión que es la Constitución la que confiere valor jurídico a las demás fuentes a través de las cuales se manifiesta el derecho. Por lo tanto, es la Constitución la que confiere valor a la ley y el tratado internacional. De aquí que ambos deban ajustar sus prescripciones al mandato constitucional y que ante una eventual contradicción con cualquiera de ellos, prevalezca sin contrapeso la primera.

Tampoco puede desdeñarse el hecho de que en Chile la ley tiene diversas categorías que se expresan en los diferentes requisitos para aprobar, modificar o derogar la respectiva disposición legal. Si un tratado internacional, sujeto a su aprobación en el Congreso a los trámites de una ley, se refiere a materias reguladas en una ley orgánica constitucional o de quórum calificado, debe él, para no trastocar todo el ordenamiento jurídico, contar con las mayorías descritas en la Constitución (cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio y mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio, según se trate de una ley orgánica constitucional o de quórum calificado). Lo señalado revela que el tratado tiene, precisa y justamente, el valor que la propia Constitución atribuye a una ley. Si el tratado se desvinculara de este último efecto, es obvio que las normas particulares sobre la aprobación de una ley no tendrían aplicación en la especie, y este trámite expresaría un requisito genérico, propio y diverso.

Finalmente, el derecho de los tratados, que se manifiesta principalmente

en la Convención de Viena, conduce a la misma conclusión. En efecto, el artículo 27 señala que **“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”**. A su vez, este último dispone que **“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio del consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”**. Agrega la misma norma que **“Una violación es manifiesta, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”**.

La recta interpretación de estas prescripciones no admite error. Si un tratado internacional invade, por la naturaleza y sentido de sus disposiciones, el ámbito constitucional, ello será excusa suficiente para dejar de dar aplicación al tratado, puesto que se trata de una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental (no puede existir norma más fundamental que la Constitución). Los poderes del Estado carecen de **“competencia”** para suscribir y aprobar tratados internacionales sobre materias de carácter constitucional, puesto que ello, como se dijo y lo prescribe la propia Constitución, es atribución exclusiva y excluyente de la potestad constituyente.

De lo manifestado se desprende que, como quiera que se analice, la conclusión será siempre la misma. Los tratados internacionales tienen en Chile la misma fuerza jurídica vinculante de una ley y no se incorporan ni mucho menos modifican la Carta Política Fundamental. La conclusión contraria es consecuencia de confundir la **“responsabilidad”** asumida por el Estado que suscribe y ratifica un tratado internacional, y el ejercicio de la **soberanía**, que, conforme el principio de legalidad, no puede excederse de los límites precisos asignados en la propia Constitución y las leyes.

Sostener que al celebrarse un tratado internacional se limita tanto la potestad constituyente como legislativa posterior, representa un error. El tratado, en el ordenamiento jurídico interno, compromete la responsabilidad de la autoridad y de los particulares de la misma manera que lo hace una norma legal, quedando ella subordinada a las prescripciones constitucionales. Pero esta responsabilidad se extiende en el ámbito contractual propio del derecho internacional, haciendo al Estado reo de la violación del tratado frente al otro Estado contratante o la comunidad internacional en su caso.

Hacia un derecho supranacional

En verdad, tras todas estas discusiones se esconde el propósito de abrir camino a la existencia de un **derecho supranacional**, al cual se subordine el derecho interno de cada Estado. Esta tendencia parece ser el resultado inmediato de lo que hemos llamado el portentoso desarrollo tecnológico que ha desencadenado el proceso de globalización.

No hay duda que el derecho no puede permanecer estático frente a un comercio internacional cada día más intenso, comunicaciones instantáneas entre todos los países, desarrollo de acuerdos de toda índole, incluso políticos, destinados a unificar los esfuerzos en tareas productivas, culturales, científicas, financieras, policiales, etc. Todo revela que el mundo marcha hacia la construcción de un derecho supranacional.

Sin embargo, esta loable intención debe abordarse de modo que todos los Estados en un mismo acto o en actos paralelos vayan limitando su soberanía en función de una **soberanía universal**. La construcción de un derecho supranacional a partir de la renuncia de ciertos Estados, por regla general los más débiles, a su soberanía, puede abrir camino al sojuzgamiento y el sometimiento de unos en beneficio de otros.

Es altamente indicativo de lo que se señala lo ocurrido al General (R) Augusto Pinochet, detenido desde hace más de un año en Londres. Se ha sobrepasado en este lamentable episodio la inmunidad de Estado, la inmunidad diplomática, la jurisdicción de los tribunales chilenos, y se ha admitido toda suerte de irregularidades y estropicios, para sostener la jurisdicción de los tribunales españoles, aun cuando se encuentra establecido que se persigue la responsabilidad por presuntos delitos cometidos por chilenos en contra de nacionales de este Estado y ejecutados en su propio territorio. No obstante ello, se persiste en mantener un proceso de extradición a requerimiento de un juez español con el concurso de las autoridades políticas de esa nacionalidad.

A estos extremos arrastra la construcción de un derecho universal cuando sólo algunos países admiten la tesis de que los tratados internacionales se sobreponen, incluso, en materia de derechos humanos, a sus propias constituciones. Por este camino, bajo el pretexto de lograr un avance en el desarrollo del derecho, sólo se conseguirá el establecimiento de nuevas formas de sometimiento y, muy probablemente, un moderno y más eficaz neocolonialismo.

El anhelo de construir un derecho universal no puede inducirnos al disparate de renunciar a parte sustancial de nuestra soberanía, si no hacen lo

propio simultáneamente los demás Estados, atajando cualquier peligro de que unos se impongan, en nombre del progreso del derecho, a los otros, como ocurre actualmente en un caso que nos concierne directa y dolorosamente.

Un derecho supranacional no puede sino fundarse en la **igualdad irrestricta de todos los Estados** y en una **jurisdicción internacional** que asegure dicha igualdad. Pero es estúpido fundarlo en la diferencia entre Estados poderosos y Estados débiles, o en la extensión de una jurisdicción nacional capaz de juzgar los actos ocurridos en el territorio de otra nación y entre sus propios súbditos. La situación actual, lejos de representar un avance, es expresión de una novedosa modalidad de neocolonialismo repugnante y retrógrada.

Vivimos, sin duda, un momento crucial en la evolución del derecho. Cuando comienza a visualizarse un nuevo orden jurídico, parece acertado resguardar las bases más fundamentales de la igualdad entre los diversos Estados, puesto que sin ellas retrocederemos con el estigma de hacerlo en nombre del progreso. Es esto lo que algunos juristas no quieren o no pueden comprender al aceptar que, al margen de este acuerdo matriz, pueda construirse un derecho supranacional al cual subordinan por entero el derecho interno.

Un derecho universal, unido a una jurisdicción internacional, al menos en los campos más sensibles del progreso humano, constituye una conquista de inestimable valor para el destino de la Humanidad. La renuncia unilateral de la soberanía, como contribución a este propósito, no pasa de ser una aberración política y jurídica imperdonable.

