

Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional*

Sergio Verdugo Ramírez

Profesor-Investigador, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Magister en Derecho Público

P. UNIVERSIDAD CATÓLICA

Resumen: Este trabajo busca reorientar el debate acerca de si procede o no el control constitucional sobre los tratados internacionales. Luego de analizar las principales líneas que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han elaborado, se concluye que el debate no logra escapar de una lógica formalista o literalista, basada en la precisión semántica de expresiones como “precepto legal”, “derechos esenciales” y “suspensión de tratados”. Se propone revitalizar el debate con líneas argumentales inspiradas en los críticos a la doctrina norteamericana de las cuestiones políticas (*political question doctrine*), para defender la idea de que los tratados internacionales no debieran ser sustraídos del control constitucional, especialmente del represivo.

* * *

“La política exterior no exige el uso de casi ninguna de las cualidades que son propias de la democracia, e impone, al contrario, el desarrollo de casi todas las que le faltan. La democracia favorece el acrecentamiento de los recursos interiores del Estado, difunde el bienestar, desarrolla el espíritu público y fortifica el respeto a la ley en las diferentes clases de la sociedad, cosas que no tienen todas ellas sino una influencia indirecta sobre la posición de un pueblo frente a otro. Pero la democracia sólo podría difícilmente coordinar todos los detalles de una gran empresa, resolverse a un proyecto y seguirlo de inmediato obstinadamente a través de los obstáculos [...] Son cualidades que pertenecen más particularmente a un hombre o a una aristocracia”.

Alexis de Tocqueville¹

* Agradezco la colaboración de Natalia Fajardo, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Agradezco también las conversaciones sostenidas con los profesores Patricio Zapata, José Manuel Díaz de Valdés, Pablo Rodríguez, José Francisco García, Camila Boettiger, Raúl Campusano y Paulina Lobos.

Todas las traducciones al español de los textos en inglés fueron efectuadas por el propio autor.

¹ TOCQUEVILLE (1987) pp. 239-240. (La obra original de Alexis de Tocqueville es de 1835).

Introducción

Mucho se ha escrito sobre a si los tratados internacionales deben estar o no sometidos al control constitucional por parte del Tribunal Constitucional (el "TC"). Por una parte encontramos un grupo de autores que, esgrimiendo la estabilidad de las relaciones internacionales, es favorable a que se elimine este control. Este grupo está compuesto por académicos que denominaré "internacionalistas". Por otra parte, existe otro conjunto de autores que, defendiendo la importancia de respetar la supremacía de la Constitución Política de la República (la "CPR"), se muestran partidarios de permitir que el TC ejerza el control constitucional sobre los tratados. A estos autores los denominaré, en general, los "constitucionalistas"².

En este trabajo persigo realizar un diagnóstico del debate. Como se verá, la discusión general ha enfrentado a los autores a defender de manera semántica la manera en que operan determinadas expresiones lingüísticas dentro de la CPR. Así, y en ocasiones confundiendo la norma constitucional con la expresión literal que se encuentra en el texto, que evidentemente no son lo mismo, la doctrina ha hecho grandes y reiterados esfuerzos por precisar si los tratados son o no "preceptos legales" para efectos de la procedencia del recurso de inaplicabilidad³. Asimismo, la doctrina se ha preguntado, por ejemplo, si la inaplicabilidad importa o no una "suspensión" del tratado internacional⁴.

Pese al gran esfuerzo desplegado por una parte significativa de la doctrina, los razonamientos no han abordado con plenitud una perspectiva de análisis sistemática y finalista de nuestro sistema constitucional, y en muchas ocasiones han olvidado elementos de mucha importancia que podrían ser útiles. Como se verá, en muchas ocasiones el formalismo de algunas posiciones ha conducido a generar debates "bizantinos" cuya solución dependerá del significado que ellos decidan entregarle a las palabras. La discrecionalidad del intérprete, en

² Por supuesto, esta clasificación de la doctrina no responde a la especialidad de los profesores que la sostienen. Así, por ejemplo, un especialista en Derecho Constitucional (y no internacional) puede ser considerado un "internacionalista" si defiende la tesis favorable a las relaciones internacionales.

³ De acuerdo al art. 93 N° 6 de la CPR, el recurso de inaplicabilidad procede en contra de "preceptos legales". Por consiguiente, para defender o cuestionar la procedencia de este recurso en contra de una disposición contenida en un tratado internacional, la doctrina se ha esforzado por conceptualizar dichos tratados dentro (o fuera) de la categoría de preceptos legales. Esta misma idea se planteaba con el primitivo recurso de inaplicabilidad contenido en el modificado art. 80 de la CPR de 1980 original.

⁴ Lo anterior tiene relevancia para efectos de lo dispuesto en el art. 54, N° 1, inc. 5° de la CPR, que dispone que las "[D]isposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional". Así, si se cree que los efectos de la inaplicabilidad implican una "suspensión" del tratado, entonces la procedencia de este recurso estaría prohibida. De allí la relevancia de determinar el concepto de "suspensión".

estos casos, impide la formación de consensos doctrinarios y sólo acentúa las diferencias.

Por esta razón, una vez constatado el tipo de debate existente, intentaré reorientar la discusión nacional hacia un camino que permita superar el formalismo, considerando los valores constitucionales relevantes con una visión sistemática de la CPR, tales como el respeto por los derechos constitucionales frente a una interpretación poco deferente con la CPR por parte de jueces internacionales, o la falta al principio de responsabilidad cuando la autoridad negocia, celebra y ejecuta instrumentos internacionales contrarios a la CPR sin verse expuesta a consecuencia alguna.

Para lograr dicho objetivo, esta investigación se basó, en parte, en el debate norteamericano acerca de la doctrina de las cuestiones políticas (*political question doctrine*), que persigue dejar fuera del control constitucional algunos actos específicos, como ocurre con los derivados de las relaciones internacionales. Dicha doctrina, en actual retroceso (y franca desaparición), ha encontrado fuertes críticos que utilizan razones interesantes que podrían ser útiles para el intento de abandonar la discusión semántica que nos tiene atrapados y, de esta manera, avanzar a un nuevo nivel de argumentación. Por esta razón, me centraré en los críticos de esta doctrina.

Se trata, evidentemente, de tradiciones y debates diferentes. Por eso, este trabajo no persigue importar los modelos de control propuestos por los autores, sino que simplemente se propone examinar si las razones que se han invocado para criticar a la doctrina de las cuestiones políticas, son ilustrativas para construir un nuevo marco argumentativo a nivel nacional. Por eso, el debate norteamericano sirve como ejercicio de inspiración, mas no de importación.

Este artículo se divide en dos secciones. En la primera de ellas se analiza de manera crítica la discusión nacional existente. En la segunda sección me referiré a la doctrina norteamericana de las cuestiones políticas, haciendo especial énfasis en las críticas a la misma y procurando examinar la manera en que dichas críticas son útiles para nuestro debate nacional, especialmente para los constitucionalistas. Asimismo, exploraré una nueva línea argumental basada en el carácter democrático de nuestro sistema político.

En definitiva, se concluirá entregando algunas preguntas que constituyen un nuevo marco de trabajo para quienes quieran estudiar una defensa más sofisticada en apoyo de la posición constitucionalista.

Sección I. El debate nacional acerca de la procedencia del control constitucional de los tratados internacionales

1. Breve revisión de la literatura nacional en materia de control de tratados

La doctrina nacional ha sido particularmente generosa en cuanto a la cantidad de trabajos existentes que tratan la relación entre los tratados internacionales y la CPR. Atendidas las reformas constitucionales del año 1989 y del año 2005, durante la vigencia de la CPR de 1980 uno puede advertir la existencia de tres momentos: primero, el que comprende el período 1980-1989; segundo, el período 1989-2005 y, tercero, el período que va desde el 2005 hasta la fecha.

En el período previo a la reforma constitucional de 2005 encontramos un contexto que comprendía, entre otros, los siguientes elementos de análisis: el recurso de inaplicabilidad estaba entregado a la Corte Suprema; se debatía fuertemente acerca de los alcances de la reforma constitucional de 1989 al art. 5° de la CPR⁵. Adicionalmente, la doctrina se ocupó de examinar acerca de si era o no conforme a la CPR el conocido Estatuto de Roma, que instituye la Corte Penal Internacional. La sentencia del TC que declaró su inconstitucionalidad en el ejercicio de su control preventivo el año 2002⁶, derivó en la realización de una reforma constitucional algunos años después⁷.

Dentro de este período se encuentran numerosos trabajos. Algunos tratan específicamente la relación entre los tratados internacionales y la CPR⁸ y otros

⁵ Con esta reforma, se introdujo un inciso 2° al art. 5°, disponiendo que el límite al ejercicio de la soberanía consistente en el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se complementa con la obligación del Estado de "respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Esta modificación dio lugar a la siguiente afirmación: si los tratados reconocen derechos esenciales, y ellos son un límite al ejercicio de la soberanía (lo que incluye el ejercicio de la potestad legislativa e incluso la constituyente), entonces dichos tratados pasan a tener una categoría superior.

⁶ Tribunal Constitucional (2002) Rol 346-2002. Véase además otra sentencia relevante para este período: la sentencia del Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, que se pronuncia sobre el convenio 169 de la OIT. Esta sentencia contiene un test que utiliza el TC en el control de tratados. Dicho test comprende los siguientes pasos de revisión: 1. La gravedad que implica la declaración de inconstitucionalidad de un Tratado; 2. La presunción de constitucionalidad de las cláusulas; 3. Determinar si el Tratado contiene o no cláusulas autoejecutables; 4. La importancia de las cláusulas de salvaguardia propias del Tratado; 5. Si las cláusulas cuestionadas son o no conciliables o compatibles con el derecho nacional; 6. Si existen normas semejantes en el derecho interno; 7. La interpretación que de las cláusulas haga el Presidente de la República, como conductor de las relaciones internacionales.

⁷ 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 CPR 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 (2009) Rol 1415-2009.

⁸ FERNÁNDEZ (1989) (2003); SAENDER (1993); NOGUEIRA (1993) (1996); TRONCOSO y VIAL (1993); CUMPLIDO (1996); BERTELSEN (1996); IRIGOIN (1996); GAETE (1996); PRECHT (1996); INFANTE (1996); RÍOS (1997) (1998); PFEFFER (1997) (2003); CALDERÓN (1999-A) (1999-B); CEA (1999); MO-

son de carácter más general⁹. Dentro de los trabajos especializados, hay que distinguir los que se refieren de manera particular a la modificación del art. 5° de la CPR mediante la reforma constitucional de 1989¹⁰, y otros que tratan de forma especial el problema de la Corte Penal Internacional¹¹. Algunos de estos trabajos van más allá de lo estrictamente jurídico-positivo, tratando la materia desde la perspectiva del fenómeno de la globalización¹².

En cuanto a la discusión relativa a la posibilidad de que se ejerza control constitucional sobre los tratados internacionales, si bien no todos los autores defienden una posición de manera expresa, la mayoría de ellos toma partido. Así, algunos se manifiestan en contra del ejercicio del control constitucional (los internacionalistas)¹³, y otros se muestran a favor (los constitucionalistas)¹⁴.

Por otra parte, esta discusión también fue abordada en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (la "CENC"), la que trató el problema de los tratados internacionales en varias oportunidades¹⁵, proporcionando elementos interesantes para el debate, sin perjuicio de que no entrega respuestas concluyentes. No ocurrió lo mismo con el Consejo de Estado, el que sólo se refiere a la materia de forma accidental y sin mayor profundidad¹⁶.

Si miramos la jurisprudencia constitucional, antes de la reforma de 2005 hubo varias sentencias del TC que aportaron a la discusión relativa de los tratados

HOR y VARAS (2000); RODRÍGUEZ (2000); BRUNA (2000); TRONCOSO (2000); ROJAS (2000); ARAB (2000); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); GAMBOA (2000) (2002); FERNANDOIS (2003); ANDRADE (2003).

⁹ SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 112-130; Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) pp. 126-131; GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005); BENADAVA (2005).

¹⁰ FERNÁNDEZ (1989); CUMPLIDO (1996); INFANTE (1996); RÍOS (1997); ANDRADE (2003).

¹¹ CEA (1999); CALDERÓN (1999-A); BRUNA (2000); MOHOR y VARAS (2000); TRONCOSO (2000); ROJAS (2000); ARAB (2000); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); GAMBOA (2002); FERNANDOIS (2003).

¹² FERNÁNDEZ (1998) (1999) (2003); CEA (1999); AGUILAR (2007).

¹³ Se pronuncian expresamente, entre otros, los siguientes: Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) pp. 126-131; TRONCOSO (2000); GAMBOA (2000); PFEFFER (2003); FERNÁNDEZ (2003). 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 (1993) p. 362. Otros autores que se han pronunciado a favor del control constitucional sobre los tratados son: SAENGER (1993) pp. 661-664; BERTELSEN (1996) p. 219; RÍOS (1997) p. 111; Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251 (excepcionan expresamente los tratados sobre derechos humanos); PFEFFER (1997); RODRÍGUEZ (2000); BRUNA (2000); SILVA BASCUÑÁN (2002) p. 183 (aunque este último autor reconoce que la naturaleza del tratado es diferente a la de la ley); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); FERNANDOIS (2003).

¹⁵ Véanse en las actas de la CENC, 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.

¹⁶ Véanse 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 *et al.* (2008).

internacionales¹⁷, siendo la más importante de ellas la que declara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma¹⁸.

El siguiente momento constitucional de los tratados en nuestro régimen interno comienza con la reforma constitucional de 2005, la que agregó elementos nuevos a la discusión. Ello no significó, no obstante, que lo tratado antes del año 2005 haya perdido vigencia. En efecto, y como veremos, la reforma fortaleció el debate, manteniendo intactos los argumentos primitivos y añadiendo otros que los complementan.

Los trabajos posteriores al 2005 no son tan abundantes como en el período anterior. No obstante, no deja de llamar la atención la polémica desatada y la manera en que ésta se continúa intensificando. La discusión recién está empezando, a raíz de la controvertida sentencia del TC del año 2009, que declara con numerosas 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 mismos¹⁹⁻²⁰.

Respecto de los trabajos escritos en este período hay que distinguir aquellos que tratan la relación entre la CPR y los tratados de manera específica²¹, y aquellos que se refieren a materias más generales relacionadas con el régimen constitucional de los tratados²². Los autores citados se encuentran divididos: algunos están expresamente en contra del control constitucional sobre los tratados internacionales (los internacionalistas)²³, y otros están a favor del control constitucional (los constitucionalistas)²⁴. Nótese que el número de trabajos provenientes de la doctrina constitucionalista ha bajado notoriamente en este período.

¹⁷ Entre muchos otros, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional (1987) Rol 46-1987, Tribunal Constitucional (1999) Rol 288-1999, Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, Tribunal Constitucional (2000) Rol 312-2000, Tribunal Constitucional (2002) Rol 346-2002, Tribunal Constitucional (2003) Rol 383-2003.

¹⁸ Sobre un buen análisis de la jurisprudencia nacional de tribunales pertenecientes al Poder Judicial, véase HENRÍQUEZ (2008).

¹⁹ Tribunal Constitucional (2009) Rol 1288-2008. En el período posterior al año 2005, hay otras sentencias relevantes además de la ya citada. Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional (2008) Rol 834-2007, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1340-2009, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1415-2009, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1483-2009, Tribunal Constitucional (2009) Rol 1504-2009.

²⁰ Sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del TC, véase PEÑA (2008).

²¹ LLANOS (2005); NOGUEIRA (2005) (2007); PEÑA (2006) (2008); CAMPUSANO (2006); HENRÍQUEZ (2007) (2008); RIBERA (2007); CRUZ (2009).

²² CEA (2008); AGUILAR (2007); HENRÍQUEZ (2009); RÍOS (2007); ALDUNATE (2008).

²³ PEÑA (2006) (2008); NOGUEIRA (2005) (2007); CRUZ (2009); HENRÍQUEZ (2007) (2008) (2009). Esta última autora está en contra del control represivo, pero acepta (y propone extender) el control preventivo.

²⁴ Entre ellos, véase el excelente trabajo de RIBERA (2007).

Como puede apreciarse, la literatura existente es muy fecunda. Sin embargo, se observan en ella diversas polémicas que están lejos de solucionarse. Un acuerdo doctrinario es difícil²⁵.

2. Debate acerca de la procedencia del control constitucional sobre los tratados

La discusión nacional respecto a si procede o no el control constitucional sobre los tratados internacionales admite varias aristas relacionadas. Entre ellas, la jerarquía normativa de los mismos y su posición en el ordenamiento jurídico; el valor de los tratados internacionales que reconocen y aseguran derechos esenciales; la responsabilidad internacional del Estado frente a incumplimientos respecto del mismo; las atribuciones del Congreso Nacional en el trámite de su aprobación; las amplias atribuciones del Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado; el concepto constitucional de soberanía; la autoejecutividad de los tratados en el plano interno, entre otros.

Un análisis cabal de todas estas aristas escapa al objetivo de este trabajo. Por ello, me centraré en los aspectos más reiterados por los autores de ambas posiciones. Para ello separaré la discusión en dos momentos: antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005, y después de la entrada en vigencia de dicha reforma²⁶.

2.1. Discusión que comprende el período anterior a la reforma del año 2005

El centro fundamental de la discusión que, como vimos, abarcaba muchas otras aristas relacionadas, decía relación con el rango jerárquico de los tratados internacionales frente a la CPR y a la ley. Para resolver la pregunta acerca de la verdadera jerarquía de los tratados, la doctrina se centró en uno de los requisitos del primitivo (y también del actual) recurso de inaplicabilidad: la existencia de un “precepto legal”. Así, entonces, la discusión se centró en la interpretación de esta expresión, dando origen al problema semántico que persigue dilucidar si los tratados son o no “preceptos legales”. Las posiciones se dividen en constitucionalistas e internacionalistas.

²⁵ Cabe hacer presente que las disposiciones actuales de la CPR que constituyen el régimen constitucional de los tratados internacionales son las siguientes: Arts. 5°, inc. 2°; 24; 32 N° 8, 15 y 19; 40; 43; 54 N° 1; 64; 93 N°s 1 y 3; decimoquinta y vigésimo cuarta transitoria.

²⁶ Sin perjuicio de ello, los trabajos posteriores al año 2005 serán, en algunas oportunidades, igualmente citados en el primer período, debido a que los argumentos dados por los mismos se comunican de manera evidente. De esta manera, en el apartado relativo al contexto posterior al año 2005 sólo trataré los argumentos que se deriven directamente de las modificaciones constitucionales sufridas por la reforma.

2.1.1. Los constitucionalistas

Varios trabajos constitucionalistas asimilaban los tratados internacionales a los “preceptos legales”, justamente con el objeto de que ellos no fueran sustraídos de la justicia constitucional²⁷. Algunos autores internacionalistas, como veremos, critican fuertemente esta tesis²⁸ y otros la relativizan admitiendo la asimilación de los tratados a los preceptos legales sólo si el tratado no versa sobre derechos esenciales, caso en el cual ocuparían una posición diferente²⁹. Otra parte de la doctrina ha defendido la idea de que existe una diferencia entre “ley” y “precepto legal”. En este sentido, el tratado internacional es un “precepto legal” por regular materias de ley, pero no una “ley” en su sentido más estricto. De esta manera, se justificaba la procedencia del recurso de inaplicabilidad³⁰.

Las razones que invocan los constitucionalistas para hacer equivalentes los tratados con los preceptos legales son las siguientes:

i) Ellos se tramitan como una ley³¹⁻³², de acuerdo al primitivo art. 50, N° 1 y actual art. 54, N° 1 de la CPR. Si tienen el mismo procedimiento, dan lugar a una fuente similar.

Así, entre otros aspectos, los tratados internacionales se aprueban con el mismo quórum parlamentario dispuesto para la ley (art. 54, N° 1 de la CPR)³³. Así, se demuestra que si el constituyente les ha entregado a los tratados la misma rigidez que a las leyes, entonces les ha entregado una importancia similar y equivalente.

²⁷ FERNÁNDEZ (1989) p. 818; SAENGER (1993) p. 667; RODRÍGUEZ (2000); MONSÁLVEZ (2002) p. 148. En un sentido similar se pronuncian parcialmente Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251. Véanse otros trabajos citados por SILVA BASCUÑÁN (2002) p. 183, aunque este último autor no comparte plenamente lo dicho. Un trabajo actual que asimila los tratados a los preceptos legales es el de RIBERA (2007) p. 103. La gracia de este último trabajo consiste en que es posterior a la reforma constitucional del año 2005.

²⁸ Entre ellos, destaca PRECHT (1996), quien durante su trabajo la denomina en varias ocasiones como “tesis reduccionista”.

²⁹ Véase, por ejemplo, la posición de CEA (2008) p. 218.

³⁰ PFEFFER (1997) p. 70. Algo parecido plantea RIBERA (2007) p. 106.

³¹ FERNÁNDEZ (1989) p. 818; SAENGER (1993) pp. 661 y 663; Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251; RODRÍGUEZ (2000) p. 47.

³² Cabe hacer presente que este argumento también es utilizado a la inversa: si la CPR ordena que los tratados se tramiten como una ley, es porque los distingue como fuentes diferentes. PFEFFER (2003) p. 472; PRECHT (1996) pp. 389-390. Este argumento cobra mucha fuerza con la reforma constitucional de 2005, como se verá más adelante.

³³ RÍOS (1997) p. 111; RODRÍGUEZ (2000) p. 50. Otro autor sostiene que si los tratados internacionales versan sobre derechos fundamentales, ellos deberían ser aprobados con las mayorías que se requieren para modificar la CPR. CUMPLIDO (1996) p. 258. Discrepando de ello, en una posición minoritaria otro autor dice que todas las normas provenientes de los tratados internacionales deben ser aprobadas con quórum simple, por tratarse de leyes comunes. SAENGER (1993) p. 661.

ii) La intervención de los poderes colegisladores le da fuerza de ley³⁴. No es menor la consideración acerca de la identificación de los titulares de la potestad internacional (el Presidente de la República y el Congreso en su rol de aprobación o control) con los titulares de la potestad legislativa.

iii) Si los tratados no fueran considerados como preceptos legales, los mismos tendrían la capacidad para modificar la CPR³⁵, lo que sólo puede realizarse cumpliendo el procedimiento del capítulo final de la Carta Fundamental³⁶.

iv) El valor jurídico de los tratados internacionales deriva justamente de la CPR, igual que la ley³⁷. Este es un argumento derivado de la jerarquía (con obligatoriedad y validez derivada) que implica la existencia de un sistema normativo basado en la CPR.

v) Los tratados internacionales regulan materias propias de ley³⁸. Si las cosas en Derecho deben definirse de acuerdo a su contenido, independientemente de las formas en que dichos contenidos estén inmersos, entonces hay que atender a las materias de ley para verificar si existe una identificación material entre los tratados y las leyes. Si la respuesta es afirmativa, entonces los tratados son leyes materiales.

vi) La propia Convención de Viena autoriza (aunque excepcionalmente) invocar el Derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional (arts. 27 y 46 de dicha Convención)³⁹.

vii) El Jefe de Estado, encargado de las relaciones internacionales, tiene como primera obligación respetar y hacer que se respete la CPR. De esta manera "[r]esulta inadmisibles pensar que el Presidente de la República pueda negociar, concluir, firmar y ratificar un tratado que sea contrario a la Constitución y a las normas preexistentes contenidas en tratados (...). Más aún si (...) ha jurado o prometido guardar y hacer guardar la Constitución"⁴⁰.

³⁴ RODRÍGUEZ (2000) p. 48.

³⁵ Esto es reconocido por el propio Humberto Nogueira: "El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecida por el propio constituyente (...) distinto del procedimiento del constituyente derivado del Capítulo XIV de la Constitución". VERDUGO *et al.* (2002) p. 126. Por su parte, otros autores reconocen que los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales amplían la CPR. TRONCOSO y VIAL (1993) p. 698.

³⁶ SAENGER (1993) p. 654; RÍOS (1997) p. 111; SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 128; RODRÍGUEZ (2000) pp. 48-49; CRUZ-COKE (2002) p. 142; MONSÁLVEZ (2002) p. 151; ANDRADE (2003) p. 401; PFEFFER (2003) pp. 480-481.

³⁷ SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 129; RODRÍGUEZ (2000) p. 50.

³⁸ FERNÁNDEZ (1989) p. 818.

³⁹ RODRÍGUEZ (2000) p. 51. También se ha dicho que un tratado contrario a la CPR, en realidad, nunca podría significar que el Estado hubiera contraído obligaciones, ya que estas no se habrían producido debido a su vicio de inconstitucionalidad. PFEFFER (1997) p. 70.

⁴⁰ PFEFFER (2003) p. 69.

En conclusión, para esta postura constitucionalista, los preceptos legales son susceptibles de ser controlados mediante el control preventivo y el recurso de inaplicabilidad, por lo que los tratados internacionales quedan bajo el sistema de defensa de la supremacía constitucional.

2.1.2. Los internacionalistas

Por su parte los internacionalistas sostienen una postura contraria a la recién expuesta. Ellos indican que los tratados son fuentes diferentes a los preceptos legales y que su jerarquía es superior o, a lo menos, de naturaleza diversa⁴¹. Las razones invocadas por este grupo de autores internacionalistas son las siguientes:

i) El origen de los tratados es convencional o contractual, en cuanto son acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional Público y su vulneración implica contrariar la buena fe y el *pacta sunt servanda*⁴²⁻⁴³. Así, los tratados son una fuente diferente a la legal, y la consecuencia de su infracción, además de ser especialmente grave, es también diferente. Para esta postura, entonces, mientras la ley es un acto unilateral del Estado, el tratado es un acuerdo entre dos o más sujetos⁴⁴.

El problema de este argumento es que atiende a la naturaleza de la norma para definir su jerarquía, en circunstancias que ello no es necesariamente concluyente. Hay muchas normas de naturaleza diferente a la legal que siguen estando bajo la supremacía de la Constitución, como ocurre con los decretos con fuerza de ley, los reglamentos y los mismos contratos. Además, si se observan las materias que regulan los tratados, podrá apreciarse que ellas muchas veces corresponden al dominio legal, por lo que materialmente no son muy diferentes a la ley.

ii) Las disposiciones de la Convención de Viena prohíben invocar el Derecho interno para infringir compromisos internacionales⁴⁵. Su infracción es sólo excepcional y se justifica en la medida en que la propia Convención lo autoriza. Este argumento será válido en la medida en que le reconozcamos una autoridad especial a la Convención, lo que hace difícil sostenerlo frente a la supremacía constitucional.

⁴¹ CEA (1999) p. 357; GAMBOA (2000) p. 26; ARAB (2000) pp. 34-35; HENRÍQUEZ (2009) p. 51.

⁴² PFEFFER (1997) p. 68; PFEFFER (2003) p. 473; AGUILAR (2007) pp. 268-269; HENRÍQUEZ (2009) p. 53.

⁴³ Cabe hacer presente que este argumento es reconocido y relativizado por el propio RODRÍGUEZ (2000) p. 49.

⁴⁴ NOGUEIRA (1993) p. 887; HENRÍQUEZ (2009) p. 51.

⁴⁵ CEA (1999) p. 357 y CEA (2008) p. 221; FERNÁNDEZ (2003) p. 496; GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) pp. 96-97; AGUILAR (2007) p. 268; ARAB (2000) p. 34; PFEFFER (2003) p. 473

iii) La facultad del Congreso de aprobar o desechar tratados internacionales no es parte de su función legislativa, sino que de sus atribuciones exclusivas⁴⁶. Este razonamiento descansa en el lugar donde se ubica el texto de la regulación constitucional de los tratados.

La debilidad de esta afirmación radica en que la asimilación de los tratados a la ley no debe realizarse procedimentalmente, sino que materialmente. Por eso, es irrelevante la ubicación "geográfica" de la norma dentro del documento que contiene la CPR, ya que lo que importa son las materias objeto de los tratados. Por lo demás, este razonamiento no elimina el hecho de que sea el Congreso la autoridad llamada a aprobar o rechazar un tratado. La función de control del Congreso denota la preocupación del constituyente de que los tratados no sean sometidos a una revisión diferente e independiente del Ejecutivo.

iv) La norma del art. 5° prima por sobre las otras normas de la CPR⁴⁷. Este argumento se fortalece por el hecho de que dicha norma es una base de la institucionalidad; en que contiene límites al ejercicio de la soberanía, restringiendo con ello al propio poder constituyente derivado; y a que trata acerca de los derechos esenciales, que son superiores a cualquier acto estatal, entre otros.

v) Los tratados tienen causales de extinción diferentes a la ley⁴⁸. Así, se justifica que los tratados operen como un sistema normativo paralelo, con sus propias normas de vigencia, lo que se fortalece si se considera el art. 54, N° 1, inc. 5° de la CPR.

Esta tesis puede ser atacada de dos maneras: en primer lugar, no permite superar todos los problemas que plantea el dualismo y, en segundo lugar, el control constitucional no obsta a que existan causales de extinción diferentes.

vi) Como ya se dijo, el hecho que la CPR ordene que los tratados se aprueben siguiendo los trámites de una ley, significa que los distingue como fuentes distintas⁴⁹. Si fueran fuentes equivalentes, no habría sido necesaria una aclaración del constituyente en ese sentido. Este argumento cobra mucha fuerza, como se verá, con la reforma constitucional del año 2005, en tanto se dispone que los tratados se tramitarán "en lo pertinente", de acuerdo al procedimiento de formación de la ley (art. 54, N° 1, inc. 1°). La expresión "en lo pertinente" implica que en lo que sea "impertinente" los tratados se regirán por un sistema diferente.

⁴⁶ SILVA BASCUÑÁN (2002) p. 183.

⁴⁷ CEA (2008) p. 221.

⁴⁸ PRECHT (1996) pp. 390-391.

⁴⁹ PFEFFER (2003) p. 472; PRECHT (1996) pp. 389-390.

vii) Existen trámites de formación que se le aplican a la ley, pero no al tratado, como ocurre con los siguientes: régimen de insistencias, indicaciones, comisiones mixtas, sanción o veto⁵⁰, el tratado siempre es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República,⁵¹ no le rige el sistema de las ideas matrices y no existe obligación de ratificar ante el silencio del Ejecutivo luego de la aprobación del proyecto⁵²⁻⁵³. Todas estas diferencias vienen a demostrar la naturaleza diferente de ambas fuentes.

Este argumento y el anterior son débiles por la siguiente razón: no porque sigan trámites diferentes significa que la fuente tenga un valor jurídico distinto. En efecto, en el caso de los decretos con fuerza de ley, de los decretos leyes, y de las leyes dictadas por la Junta de Gobierno durante el período constitucional regulado en las primitivas disposiciones transitorias, existen normas de tramitación diferente a la legislativa y, sin embargo, todas ellas tienen la fuerza de una ley.

Por otra parte, alguna doctrina internacionalista, o vinculada a este grupo de autores, llega a darle rango constitucional a aquellos tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales⁵⁴, o incluso un rango superior a la CPR⁵⁵. Según el primer subgrupo de internacionalistas, los únicos tratados cuyo valor se podrían asimilar a la ley son aquellos que no tratan acerca de derechos esenciales⁵⁶, ya que la reforma constitucional de 1989 debería haber producido un efecto útil. Sostener lo contrario significaría desconocer que las reformas agregan algo a la CPR⁵⁷. En este sentido, procedería el control constitucional respecto de los otros⁵⁸.

⁵⁰ MOHOR y VARAS (2000) p. 116; PRECHT (1996) p. 389.

⁵¹ PRECHT (1996) p. 388.

⁵² PRECHT (1996) p. 389.

⁵³ Incluso se ha llegado a decir que los tratados internacionales no deben ser promulgados. NOGUEIRA (2005) p. 385.

⁵⁴ Ellos formarían parte de la "Constitución material". Véase NOGUEIRA (1993) p. 887; Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) p. 126. En este sentido, véase IRIGOIN (1996) p. 301-302; TRONCOSO y VIAL (1993) p. 697; Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251-252; ARAB (2000) p. 34-35; BENA-DAVA (2005) p. 88-89; CEA (2008) p. 220-221; GAETE (1996) p. 274-275. Este último autor agrega que las normas relativas al *jus cogens* humanitario son superiores incluso que la CPR.

⁵⁵ AGUILAR (2007) p. 263; CEA (2008) p. 218. Este último autor sólo dice que prima el tratado internacional sobre la CPR cuando el tratado versa sobre derechos esenciales. El resto de los tratados tiene rango de ley. Por otra parte, Miguel Ángel Fernández deja entrever esta posición al sostener que una reforma constitucional es poco factible, "máxime si con ella, como no podría ser de otra manera, tiene que señalarse la superioridad normativa de los tratados internacionales sobre nuestro ordenamiento jurídico interno, incluyendo por cierto la Constitución". FERNÁNDEZ (2003) p. 495 (la cursiva es nuestra). El solo hecho de proponer una reforma así da a entender que nuestra CPR no dice lo anterior o, al menos, no lo regula.

⁵⁶ Entre otros, TRONCOSO y VIAL (1993); IRIGOIN (1996) p. 302; CEA (2008) pp. 218-219.

⁵⁷ Citando a Cecilia Medina, esta visión es explicada por TRONCOSO y VIAL (1993) p. 697.

⁵⁸ Verdugo y Pfeffer en VERDUGO *et al.* (1999) p. 251. Esta parece ser la posición de CEA (2008) pp. 218-219.

El argumento del efecto útil se ha criticado por parte de la doctrina, ya que la reforma igual tiene un sentido: fortalecer y reforzar los límites al ejercicio de la soberanía⁵⁹. Por otra parte, esta tesis implica separar el contenido del tratado para visualizar su verdadero rango: por un lado están las normas que reconocen derechos esenciales y por otro lado hay normas que no. Ello trae muchos inconvenientes, que son denunciados agudamente por Aldunate⁶⁰. ¿Cuáles son los derechos esenciales? ¿Un tratado de libre comercio regula derechos esenciales? (piénsese en la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad) ¿Y uno de extradición? (piénsese en el debido proceso) ¿Y uno sobre derechos del trabajador?

Volviendo a la tesis internacionalista, al no ser considerados “preceptos legales”, los tratados quedan fuera del sistema de defensa de la supremacía constitucional, ya que su concepto no es compatible con el presupuesto del recurso de inaplicabilidad y, por consiguiente, tampoco pueden ser expulsados del sistema jurídico con efectos generales de acuerdo al art. 93 N° 7 de la CPR.

Existe otra parte importante de la doctrina que defiende una tesis intermedia que se aparta del formalismo semántico que se observa en la discusión recién descrita. Esta doctrina tiende a favorecer el control constitucional sobre los tratados reconociendo en estos sus particularidades propias. Según esta posición, si bien los tratados internacionales no son iguales a la ley, ellos no pueden sustraerse de la supremacía constitucional. De esta forma, se ha propuesto que los tratados sobre derechos esenciales están por sobre la ley, pero bajo la CPR. El que mejor explica esta visión es Bertelsen⁶¹, aunque también hay otros autores que han seguido una línea similar⁶². Por esta razón, no obstante que los tratados no pueden asimilarse a las leyes, sí pueden ser objeto del control constitucional⁶³. Esta parece ser lo más coherente con la opinión de la CENC⁶⁴⁻⁶⁵.

⁵⁹ Sobre este punto, véase la completa visión de RÍOS (1997) pp. 102-103. Este autor agrega que el sentido de la reforma es la promoción de los derechos fundamentales. RÍOS (1997) p. 104.

⁶⁰ Véase ALDUNATE (2008) pp. 340-342.

⁶¹ Refiriéndose a las visiones tradicionales (jerarquía constitucional o legal), Bertelsen agrega que “Ni la una ni la otra solución, sino una diversa, que podríamos caracterizar como ‘infra’ y ‘supra’. ‘Infra’, esto es, por debajo de la Constitución, pero ‘supra’, por encima de la legislación y el resto de las normas jurídicas de derecho interno”. BERTELSEN (1996) p. 214.

⁶² SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 124-125; CALDERÓN (1999-B) p. 140; CRUZ-COKE (2002) p. 143; ANDRADE (2003) p. 401

⁶³ BERTELSEN (1996) p. 219.

⁶⁴ En efecto, destaca la propuesta de Alejandro Silva Bascuñán, quien era partidario de incorporar al art. 1° de la CPR una frase que definiera la jerarquía de los tratados internacionales como inferiores a la CPR, pero superiores a la ley. Su propuesta, alabada por Ovalle, Diez, Evans y Ortúzar, fue rechazada por ser muy específica para el art. 1°. Véanse las actas de la CENC, sesión 47, de 20 de junio de 1974.

⁶⁵ También es conteste con la opinión de Philippi, expresada dentro del Consejo de Estado, que es una de las pocas intervenciones relevantes que consta en las actas de dicho Consejo: “(...) canjeadas las ratificaciones, el tratado adquiere, *al menos*, fuerza de ley” (la cursiva es nuestra). Sesión 80, de 10 de julio de 1979, en ARANCIBIA *et al.* (2008) p. 513.

2.1.3. Algo más sobre la discusión entre internacionalistas y constitucionalistas

Como se ha visto, el debate sobre el control constitucional tiene muchas aristas. Una de ellas, además de la jerarquía y de su asimilación a la ley, dice relación con el argumento de la soberanía. En efecto, varios autores constitucionalistas creen que firmar tratados internacionales sobre jurisdicción internacional implica renunciar a una parte de la soberanía nacional, lo que sería inconstitucional⁶⁶. Ello afectaría no sólo la titularidad constitucional del art. 5° en el ejercicio de la soberanía, sino que también negaría el “principio internacional de igualdad entre los Estados”⁶⁷ y el “deber de defensa de la soberanía”⁶⁸. Este argumento es parte de un debate más específico, por cuanto versa acerca de la creación de tribunales internacionales, lo que se corresponde a una especie particular de tratados. Sin perjuicio de ello, vale la pena mencionarlo porque es ilustrativo de la variedad de argumentos que pueden esgrimirse, demostrando que el problema constitucional de los tratados es complejo⁶⁹.

Dentro de este debate relativo a la soberanía, algunos internacionalistas han rechazado este argumento sosteniendo que la jurisdicción internacional actúa de manera subsidiaria⁷⁰, pese a que uno de estos autores internacionalistas reconoce que todos los tribunales internacionales determinan su propia competencia⁷¹.

⁶⁶ MOHOR y VARAS (2000) pp. 105-110 y 113; BRUNA (2000) p. 436; ROJAS (2000) pp. 17-20; CRUZ-COKE (2002) pp. 143-144; FERMANDOIS (2003) p. 476; CRUZ (2009) p. 107.

⁶⁷ FERMANDOIS (2003) pp. 476-482.

⁶⁸ MOHOR y VARAS (2000) p. 117.

⁶⁹ Como una muestra de lo acalorado que podía llegar a ser este debate, algunos opinaban que no ratificar el tratado de la Corte Penal Internacional significaba permitir un “atropello a la soberanía”. CEA (1999) pp. 355 y 360-361. Este autor se refiere, en particular, a la retención de Augusto Pinochet por jurisdicciones extranjeras.

⁷⁰ TRONCOSO (2000) pp. 410-412. Femandois rechazó este argumento en el caso de la Corte Penal Internacional, citando normas del Estatuto de Roma que relativizaban lo señalado. Véase FERMANDOIS (2003) p. 476. Este argumento también es rechazado por ROJAS (2000) pp. 18-19; ARAB (2000) pp. 44-47; MOHOR y VARAS (2000) pp. 105-107.

⁷¹ TRONCOSO (2000) pp. 414-415. En el requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Tratado que aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se argumentó que el Estatuto sometido a la aprobación del Congreso violaba la soberanía jurisdiccional, porque supondría una renuncia a la potestad esencial de administrar justicia que corresponde a todo Estado independiente, permitiendo que un organismo foráneo, calificado como “supranacional”, ejerciera jurisdicción penal directa sobre los nacionales chilenos y dentro del territorio nacional, superponiéndose a la jurisdicción penal interna. Para sustentar el argumento, los requirentes afirmaron que el principio de complementariedad consagrado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional no era efectivo ni constituía un resguardo de la soberanía interna, porque, en su opinión, la competencia de la Corte sería plena y se superpondría a la de los tribunales nacionales, pudiendo ser paralela e incluso contradictoria con ella. Haciéndose cargo del argumento, el Presidente de la República señaló que los requirentes cometían un error al suponer que la complementariedad de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales debiera equivaler a su incompetencia absoluta y total inhibición frente a la actividad jurisdiccional interna de los Estados parte, cualquiera que fuera ésta o como quiera que sea ésta. Tal suposición, se dijo, responde a la falsa idea de que la jurisdicción de la Corte, entendida como poder o facultad de juzgar, es la misma que corresponde y que es propia de las jurisdicciones penales internas de los Estados, desconociendo la especialidad que, por naturaleza y materia, caracteriza a la jurisdicción penal internacional que consagra el Estatuto de Roma.

Otros internacionalistas refutan ese argumento invocando dos razones básicas: por una parte, en que el concepto moderno de soberanía es diferente al concepto clásico, citando para ello el caso europeo⁷²⁻⁷³ y, por otra, en que los tratados internacionales relativos al humanismo y a los derechos fundamentales gozan de un carácter especial. Se razona sobre el art. 5°, inc. 2° de la CPR⁷⁴⁻⁷⁵⁻⁷⁶.

Hay, en la doctrina constitucionalista, críticos de esta visión que sostienen, por un lado, que el concepto de soberanía europeo implicó modificar las Cartas Fundamentales en Europa⁷⁷ y, por otro, que elevar los tratados internacionales a una jerarquía especial no fue la intención del constituyente derivado de 1989⁷⁸⁻⁷⁹.

Otra arista del debate dice relación con el compromiso asumido por Chile en la Convención de Viena. Este problema consiste en que ciertos autores invocan dicha convención para sostener que el Derecho Internacional no puede modificarse por el Derecho interno⁸⁰. Esto es rebatido por cierta doctrina⁸¹, ya que invocar la Convención de Viena para cometer una inconstitucionalidad sería darle a dicha convención "en los hechos, un rango supraconstitucional"⁸². Por lo demás, la propia Convención de Viena (art. 46) admite la posibilidad de que el tratado sea incumplido.

En Derecho Internacional, la infracción de los tratados implica una vulneración también a dicha Convención, lo que origina responsabilidad para el Estado. Como el control constitucional sobre un tratado internacional puede significar su eventual inaplicabilidad o incluso su expulsión del ordenamiento jurídico, puede generar incumplimiento de sus disposiciones por parte del Estado de

⁷² CEA (1999) pp. 354-356. Véase también FERNÁNDEZ (1998); GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) p. 99.

⁷³ En relación a ello, incluso se llega a hablar de una supuesta "internacionalización del Derecho Constitucional". CEA (1999) pp. 354 y 358; AGUILAR (2007) en el título mismo de su obra.

⁷⁴ Debe recordarse que, para algunos, esta disposición regula el "procedimiento de incorporación" por el cual "una norma internacional pasa a formar parte automática del Derecho Interno". GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) p. 96. Ver también PFEFFER (1997) p. 64; GAETE (1996) p. 266; NOGUEIRA (1993) p. 884.

⁷⁵ CEA (1999) pp. 356, 358-359; AGUILAR (2007) p. 269; TRONCOSO (2000) pp. 416-417. Este aspecto de la soberanía es reconocido por SAENGER (1993) p. 664 y por CRUZ-COKE (2002) p. 143, quienes no obstante no llegan a la conclusión de los otros autores citados.

⁷⁶ Muy ilustrativo resulta el ejercicio de Pfeffer, quien separa el estudio de los tratados que no regulan derechos esenciales como categoría diferente. PFEFFER (1997) p. 63.

⁷⁷ BERTELSEN (1996) pp. 212-214; FERNANDOIS (2003) p. 479

⁷⁸ CUMPLIDO (1996) pp. 257-258; RÍOS (1997), pp. 102-103; BRUNA (2000) p. 437.

⁷⁹ Véase también la opinión de FERNÁNDEZ (1989) pp. 818-819, quien indica que la reforma de 1989 al art. 5° de la CPR no alteró en absoluto la relación existente entre el Derecho interno y el Derecho Internacional. En este mismo sentido, véase BERTELSEN (1996) p. 219.

⁸⁰ CEA (1999) p. 357; FERNÁNDEZ (2003) p. 496; PFEFFER (2003) p. 473; AGUILAR (2007) p. 268.

⁸¹ PFEFFER (1997) p. 70; RODRÍGUEZ (2000) p. 57; MONSÁLVEZ (2002) pp. 151-152; RIBERA (2007) p. 114.

⁸² RIBERA (2007) p. 114.

Chile. Ello podría implicar la infracción de la convención respectiva y generar responsabilidad internacional⁸³. Por esto mismo, se ha dicho por los internacionalistas que no procede (o que no es conveniente, que no es lo mismo) el control represivo.

Para los constitucionalistas, sin embargo, este argumento confunde las cosas. En efecto, de la posible existencia de una eventual responsabilidad internacional no se sigue necesariamente que el tratado tenga una jerarquía especial, razón por la cual no puede utilizarse este argumento para excluir dichos tratados de la justicia constitucional⁸⁴. Por lo demás la responsabilidad internacional se genera por causa de haber celebrado y ratificado un tratado inconstitucional, y no por causa del ejercicio del control represivo. Si se celebra y ratifica un tratado internacional inconstitucional, probablemente "el Estado se pueda ver en el difícil trance de renegociar sus obligaciones internacionales o denunciar el tratado, con las consecuencias políticas y la posible responsabilidad internacional en que pueda incurrir"⁸⁵. La responsabilidad internacional deberá hacerse efectiva, razón por la cual lo correcto es que las autoridades cumplan su deber de respetar la CPR y eviten celebrar tratados inconstitucionales⁸⁶.

Para cerrar esta descripción del debate, me parece conveniente recordar el que, considero, es el principal argumento: los tratados internacionales versan sobre materias propias de ley o, incluso, de reglamento, tal como lo reconoce el propio art. 54, N° 1, inc. 4° de la CPR. Así, cuando el Presidente de la República celebra tratados que versan sobre derechos esenciales, en realidad está dictando una norma con fuerza de ley que debe respetar el régimen de reserva legal a que están sometidos los derechos fundamentales. Los derechos ya están protegidos por la CPR, y los tratados cumplen un rol complementario, razón por la cual el tratado no pasa a tener un rango constitucional⁸⁷. No hay que confundir el tratado (infraconstitucional) y los derechos esenciales (de carácter superior)⁸⁸, ya que el primero es sólo un instrumento de reconocimiento o de protección. Se reconoce que "los derechos humanos son una fuente del dere-

⁸³ Entre muchos autores, véase a GAETE (1996) p. 274; PRECHT (1996) p. 395; GAMBOA y FERNÁNDEZ (2005) p. 97; BENADAVA (2005) p. 89; HENRÍQUEZ (2009) pp. 53-55; CRUZ (2009) p. 102.

⁸⁴ RODRÍGUEZ (2000) pp. 49-51.

⁸⁵ RIBERA (2007) p. 102.

⁸⁶ Cabe hacer presente que el TC ha construido una doctrina de deferencia o de presunción de constitucionalidad de los tratados, justamente debido al efecto que puede ocasionar la sentencia de inconstitucionalidad. Véase Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, considerando 3°. No queda muy claro si esta tesis de deferencia especial difiere en algo respecto de la tesis de la deferencia general al legislador que el TC ha elaborado para el ejercicio de la atribución dispuesta en el art. 93, N° 7, de la CPR.

⁸⁷ Véase el testimonio de CUMPLIDO (1996). Este autor, que fue uno de los protagonistas de la reforma constitucional de 1989 que dio vida al nuevo texto del art. 5°, inc. 2° de la CPR, reconoce que "nuestra intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado". CUMPLIDO (1996) p. 258.

⁸⁸ BRUNA (2000) p. 437; MOHOR y VARAS (2000) pp. 114-115.

cho en sí misma y en toda propiedad”⁸⁹. Así, “(...) lo que tiene o tendría rango constitucional son los derechos esenciales contenidos en esos documentos y no el documento mismo, como totalidad”⁹⁰. En síntesis, existe una separación teórica entre el contenido del tratado, esto es, los derechos esenciales que reconoce, y el tratado mismo.

La CPR sólo puede ser modificada si se sigue el procedimiento que en ella se establece⁹¹, aunque un autor replica señalando que la CPR contiene dos sistemas de reforma: el del capítulo final y el del art. 5º, inc. 2º⁹². Lo anterior, para parte de la doctrina, es “inaceptable”⁹³, ya que la única fuente de la Carta Fundamental es el poder constituyente⁹⁴. Yo comparto esta última posición.

2.2. *Discusión del período posterior a la reforma de 2005*

La doctrina había observado la necesidad de modificar el régimen constitucional de los tratados internacionales. En efecto, varios trabajos anteriores al 2005 daban cuenta de esta necesidad⁹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, el debate suscitado con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 2005, de la Ley N° 20.050, había sufrido una especie de suspensión o, a lo menos, de una caída en su intensidad. Sin embargo, producto de las reformas introducidas a la CPR el debate volvió a interesar a actores políticos, académicos y al propio TC.

A continuación, enumeraré las modificaciones introducidas por la reforma de 2005, indicando en cada caso cómo ellas afectan la discusión. Sólo incluiré aquellas modificaciones relevantes para el debate actual⁹⁶.

⁸⁹ AGUILAR (2007) p. 275

⁹⁰ TRONCOSO y VIAL (1993) p. 696.

⁹¹ SAENGER (1993) pp. 655-656; RÍOS (1997) p. 111; RODRÍGUEZ (2000) pp. 48-49; CRUZ-COKE (2002) p. 142; MONSÁLVEZ (2002) pp. 151-152; PFEFFER (2003) pp. 480-481

⁹² NOGUEIRA (1996) p. 353; Nogueira en VERDUGO *et al.* (2002) p. 126. En un sentido parecido se ha dicho que los tratados internacionales pueden modificar e incluso derogar normas de la CPR, por lo que resulta conveniente disponer de un quórum mayor para la aprobación de dichos tratados. TRONCOSO y VIAL (1993) p. 698.

⁹³ SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 128. En este mismo sentido, RÍOS (1997) pp. 110-111; ANDRADE (2003) p. 401.

⁹⁴ RODRÍGUEZ (2000) p. 50

⁹⁵ PRECHT (1996) pp. 396 y 404; FERNÁNDEZ (1998) (1999) (2003); GAMBOA (2000) (2002); MONSÁLVEZ (2002); PFEFFER (2003). Un buen ejemplo de propuestas para superar los problemas denunciados por la doctrina, dice relación con un documento emitido por el TALLER DE ACADÉMICOS (1997), que cito en la bibliografía.

⁹⁶ No incluyo, por lo tanto, la descripción de otras modificaciones que complementan el régimen constitucional de los tratados internacionales. Ellas son: 1.- La obligación del Presidente de la República de informar al Congreso sobre el contenido y alcance del tratado, y de las reservas que pretenda confirmar o formularle. Esto mejora la comunicación entre ambos poderes de Estado, y reafirma que es el Presidente de la República quien lidera los procesos relativos a las relaciones internacionales. 2.- El

i) La precisión de que la aprobación parlamentaria de los tratados internacionales requiere del cumplimiento de los quórum aplicables a las leyes, de conformidad al art. 66. Esto pone punto final a una vieja controversia ya indicada en el apartado precedente⁹⁷, que en todo caso ya había sido precisada por la jurisprudencia del TC⁹⁸. Además, ello deja en evidencia que los tratados regulan (o pueden regular) materias propias de ley, lo que fortalece el argumento constitucionalista que los asimila con los preceptos legales.

ii) Se agrega la expresión “en lo pertinente” a la disposición que establece que los tratados se aprueban conforme a los trámites de una ley⁹⁹. Esto fortalece la idea internacionalista de que ellos son diferentes a las leyes, ya que en lo que no sea “pertinente”, el trámite se someterá a su régimen propio, que es diferente al legislativo. Así, el único trámite de la ley que les resultaría aplicable es el de la aprobación parlamentaria, y no todos los tratados requieren de dicha aprobación. Lo anterior ha llevado a los internacionalistas a afirmar que los tratados internacionales no serían preceptos legales¹⁰⁰.

Para parte de la doctrina, este argumento es “insuficiente”¹⁰¹. Se trata de una razón de tipo procedimental que no atiende a un verdadero concepto material de la ley y del tratado. Por lo demás, y como ya se señaló anteriormente, este argumento internacionalista debe rechazarse, porque existen otras normas de rango legal que se sujetan a procedimientos de aprobación diferentes a los de la ley, y no por eso dejan de ser “preceptos legales” para efectos de la interposición del recurso de inaplicabilidad. Ese es el caso de los decretos con fuerza de ley, de los decretos leyes, y de las leyes dictadas por la Junta de Gobierno durante el período de vigencia del primitivo articulado transitorio de la CPR, todas las cuales versan sobre materias propias de ley en los términos del art. 63 de la CPR. Si se piensa que lo que distingue a una fuente formal del Derecho es la forma en que ellas se generan (y no su contenido), entonces todas estas normas de rango legal quedarían fuera del control constitucional. El costo para el interés constitucionalista es demasiado grande.

Congreso tiene la facultad limitada de sugerir reservas y declaraciones interpretativas. Esto fortalece aparentemente las facultades del Congreso, las que en ningún caso son concluyentes. Por otra parte, se regula el régimen de las reservas. 3.- Se establece y regula la facultad del Presidente de la República para denunciar o retirarse de un tratado. Además, se regulan ciertas normas acerca de la publicidad de ciertos hechos relevantes para la vigencia del tratado. 4.- Se regula la posibilidad de que el Presidente de la República dicte decretos con fuerza de ley derivados de autorizaciones contenidas en tratados internacionales.

⁹⁷ NOGUEIRA (2005) p. 384.

⁹⁸ Véase, en especial, la sentencia del Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000, en su capítulo II de la parte considerativa, considerandos N°s 4 al 19.

⁹⁹ El art. 54, N° 1, inc. 1°, parte final, dispone que “La aprobación de un tratado (...) se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

¹⁰⁰ Esta interpretación es compartida por varios autores. Véase CAMPUSANO (2006) p. 26; PEÑA (2006) p. 5; HENRÍQUEZ (2009) p. 47; CRUZ (2009) p. 99; LLANOS (2005) p. 375; NOGUEIRA (2005) pp. 384-385.

¹⁰¹ RIBERA (2007) p. 106.

iii) La reforma introdujo la afirmación de que no requerirán el trámite de aprobación parlamentaria aquellos tratados que el Presidente de la República dicte en ejercicio de su potestad reglamentaria. Ello refuerza la idea de que los mismos pueden versar sobre materias propias de reglamento, ya sea de ejecución de un tratado (que será materia de ley) o autónomo¹⁰².

Aquí nacen algunas preguntas que seguramente generarán polémica: ¿Ello significa que este tipo de tratados se someten al régimen de los reglamentos? ¿La discusión relativa a la reserva legal y las materias de ley (relación ley-reglamento) presenta un problema en materia de tratados? ¿Cuáles son los tratados que son materia reglamentaria? ¿Pueden estos tratados ser objeto de una acción de nulidad de Derecho Público o de un recurso de protección, como ocurre con los reglamentos? ¿Es necesario que los mismos vayan al trámite de la toma de razón ante la Contraloría General de la República?

Ciertamente, esta modificación fortalece la defensa constitucionalista, que asimila los tratados a las leyes, ya que se somete a los mismos tratados al sistema de competencias propias del dominio legal. En este sistema se dividen materias propias de la potestad reglamentaria y otras propias de la potestad legislativa. Los tratados, en sintonía con la reforma, también forman parte de esta división propia del dominio legal y, por consiguiente, se reconoce que los mismos pueden ser considerados como leyes desde una perspectiva material. Con ello, es preferible dejar de lado la visión procedimental excesivamente formalista de las fuentes del Derecho.

iv) La reforma del año 2005 dispone el “principio de intangibilidad”, por el cual las “disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Esta disposición es la que más polémica desata. Por un lado, para un internacionalista, podría pensarse que no habrá control constitucional represivo sobre los tratados internacionales, ya que ello podría significar que se “derogue” una norma de un tratado (en el caso de la declaración de inconstitucionalidad) o que se “suspenda” un precepto de un tratado (en el caso de la declaración de inaplicabilidad)¹⁰³.

La doctrina reciente del TC, sin embargo, indica que la inaplicabilidad no es una “suspensión”, pero que la inconstitucionalidad sí es una “derogación”¹⁰⁴. En consecuencia, es procedente la inaplicabilidad, pero no la sentencia derogatoria (art. 93 N° 7 de la CPR). No obstante, debe advertirse que este fallo contó con una mayoría relativa susceptible de ser modificada en el futuro.

¹⁰² RIBERA (2007) p. 102.

¹⁰³ PEÑA (2006) pp. 5-6.

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional (2009) Rol 1288-2008. Véanse, en especial, los considerandos 35 al 72.

La tesis del TC, que considero intermedia, no dejó contentos ni a los internacionalistas ni a los constitucionalistas. Por una parte, los internacionalistas¹⁰⁵ podrían quejarse diciendo que la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado puede significar la infracción a una obligación internacional que altera las relaciones supranacionales y puede generar una responsabilidad reprochable al Estado, razón por la cual el TC debió aceptar la norma que venía en el proyecto de la ley orgánica del TC, que impedía la procedencia del control concreto (arts. 47 B y 47 G del proyecto, que finalmente fue declarado inconstitucional por la sentencia).

Por otra parte, los constitucionalistas podrían alegar, entre otras razones, que el control represivo abstracto del art. 93 N° 7 de la CPR también debe proceder, ya que de lo contrario se estaría aceptando la vigencia indefinida de una norma contraria a la CPR.

En apoyo de la tesis constitucionalista, el mandato contenido en el principio de intangibilidad está dirigido al legislador, pero no al TC. Es el legislador quien debe abstenerse de modificar, suspender o derogar una disposición internacional, pero no el TC. Dejar al TC bajo esta norma significa renunciar a una parte de la supremacía de la CPR. Una interpretación sistemática con el art. 6° de la CPR debe conducirnos a entregarle al principio de intangibilidad una posición restringida, en cuanto es una excepción a una base de la institucionalidad.

A mayor abundamiento, el principio de intangibilidad se encuentra establecido a propósito de las “atribuciones exclusivas del Congreso”, como una manera de limitar las mismas, y nada se dice respecto de las atribuciones del TC¹⁰⁶. Hacer extensiva esta norma al TC significaría reducir sus competencias. En este mismo sentido, podría también argumentarse que la “derogación” sólo se produce por la vía legislativa, y jamás por la vía jurisdiccional del TC. En efecto, la inconstitucionalidad es una especie de nulidad de Derecho Público con efectos atenuados¹⁰⁷, o una “abrogación”. Por lo demás, tengo dudas acerca de si la

¹⁰⁵ Los internacionalistas pueden verse representados en el voto disidente de los ministros Juan Colombo, José Luis Cea y Marisol Peña, donde se fundamentaron latamente (entre las páginas 82 y 95 del texto que contiene la sentencia) las razones por las cuales no es procedente el recurso de inaplicabilidad. De manera muy resumida, puedo señalar que este voto disidente se sostuvo en los siguientes fundamentos: 1. Los tratados no son “preceptos legales”, lo que fundamentan en argumentos de autoridad referidos a la jurisprudencia de los tribunales (letras h, i, j) y en argumentos de tipo literalista (letras k y l), algunos de ellos referidos al sentido de la reforma del año 2005, para lo cual se combina el literalismo con algunas intervenciones parlamentarias en la reforma (letras ñ, o, p). 2. La CPR reformada pretende evitar la generación de responsabilidad internacional, para lo cual los disidentes interpretan la CPR de manera conciliatoria con la Convención de Viena (letras q, r, s, t), lo que también apoya en argumentos de autoridad (letras u, v, w, x).

¹⁰⁶ En un sentido similar, se ha dicho que esta disposición “limita, en la práctica, la soberanía legislativa de los poderes colegisladores”. RIBERA (2007) p. 104. Véase también las pp. 111-112.

¹⁰⁷ Al respecto, véase mi opinión en VERDUGO (2008).

inaplicabilidad importa o no una manera de “suspensión”, como ocurre (por ejemplo) en los estados de excepción constitucional.

Además, no hay que olvidar que el hecho de que el constituyente exija como requisito previo a la sentencia derogatoria la existencia de una sentencia de inaplicabilidad anterior, implica una comunicación entre ambos tipos de control. Si la sentencia de inaplicabilidad habilita la procedencia de la sentencia derogatoria de reunirse los demás requisitos (entre ellos, el quórum superior), entonces hay una identificación de ambos controles que sugiere una asimilación argumentativa.

Como puede verse, son muchos los puntos del debate actual. En mi opinión, los tratados no pueden eludir la supremacía constitucional, principio básico de nuestra CPR que no debe ser burlado. Por consiguiente, una interpretación sistemática debe conducir al fortalecimiento de este principio. Puede argumentarse que los tratados internacionales no son equivalentes a las leyes, pero también puede decirse a los interesados en el debate semántico, que ellos contienen “preceptos legales” susceptibles de ser controlados. Lo que interesa es su contenido, y si el mismo consiste en una materia propia del dominio legal (como ocurre con los derechos fundamentales, por la reserva de ley correspondiente) entonces no pueden ser sustraídos de la justicia constitucional. También es posible encontrar otros argumentos adicionales: no pueden restringirse las atribuciones expresas del TC; una norma sin control constitucional equivale a una disposición paralela a la CPR, pero con menos quórum de aprobación; hay una sola vía para modificar la CPR, entre otros.

Lo anterior no significa un menosprecio a la importancia de la responsabilidad internacional en que incurre el Estado de Chile por las infracciones de sus autoridades. Ella debe generarse necesariamente si las autoridades competentes celebran un tratado inconstitucional. No es el ejercicio de las atribuciones del TC lo que generará dicha responsabilidad, sino que el acto de las autoridades que lo celebraron desconociendo e infringiendo su deber de respetar el Estado de Derecho¹⁰⁸. Los internacionalistas podrán alegar que en Derecho Internacional el Estado es uno, y que no se dividen sus poderes para efectos de la responsabilidad internacional. Ello es cierto, pero esa única perspectiva es poco eficaz, ya que implica difuminar la responsabilidad en un ente abstracto sin atender a la causa del problema. Por lo anterior, se hace necesario tener un sistema interno que, sin reemplazar el hecho de que el Estado es uno para efectos internacionales, considere una distribución de responsabilidades asociadas a las causas.

¹⁰⁸ Este deber está expresamente reconocido en la CPR, no sólo en las Bases de la Institucionalidad, sino que también respecto del Presidente de la República, quien, una vez electo, “(...) prestará, ante el Presidente del Senado, juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo de Presidente de la República, conservar la independencia de la Nación, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes (...)” (art. 27, inc. 4° de la CPR).

En este mismo sentido, destaco las palabras de Teodoro Ribera, quien rechaza la idea de que no exista control constitucional: "(...) más vale asumir las consecuencias de un acto inconstitucional, que permanecer en una contravención permanente al Texto Fundamental. (...) es pagar un precio muy alto para cubrir descuidos internacionales"¹⁰⁹. Por supuesto, la falta de predictibilidad de las decisiones de los jueces internacionales en la interpretación de los tratados que contienen principios, derechos fundamentales, normas de textura abierta y conceptos jurídicos indeterminados, sugiere que seamos cuidadosos respecto de qué tratados suscribimos.

3. ¿Control preventivo y obligatorio para todos los tratados? Una idea inconveniente

Un grupo de internacionalistas, preocupados por los efectos negativos que se pueden producir derivados de una declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad por parte del TC respecto de un tratado internacional, han propuesto una salida novedosa: reemplazar el control represivo eventual, de manera que nunca se produzca por un control preventivo obligatorio. Entre estos autores, con mayor o menor profundidad, encontramos la propuesta formulada por un grupo de académicos actuando en conjunto¹¹⁰, y la de algunos profesores adicionales. Ellos son: Humberto Nogueira¹¹¹, Miriam Henríquez¹¹², Miguel Ángel Fernández¹¹³, Aldo Monsálvez¹¹⁴, Fernando Gamboa¹¹⁵, Arturo Femandois¹¹⁶ y Emilio Pfeffer¹¹⁷. Todos ellos, con matices importantes, se muestran favorables al establecimiento de un control obligatorio y preventivo para todos los tratados internacionales.

Con dicha propuesta, los autores pretenden equilibrar los dos bienes que normalmente se encuentran en conflicto: el respeto por la supremacía constitucional y el respeto por el Derecho Internacional. Así, esta propuesta utiliza al mismo tiempo el argumento constitucional (que la CPR es superior a los tratados y, desde luego, ellos se someten a su jerarquía) y el argumento internacional (que el Estado debe respetar sus compromisos internacionales eludiendo la posibilidad de que se genere responsabilidad internacional).

¹⁰⁹ RIBERA (2007) p. 113.

¹¹⁰ Véase TALLER DE ACADÉMICOS (1997) pp. 219 y 223.

¹¹¹ NOGUEIRA (1996) (2005) (2007).

¹¹² HENRÍQUEZ (2007) (2009).

¹¹³ FERNÁNDEZ (2003).

¹¹⁴ MONSÁLVEZ (2002).

¹¹⁵ GAMBOA (2000) (2002).

¹¹⁶ FERNANDOIS (2002). Hago presente que este autor sólo propone el control obligatorio para aquellos tratados internacionales que instituyen tribunales internacionales. Por eso, la participación de este profesor en dicha doctrina es sólo parcial.

¹¹⁷ PFEFFER (2003).

En otro trabajo anterior¹¹⁸, me hago cargo de la propuesta de estos autores, desarrollando las razones que demuestran su inconveniencia. Estas se pueden resumir de la siguiente manera:

En primer lugar, se requiere del cumplimiento de determinadas condiciones para que la propuesta pueda funcionar: debe aceptarse que la CPR es suprema, ya que de lo contrario no tendría sentido someter los tratados al control. Todos los tratados, incluyendo los que reconocen derechos esenciales, deberían someterse a ella para que la propuesta sea coherente. Asimismo, debe derogarse la posibilidad de que el control represivo opere para los tratados, lo que puede realizarse con un cambio jurisprudencial del TC¹¹⁹ o mediante una reforma constitucional. Lo anterior requiere que seamos capaces de identificar y conectar el control preventivo (que es abstracto) con el control represivo (generalmente concreto), porque de lo contrario la propuesta no podría satisfacer el argumento constitucional al dejar muchas situaciones de aplicación concreta fuera de la órbita del control. Ello es especialmente difícil, sobre todo considerando la jurisprudencia del TC que separa los vicios constitucionales abstractos de los vicios concretos, haciendo que el objeto del control represivo sea diferente al objeto del control preventivo.

En segundo lugar, el control preventivo y obligatorio es ineficaz para salvaguardar la supremacía constitucional en su plenitud, razón por la cual no se satisface el argumento constitucional. En este control no hay partes, ni intereses ni argumentos a la vista, por lo que el TC cuenta con poca información. El carácter preventivo del control impide adelantar todos los efectos de la norma y las interpretaciones que tendrán los jueces en el futuro respecto de la misma¹²⁰. Por otra parte, el control preventivo tiene varias anomalías que la doctrina ha detectado, todas las cuales refuerzan la idea de que no conviene extenderlo¹²¹. ¿Queremos extender esos problemas al control de los tratados?

En tercer lugar, el control preventivo es especialmente ineficaz tratándose de tratados internacionales. Los tratados contienen muchas normas cuyo contenido fue redactado producto de una negociación, donde no hay un significado concluyente. Eso hace más difícil la tarea de adelantar los efectos futuros del tratado en la jurisprudencia, especialmente tratándose de jueces internacionales. Asimismo, muchos tratados contienen normas de principios y de derechos cuyo

¹¹⁸ VERDUGO (2010a).

¹¹⁹ Con ello, debiera modificar el criterio que sostuvo en la sentencia del Tribunal Constitucional (2009) Rol 1288-2008.

¹²⁰ Sobre un completo desarrollo de estas ideas, véase VERDUGO (2010b). Además, véase el trabajo de SHAPIRO (1993) y el de BORDALÍ (2005).

¹²¹ Sobre dichas anomalías, véanse en especial los trabajos de ALDUNATE (2005); PFEFFER (1998) y BUCHHEISTER y SOTO (2005). Sobre uno de los problemas del control preventivo, denominado "sello de constitucionalidad", véase mi trabajo en VERDUGO (2009).

contenido no es fácil de precisar. Por otra parte, de aceptarse que los tratados vigentes que fueron declarados constitucionales quedaran fuera del control constitucional, entonces las reformas constitucionales sucesivas no podrían imponerse sobre ellos.

En suma, la propuesta de establecer un control preventivo y obligatorio para todos los tratados internacionales no logra equilibrar los argumentos que dice defender, sin solucionar la posible tensión entre la supremacía constitucional y respeto al Derecho Internacional).

4. Conclusiones acerca del debate nacional en materia de control de tratados

Como puede advertirse, el debate nacional se ha centrado en la interpretación de ciertas expresiones lingüísticas que son estimadas como elementales. Hoy, las más importantes dicen relación con el concepto de "precepto legal", de "suspensión", de "derogación" y de "derechos esenciales". Sin embargo, otras expresiones también han sido objeto de análisis, tales como el sentido de la "soberanía" en nuestra CPR. En muchas oportunidades, estos conceptos se han asociado con la historia de la creación de los textos constitucionales, vinculando al la interpretación originalista con la literalista¹²².

El formalismo semántico se ha combinado con argumentos de tipo procedimental, mediante los cuales se ha intentado decir que un tratado es o no "precepto legal" en la medida en que se tramita como "ley" o no. Este tipo de razonamientos es posible de encontrar tanto en las posiciones de los internacionalistas como en las defensas de los constitucionalistas. El problema de ello es que desconoce el contenido material de los tratados. En otras palabras, si lo que quiere resolverse es la asimilación entre la ley y el tratado, entonces es mejor buscar respuestas en las materias que regulan, y no en las diferencias formales de ambas fuentes.

Sin embargo, lo anterior no es necesario. En efecto, si bien la discusión del contenido material enriquece el argumento, no puede desconocerse que esto se dirige a solucionar el problema del sentido lingüístico de los "preceptos legales". Ello hace muy difícil que se llegue a un consenso en la doctrina, generando una discusión "bizantina" basada en los términos semánticos, y no en los valores relevantes.

¹²² Véanse las críticas a estas dos escuelas de interpretación constitucional en ZAPATA (2008) pp. 179-213, autor que se inclina por la interpretación sistemática y finalista, en una posición que comparto. Además, este autor sugiere la posibilidad de utilizar la tradición del constitucionalismo como elemento de interpretación, lo que me parece muy interesante.

En efecto, los argumentos formalistas frecuentemente se presentan como carentes de valores y principios¹²³. En efecto, la semántica de los textos se intenta interpretar de una manera leal con el correcto lenguaje, muchas veces sin considerar la existencia de otras normas constitucionales que se encuentran en juego. Lo anterior va en contra de una correcta interpretación sistemática y finalista, y acentúa un formalismo que aparece tanto en las posiciones de los internacionalistas como en las de los constitucionalistas. La interpretación sistemática y finalista entrega un camino mucho más rico en el sentido valórico y mucho más completo en cuanto al tipo de razones que permite considerar.

Para ser justos, hay que reconocer que, y sin perjuicio del exceso de formalismo, las posiciones del debate parten considerando dos argumentos que son elementales, que escapan a la lógica formalista, al integrar la tensión entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la CPR. Sin embargo, de toda la literatura citada, nadie se ha hecho cargo de realizar un balance de costos constitucionales entre ambos elementos¹²⁴, razón por la cual la mera declaración de que se defiende un valor u otro no conduce necesariamente a un debate como el que propondré.

Sección II. Reorientando el debate nacional

Ya constatadas las críticas al debate nacional, en esta sección se propondrá una reorientación de la discusión, que permita incorporar elementos relevantes a la misma.

Para ello, tomaré algunos aspectos del debate norteamericano de las cuestiones políticas no justiciables, los que podrán servir de inspiración para enriquecer nuestro debate nacional. En seguida, avanzaré en un tipo de argumentación democrática que puede aportar en un sentido similar.

1. Acerca de las cuestiones políticas no justiciables

En EE.UU. se ha invocado una doctrina denominada “cuestión política no justiciable” (*non justiciable political questions*) para dejar algunos asuntos fuera del control de las Cortes. Si bien se trata de una doctrina que se encuentra en retirada por las imprecisiones a que conduce, su influencia y aplicación ha generado interesantes debates¹²⁵. A través de dicha doctrina, por ejemplo, las

¹²³ A estos razonamientos que se presentan con un aparente vacío de valores y principios los denominaré argumentos neutrales.

¹²⁴ Tal vez Teodoro Ribera es el único que se ha acercado a realizar este balance. Véase RIBERA (2007).

¹²⁵ Sobre un completo análisis de esto, véase BARKOW (2002). Hacemos presente que esta doctrina ha tenido aplicación mucho más allá de las fronteras del Derecho norteamericano. En efecto, puede

Cortes no pueden crear leyes¹²⁶, revisar judicialmente la declaración de guerra¹²⁷ o reconocer Gobiernos extranjeros,¹²⁸ determinar si un territorio se somete a la soberanía del Estado¹²⁹, entre otros¹³⁰. Así, los jueces sólo deben limitarse a resolver casos y controversias producidos bajo la Constitución, las leyes y los tratados y deben abstenerse de intervenir en cuestiones políticas pertenecientes a los otros poderes del Estado¹³¹. De esta manera, la doctrina de las cuestiones políticas impide el ejercicio del control constitucional (*judicial review*), obligando a las Cortes a guardar deferencia con los otros poderes del Estado.

Sin embargo, no ha sido fácil establecer cuáles son los estándares por los cuales las cuestiones políticas dejan de ser justiciables y, por consiguiente, tampoco ha resultado fácil determinar qué decisiones quedarán fuera del control constitucional¹³².

En lo que interesa para efectos de este trabajo, la doctrina de las cuestiones políticas ha sido extendida por cierta jurisprudencia al control constitucional de los tratados internacionales, señalando que ellos no serían justiciables por tratarse de categorías políticas pertenecientes a otro Poder del Estado¹³³⁻¹³⁴.

verse cómo la misma ha influido posiciones relevante en países como Argentina y Perú, por ejemplo. Para ver la discusión en Argentina, puede consultarse a SOLA (2003) pp. 271-302. Para ver la discusión en Perú, puede consultarse a LANDA (2007) pp. 791-814. Aunque con fundamentos diferentes, esta doctrina también ha sido invocada en Gran Bretaña. Véase, por ejemplo, a BARENDT (1998) pp. 143-148, quien expone que los actos del Estado (*act of state*) dirigidos por el Ejecutivo en el campo de las relaciones internacionales quedan fuera del control constitucional, así como también los actos de la Corona para celebrar tratados con otros países o con organizaciones internacionales.

¹²⁶ HENKIN (1976) p. 598.

¹²⁷ Se produjo este problema durante la guerra de Vietnam, donde las Cortes tuvieron que determinar si la declaración de guerra, que había tenido lugar sin aprobación parlamentaria, era o no contraria a la Constitución. Las Cortes, en más de 70 oportunidades, estimaron que la guerra era una cuestión política no justiciable, eludiendo entrar al fondo del asunto. HENKIN (1976) pp. 623-624.

¹²⁸ Véase un listado de los casos relevantes en esta materia en DAMROSCH *et al.* (2001) pp. 178-180.

¹²⁹ Véase el caso *Jones v. United States*, 137 U.S. 202 (1890)

¹³⁰ Véase una lista de cuestiones que han sido consideradas como políticas no justiciables en NAGEL (1989) pp. 644-655.

¹³¹ HENKIN (1976) p. 598. Un autor, en una opinión razonable, sostiene que esta teoría no debiera conducir a la exclusión completa del control constitucional, como lo ha hecho en la práctica, sino que debiera llevarnos a construir estándares de deferencia diferenciados que no excluyan, *a priori*, la procedencia del control constitucional. REDISH (1985) p. 1051.

¹³² En este sentido, BARENDT (1998) p. 144.

¹³³ Como ya lo indiqué, la doctrina de las cuestiones no justiciables no ha sido utilizada exclusivamente en materias internacionales. En efecto, como recuerda Currie, muchos asuntos constitucionales son de gran importancia política, pero han sido resueltos y conocidos por la Corte. Para este autor, las cuestiones no justiciables parecen tener relación con que los jueces no pueden invadir las áreas donde pueden actuar con cierta discrecionalidad. CURRIE (2000) p. 22. Para Sola, en cambio, las cuestiones políticas implican que "[...] los tribunales están llamados a decidir si la Constitución ha otorgado la competencia a otro órgano del gobierno, diferente del Poder Judicial, para que tome una decisión autónoma de la cuestión planteada". SOLA (2006) p. 271. Para Redish, la tesis de las cuestiones políticas implica que las Cortes no aprueban ni rechazan ciertas decisiones de órganos políticos, permitiendo que el proceso político siga su curso. REDISH (1985) p. 1031.

¹³⁴ Para Henkin, sin embargo, muchos casos que se citan como parte de la doctrina de las cuestiones políticas, no son tales. Este autor tiene una interpretación diferente, por la cual ha habido razones dentro

Así, no existe garantía jurisdiccional de que los tratados vayan a respetar o no la Constitución, lo que trae un riesgo evidente en cuanto a su infracción. Cabe señalar, en todo caso, que el control constitucional de cualquier norma inferior a la Carta Fundamental de un Estado no es tampoco una garantía plena de respeto a la supremacía constitucional, en especial tratándose de controles originados en una controversia judicial¹³⁵. Una dura respuesta ha encontrado la tesis de la cuestión política en parte importante de la doctrina, que promueve el control constitucional sin excepciones¹³⁶.

El argumento norteamericano para excluir a los tratados del control es diferente al utilizado en Chile. En efecto, una lógica más formalista en nuestro país ha circunscrito el debate, como ya lo vimos, a definir si los tratados internacionales son o no “preceptos legales”, o bien, normas de naturaleza y jerarquía diferentes a la legal. El debate nacional no ha entrado a examinar el hecho de que el tratado pueda ser una cuestión política que deben decidir otros poderes del Estado que no incluyan a los jueces. Otra diferencia importante dice relación con la tradición de precedente anglosajón que focaliza el debate en el análisis de los criterios establecidos por las Cortes, y no en el texto de la Constitución, como ocurre entre nosotros. En efecto, en Chile la doctrina prefiere trabajar directamente con el texto constitucional, con la Convención de Ginebra, con la ley orgánica del TC y con algunas sentencias constitucionales aisladas. Lo anterior, sumado a otras diferencias importantes, sugieren que un ejercicio de derecho comparado entre el debate chileno (del control de los tratados como “preceptos legales”) y el debate norteamericano (sobre los tratados como cuestiones políticas no justiciables), no sea posible si lo que se busca son soluciones similares.

Sin embargo, lo anterior no significa que el debate norteamericano sea inútil para nosotros. De hecho, entre los autores partícipes de dicho debate, se han levantado voces en contra de que los tratados queden fuera del control constitucional, utilizando diversos tipos de argumentos. Algunas veces dichos argumentos tienen que ver con aspectos propios del sistema norteamericano, pero también otras veces ellos podrían tener cabida en nuestro sistema, lo que

de la Constitución para aceptar ciertos actos del Legislativo o del Ejecutivo, lo que implica excluir la existencia misma de la doctrina de las cuestiones políticas. Véase la interesante tesis de este autor en HENKIN (1976). Véase también una respuesta a Henkin en REDISH (1985) pp. 1033-1039.

¹³⁵ Se ha dicho en EE.UU. que el control de las Cortes sobre los estatutos legales en general no es suficiente para asegurar que la CPR sea obedecida. En efecto, el hecho de que las Cortes sólo puedan operar sobre la base de controversias hace que muchos estatutos queden fuera del control, siendo, en la práctica, inmunes a la defensa judicial de la supremacía constitucional. CURRIE (2000) pp. 19-20. A diferencia de los otros poderes del Estado, los jueces no pueden establecer programas ni agendas políticas para elegir las materias en que intervendrá, ya que todo conocimiento jurisdiccional exige que exista un litigio que se les presente. Así, y recordando las palabras de Hamilton, Barendt asegura que el Judicial es el menos peligroso de los poderes del Estado. BARENDT (1998) p. 148.

¹³⁶ Esta corriente ha sido identificada con el activismo judicial. LANDA (2007) p. 791.

dependerá de la manera en que ellos sean formulados. Se trata de razones novedosas que fundamentan la conveniencia de que los tratados queden sometidos a la revisión de los jueces (en nuestro caso, al TC), debido a lo cual su estudio se torna relevante. Algunas de esas razones de conveniencia podrían tener cabida en nuestra CPR, según examinaré.

En seguida, describiré sintéticamente algunos aspectos relevantes del sistema de control constitucional de los tratados en EE.UU., lo que es importante para entender de qué manera opera la doctrina de las cuestiones políticas respecto de los mismos. Luego, resumiré las principales críticas que se han esbozado desde la doctrina norteamericana a la tesis de los tratados como cuestiones políticas, examinando si las mismas pueden o no servir en nuestro debate nacional como argumentos válidos para someter a dichos tratados al control constitucional.

2. Síntesis del sistema de control constitucional de los tratados en EE.UU.

Se ha discutido si los tratados deben obedecer la Constitución o si ellos también son supremos, debido a que el artículo VI, sección 2 de la Carta Fundamental de los EE.UU. no es claro. Así, por ejemplo, alguna jurisprudencia ha dicho que los tratados no tienen un valor superior que la ley¹³⁷. También, al analizar una ley que entró en vigor con posterioridad a la celebración de un tratado, y que lo contradijo, Henkin explica de qué manera llega a primar la ley citando antigua jurisprudencia¹³⁸. Como lo dice la Constitución, ambos, el tratado y el estatuto legal, son aprobados como la “suprema ley de la tierra” (*supreme law of the land*) y, por lo tanto, debería primar la norma posterior. No es inconstitucional una ley que contradice un tratado y, por consiguiente, la Corte no tiene facultades para declarar que dicha ley viola el tratado. De esta manera, en los hechos, prima la voluntad del Congreso por sobre el instrumento internacional¹³⁹.

Lo anterior debiera conducirnos a pensar que existe entre el Derecho Internacional y la ley interna una relación resuelta. Sin embargo, ello está lejos de ser así. En efecto, debe considerarse que la Corte Suprema nunca ha declarado la inconstitucionalidad de un tratado, y sólo unos pocos han sido sometidos a la revisión judicial¹⁴⁰.

Por otra parte, hay que considerar que la Constitución no impone prohibiciones ni límites al poder del Presidente de la República para celebrar tratados inter-

¹³⁷ *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888).

¹³⁸ HENKIN (1987) pp. 524-526.

¹³⁹ Con estas palabras, Henkin refuta la tesis de Westen. Este profesor sostiene que los tratados internacionales son superiores a la ley interna, pero que la doctrina de la cuestión no justiciable habría impedido a la Corte declarar que dicha ley infringe el tratado.

¹⁴⁰ DAMROSCH *et al.* (2001) p. 197.

nacionales¹⁴¹, al menos no de manera explícita. Por lo anterior cobra especial importancia el poder que puede tener el Senado para aprobar dichos tratados.

Cuando se celebra un tratado internacional, el Senado debe entregar su consentimiento al Presidente antes de que este último ratifique el mismo. Sin embargo, el permiso del Senado no es vinculante para el Presidente, ya que este no está obligado a ratificar. El Senado no puede modificar el tratado, pero sí puede condicionar su apoyo a que se realicen ciertas reservas o enmiendas¹⁴². El Senado también puede interpretar el tratado, interpretación que debe ser respetada por el Presidente, ya que es la que se tuvo a la vista cuando se otorgó el consentimiento parlamentario¹⁴³.

Sin perjuicio de lo anterior, el Presidente después puede denunciar un tratado sin el consentimiento del Senado. Cuando se reclamó por esta causa, la Corte Suprema estimó, en el caso *Goldwater v. Carter*¹⁴⁴, que se trataba de una cuestión política no justiciable, dejando al Presidente, en la práctica, con el poder para denunciar los tratados sin control del Senado. Una minoría evitó utilizar la doctrina de las cuestiones políticas entrando a determinar quién tiene esa competencia: el Presidente. Para ambos votos el Presidente salía victorioso. Sin embargo, con el segundo la Corte resolvía el problema de la competencia ejerciendo control constitucional, mientras que en el primero la Corte eludía el pronunciamiento por la naturaleza política del asunto¹⁴⁵.

Sin embargo, los antecedentes de la doctrina de la cuestión política son anteriores¹⁴⁶ y más generales, no necesariamente relacionados con las relaciones internacionales. Un fallo importante, perteneciente a la denominada "Corte Warren", fue *Baker v. Carr*¹⁴⁷, donde se intentó delimitar el problema de las cuestiones políticas señalando que se trata de materias entregadas a otro poder del Estado, donde no existen estándares judiciales apropiados para el control, donde su enjuiciamiento implicaría faltarle el respeto a los otros poderes del Estado, entre otras (de las cuales me haré cargo en el apartado siguiente). Las reglas jurisprudenciales sentadas en este caso, no obstante, no duraron mucho, ya que la denominada "Corte Burger" hizo que la doctrina de las cuestiones políticas decayera¹⁴⁸.

¹⁴¹ DAMROSCH *et al.* (2001) p. 197.

¹⁴² DAMROSCH *et al.* (2001) p. 195.

¹⁴³ DAMROSCH *et al.* (2001) pp. 195-196. Hay que tener presente que en la práctica esta regla ha sido violada, como los propios autores recuerdan.

¹⁴⁴ 444 U.S. 996 (1979).

¹⁴⁵ Por eso autores como Sola prefieren el voto de minoría. SOLA (2006) p. 284.

¹⁴⁶ En la doctrina se suelen citar fallos del siglo XIX. Véase, por ejemplo, a REDISH (1985) pp. 1035-1036.

¹⁴⁷ 369 U.S. 186 (1962).

¹⁴⁸ Sobre este asunto, véase en especial a NAGEL (1989).

Por otra parte, hay que hacer presente que los tratados internacionales sólo son *law of the land* en la medida en que sean autoejecutables¹⁴⁹. Los tratados que no pueden ser operativos por sí mismos no son considerados Derecho y requieren de un posterior acto del Congreso.

3. Críticas a la doctrina de las cuestiones políticas y defensa del control constitucional sobre los tratados. Acerca de su eventual aplicación a Chile

En este apartado, realizo una sistematización resumida de los contraargumentos que encontré en la doctrina norteamericana revisada para refutar la idea de que los tratados internacionales deben quedar fuera del control constitucional¹⁵⁰. Hago presente que algunos de estos contraargumentos se dirigen contra la doctrina de las cuestiones políticas en general, y no necesariamente contra su aplicación específica a los tratados internacionales. Sin embargo, y como podrá advertirse, su especificación a la discusión relativa a los tratados no resulta difícil¹⁵¹.

i) En primer lugar, desde la sentencia de 1803, recaída en *Marbury v. Madison*¹⁵², las cuestiones constitucionales son consideradas justiciables. Podría decirse que este es el fallo que consolida la supremacía constitucional como una cuestión práctica. Por esta razón, en general las cuestiones constitucionales no podrían ser consideradas como políticas no justiciables. Este argumento le permite a Henkin concluir que, en realidad, no existe una doctrina de cuestiones no justiciables bajo la Constitución^{153 154}.

Este argumento se acerca a quienes invocan nuestro art. 6° de la CPR para incluir a los tratados internacionales bajo la supremacía constitucional. Sin control constitucional sobre los tratados, la supremacía se vuelve, a lo menos parcialmente, letra muerta.

¹⁴⁹ HENKIN (1987) p. 532.

¹⁵⁰ En este trabajo no desarrollo mayormente los argumentos favorables a la doctrina de las cuestiones políticas, pese a que ya sintetice los principales en el apartado anterior. Debe señalarse que, actualmente, la doctrina de las cuestiones políticas está casi desaparecida (sin perjuicio de su utilidad para nosotros, que ya expliqué), no obstante lo cual existen opiniones que piden que las Cortes sean más moderadas y se autorrestringan más. Sobre todos estos temas, véase en especial a BARKOW (2002) pp. 319-335, quien solicita revivir algunos aspectos que estima favorables de la doctrina de la cuestión política.

¹⁵¹ Hago presente que uno de los principales argumentos contrarios a la doctrina de las cuestiones políticas pasa por una interpretación del art. IV de la Constitución de los EE.UU. Este argumento, al estar basado en el texto literal de la Carta Fundamental norteamericana, carece de utilidad para nosotros, razón por la cual lo dejo fuera del análisis. Sobre este argumento, véase entre otros a REDISH (1985) pp. 1040-1043 y a TIGAR (1970) pp. 1160-1162.

¹⁵² 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁵³ HENKIN (1976) p. 600.

¹⁵⁴ Otro autor indica de manera crítica que la doctrina de la cuestión política es incomprensible porque la Corte ha establecido que todas las materias constitucionales tienen aspectos políticos y que la función de la judicatura federal en los casos constitucionales es la educación política. NAGEL (1989) p. 668.

Por lo demás, muchos actos políticos quedan sometidos a la jurisdicción del TC o de otros tribunales. Piénsese por ejemplo en el control a que está sujeta la misma ley. En Chile, sometemos las leyes al control preventivo y represivo del TC. Todos los jueces pueden interpretar las leyes conforme a la CPR, alterando incluso su sentido original si ello fuera necesario para conciliar la misma con los valores y principios constitucionales. Creamos un mecanismo preventivo de control de juridicidad de los actos administrativos a través de la toma de razón, susceptible de ser superado con el decreto de insistencia. Existe una acusación constitucional por actos de autoridades políticas relevantes, donde el Senado actúa como tribunal y la Cámara como ente acusador. Existe la posibilidad de que el TC resuelva una controversia entre el Presidente de la República y el Contralor General cuando éste ha representado un decreto por inconstitucional. Las Cortes de Apelaciones conocen del desafuero parlamentario. El TC conoce de las inhabilidades parlamentarias y determina qué normas se aprueban con qué quórum al interpretar la naturaleza orgánica constitucional de algún proyecto de ley. El TC también conoce de las controversias que se generan dentro del proceso legislativo cuando, por ejemplo, algunos parlamentarios estiman que una indicación presentada por alguno de sus pares ha ido más allá de las ideas matrices del proyecto de ley que se discute. Algunas contiendas de competencia entre autoridades políticas y administrativas y autoridades judiciales son resueltas por el TC, y otras por el Senado. El TC puede llegar a promulgar una ley en su sentencia si es que el Jefe de Estado se negare a hacerlo. En fin, son muchos los casos en que nuestro sistema constitucional contempla situaciones políticas que se someten a la revisión de algún tribunal.

ii) En segundo lugar, la doctrina de las cuestiones políticas permite un escape fácil a aquellos jueces que no tienen la voluntad para enfrentar los desafíos de la usurpación de autoridad por parte del Ejecutivo en materias internacionales¹⁵⁵⁻¹⁵⁶. En las ilustrativas palabras de Redish, la “[...] Corte debe sobrevivir en un mundo político frecuentemente hostil, y la mejor manera de lograr el desafío y simultáneamente mantener su legitimidad es elegir sus batallas”¹⁵⁷.

Este argumento bien podría invocarse en Chile. En efecto, dejar al Ejecutivo sin control constitucional implicaría entregarle la posibilidad de actuar de manera arbitraria o caprichosa, permitiendo que el Presidente de la República comprometa al Estado con alguna agenda ideológica internacional que puede pugnar con nuestra Carta Fundamental.

¹⁵⁵ HENKIN (1987) pp. 529-530.

¹⁵⁶ En palabras de Nagel, quien comenta un fallo de la Corte donde se hizo un listado de categorías de cuestiones políticas, “Una mirada cercana a cada clase de cuestión política revela una moral, un propósito de ser servido por la *non-justiciability*”. NAGEL (1989) p. 646.

¹⁵⁷ REDISH (1985) p. 1032. Esto cobra más peso todavía si los políticos ignoran la opinión de los jueces, ya que en ese caso el “miedo” de los jueces a interferir con cuestiones políticas será más difícil de precisar. REDISH (1985) p. 1053.

El solo control político que implica la aprobación legislativa de los tratados no es garantía para impedir lo anterior, debido a las siguientes razones: en primer lugar, no todos los tratados requieren de aprobación legislativa (caso de tratados que versan sobre materias reglamentarias y caso de los decretos con fuerza de ley autorizados en los propios tratados). En segundo lugar, no está garantizado que los parlamentarios cuenten con la información suficiente que les permita predecir razonablemente las consecuencias y los efectos futuros del tratado. En tercer lugar, es probable que el Jefe de Estado cuente con mayorías que le permitan controlar el Congreso. Así, las minorías no podrían ejercer un control político y sólo les quedaría la alternativa de recurrir al TC. Es importante, por lo tanto, que exista un control posterior.

iii) En tercer lugar, se ha dicho que declarar que un tratado no es justiciable por estar legitimado por un acto del Congreso, permite declarar que cualquier reclamo hecho bajo el tratado no es justiciable¹⁵⁸.

Esta refutación denuncia la existencia de una contradicción argumentativa que se vincula con el párrafo precedente. El Congreso no es garantía de un control político eficaz, y utilizar al Congreso como forma de legitimar un tratado (en EE.UU., recordemos, es el Senado, y no el Congreso) es un argumento que perfectamente podría aplicarse a todos los preceptos legales aprobados por el mismo. De esta manera, este argumento destruye el control constitucional como institución, respondiendo a una concepción ajena que no ha sido muy seguida entre nosotros y que nos lleva a un debate mayor, relacionado con la legitimidad del control constitucional¹⁵⁹. En esta última discusión, deben rescatarse las ideas de Redish, quien sostiene que el carácter no democrático del control constitucional no representativo no es un problema, ya que justamente este persigue restringir la voluntad mayoritaria. Atacar el control constitucional de las cuestiones políticas por esta razón significaría, por lo tanto, atacar a todo el sistema de control constitucional¹⁶⁰. De esta manera, la doctrina de las cuestiones políticas no puede basarse en ese argumento.

iv) En cuarto término, se ha sostenido que las Cortes pueden conocer causas vinculadas con tratados internacionales, y aplicar los mismos como si fueran leyes obligatorias. Por consiguiente, si los casos que se originan bajo los tratados son perfectamente justiciables ¿por qué no lo van a ser los propios tratados?¹⁶¹

¹⁵⁸ HENKIN (1987) p. 530.

¹⁵⁹ Entre nosotros, véase en especial el trabajo de Fernando Atria. Entre sus textos sobre el problema de la legitimidad de la justicia constitucional, destacan, entre otros, ATRIA (1993) y ATRIA (2000). Véase una sólida respuesta en ZAPATA (2008). Este problema ha sido ampliamente abordado por la literatura constitucional de otros países. En especial, véase el trabajo de WALDRON (2006). Sobre una aplicación de este debate al problema de las cuestiones políticas no justiciables, véase, entre otros, a TIGAR (1970) pp. 1141-1152.

¹⁶⁰ REDISH (1985) pp. 1045-1046.

¹⁶¹ HENKIN (1987) p. 531.

Este es un argumento de lógica jurídica que perfectamente podría utilizarse entre nosotros. Los jueces están constitucionalmente convocados a aplicar las leyes (y los tratados). De hecho, no pueden negarse a hacerlo. Sin embargo, la CPR también es una norma que ellos están obligados a aplicar. Entonces, inevitablemente se puede producir lo que el juez Marshall observaba en *Marbury v. Madison* (sentencia ya citada): si hay que solucionar un caso y el juez se enfrenta a dos normas que se contradicen una con otra, entonces el juez se ve en la necesidad de elegir entre una de ellas. En nuestro caso, deberá elegir entre la CPR y el tratado. ¿Cuál debe elegir? En nuestro sistema nacional el juez no puede prescindir de ninguna *a priori*, teniendo dos caminos de solución: o encuentra una interpretación que armonice la norma contenida en el tratado y la norma contenida en la CPR (interpretación conforme a la CPR) o solicita al TC que declare la inaplicabilidad del precepto legal (tratado). En ambos casos la supremacía constitucional debiera salir favorecida.

v) En quinto lugar, se ha dicho que es muy difícil fijar la línea entre los casos en que las Cortes deben guardar mayor deferencia y los otros en que no, lo que genera un enorme problema práctico. Esto abre las puertas a que no tengamos seguridad acerca de si los jueces invocan la doctrina de las cuestiones políticas por otras razones que no se expresan¹⁶².

Este argumento no es, en principio, importable a nuestro sistema nacional (a lo menos para el caso de los tratados, que es el que interesa a esta investigación), ya que, entre nosotros, el debate acerca del control de los tratados tiende a considerar posiciones absolutas: o todos los tratados que regulan materias de ley son preceptos legales para efectos del control represivo, o ninguno lo es. No se han reconocido en nuestra doctrina matices que se asocien con el carácter político del tratado, sin perjuicio de la posición que sólo permite la procedencia del control para los tratados que no versan sobre derechos esenciales.

Lo dicho en el párrafo precedente debe relativizarse, ya que el TC, en materia de tratados internacionales, ha elaborado una doctrina de deferencia especial¹⁶³ que comprende elementos como la presunción de constitucionalidad del tratado, con el imperativo del intérprete de realizar un esfuerzo hermenéutico de encontrar un sentido de la norma objeto de control que sea compatible con la CPR, la separación de poderes del Estado, el respeto entre los mismos y por la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad¹⁶⁴. Dicha doctrina de la

¹⁶² HENKIN (1976) pp. 599-600.

¹⁶³ Esta doctrina parece ser ligeramente diferente de aquella que ha sostenido el TC en sus pronunciamientos abstractos de control represivo de constitucionalidad. Para una buena explicación de dicha doctrina, véase a ZAPATA (2008) pp. 225-247.

¹⁶⁴ Véase, en especial, la sentencia del Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000. En su capítulo I, la parte considerativa de la sentencia explica las razones que fundamentan la doctrina de la deferencia en materia internacional. En particular, el considerando N° 3 expresa un argumento que puede vincularse

deferencia en materia internacional es, sin embargo, diferente a la doctrina de las cuestiones políticas norteamericana, ya que la primera acepta que existan casos (excepcionales) en que se justifique la declaración de inconstitucionalidad, debiendo el mismo TC ponderar los elementos descritos más arriba.

Sin embargo, es muy difícil para el TC deslizar líneas claras que permitan identificar los elementos que él mismo enumeró en la sentencia citada, razón por la cual es posible que esta doctrina de la deferencia encuentre contradictores similares a los críticos norteamericanos.

vi) En sexto lugar, entre nosotros, la doctrina de las cuestiones políticas puede ser considerada compatible con las teorías dualistas, que señalan que el Derecho Internacional regula materias diferentes a las del Derecho Nacional y, por consiguiente, que ambas ramas del Derecho se refieren a ordenamientos jurídicos paralelos y distintos. Si regulan cuestiones distintas, entonces no se contradice el uno con el otro y, por consiguiente, no se justifica el control constitucional. Lo anterior se explica en la falacia elemental de la doctrina de las cuestiones políticas: la separación completa entre lo puramente político (donde se encuentran las relaciones internacionales) y lo puramente jurídico. Si la política está separada del Derecho, entonces no pueden contravenirse, y el Derecho no puede controlarla. Esta es una afirmación imprecisa, imposible de delimitar de manera predecible, y contraria al mismo constitucionalismo, ya que justamente el Derecho Constitucional existe para limitar el poder, y no para separarse de él.

Separar los tratados internacionales del control constitucional significa abrir la puerta a que el encargado de las relaciones internacionales pueda eludir la CPR y que dicha infracción quede sin sanción.

vii) En séptimo lugar, se rechaza uno de los argumentos sostenidos en *Baker v. Carr*, ya citado, por el cual las cuestiones políticas no justiciables se fundamentan en la ausencia de estándares judiciales de control. Este argumento excluye el control constitucional porque considera que este no tiene herramientas para controlar. Lo mismo podría decirse en Chile (erróneamente, por supuesto) en materia internacional, ya que no existen estándares específicos para el control de los tratados internacionales.

con el argumento de los internacionalistas relativo a la estabilidad de las relaciones internacionales: "Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución".

Este argumento es falso: como dice Redish, "[...] cualquier disposición de la Constitución puede nutrirse con estándares interpretativos de trabajo. Para estar seguro, esos estándares usualmente no provendrán ni del lenguaje ni de la historia de la norma, pero ese hecho no distingue entre los muchos estándares judiciales invocados cada día. Si nos tomáramos en serio el argumento de la ausencia de estándares, entonces estaríamos probando mucho más de lo que casi todos nosotros hemos intentado, ya que una porción sustancial de formas de revisión judicial [control constitucional] es susceptible de la misma crítica"¹⁶⁵.

Entre nosotros, el argumento se puede contestar así: es posible que encontremos estándares de revisión en la propia CPR, ya que si ellos no existieran, entonces no sería posible el control judicial. Este problema ocurre en muchas áreas y, sin embargo, igual hay justicia constitucional. Es posible hacer esfuerzos sistemáticos para encontrar esos estándares, como efectivamente lo ha hecho el TC cuando ha declarado, por ejemplo, que el Estatuto de Roma era inconstitucional. En ese caso, el TC recurrió a argumentos derivados de la soberanía y del estatuto constitucional de los tribunales¹⁶⁶. Por supuesto, pueden existir casos en que la CPR no se pronuncia de ninguna manera, y en esos casos el control constitucional procederá para verificar que ella no sea vulnerada, aun cuando no exista la posibilidad de que se declare inconstitucional¹⁶⁷. Los estándares de revisión existen, por lo que el control de los tratados es útil.

viii) En octavo lugar, si comparamos el costo de que el control judicial de la constitucionalidad invada el proceso político (como ocurre cuando declara inconstitucional un tratado generando responsabilidad internacional) con el costo de que el control fracase dejando sin protección a los derechos constitucionales y dando rienda suelta al poder político, parece ser que la balanza se inclina por el último¹⁶⁸.

Entre nosotros, la concepción de la primacía de la persona que contiene nuestra CPR, junto con valores como la dignidad, la servicialidad y la soberanía limitada, llevan a inclinarse por la alternativa que pueda proteger de mejor manera a la persona. Parece ser que, en el problema que intento resolver en este trabajo, el control constitucional entrega una garantía para hacer primar los derechos constitucionales en contra de tratados internacionales que los puedan vulnerar¹⁶⁹. En consecuencia, debiera optarse por una alternativa que no deje a las

¹⁶⁵ REDISH (1985) p. 1047.

¹⁶⁶ Véase el fallo del Tribunal Constitucional (2002) Rol 346-2002.

¹⁶⁷ En EE.UU. se pone el ejemplo de la facultad presidencial para reconocer gobiernos extranjeros, cuestión no regulada en la Constitución. Véase una crítica en REDISH (1985) p. 1048.

¹⁶⁸ En este sentido, Redish compara el peso de los "males" y se inclina por los derechos constitucionales. REDISH (1985) pp. 1049-1050.

¹⁶⁹ Piénsese, por ejemplo, en la discusión que se viene con la aplicación del Convenio 169, de la OIT, donde varios derechos fundamentales se ven en riesgo. Véase la sentencia del TC en el control preventivo del mismo, Tribunal Constitucional (2000) Rol 309-2000.

personas en la indefensión en contra de los instrumentos internacionales que los pudieran afectar.

4. Un argumento democrático adicional a favor del control represivo de los tratados internacionales

Sostener que los tratados quedan fuera del control constitucional porque hay que impedir la responsabilidad internacional del Estado, implica sostener también que el legislador no puede contradecir lo dispuesto en un tratado o, en términos más prácticos, por lo que los jueces internacionales disponen al interpretarlo. De esta manera, los jueces internacionales podrían volverse más poderosos que nuestro TC y que nuestro legislador nacional para ciertas materias específicas. La reforma del año 2005 impide al legislador modificar los tratados, ya que ellos sólo pueden ser modificados por las vías internacionales. Sin embargo, no dice nada respecto de la posibilidad de que se dicten leyes que contradigan los tratados.

Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso hipotético: un tratado internacional sobre derechos humanos que reconoce y protege al mismo tiempo la libertad, la intimidad y el derecho a la vida. No dice nada, a lo menos expresamente, sobre el aborto. Entonces un juez internacional interpreta estos derechos señalando que el aborto es una manifestación de la libertad y la intimidad, y que no se opone a la vida porque el no nacido no es una persona protegida por el tratado¹⁷⁰. Así, nuestra legislación interna sería ilícita en la perspectiva internacional, y deberíamos modificarla para impedir que nazca la responsabilidad del Estado.

En el ejemplo, la interpretación del juez internacional no es previsible, razón por la cual cualquier control constitucional preventivo fracasará, y ella infringe nuestra CPR (o lo que el TC ha entendido que dice nuestra CPR¹⁷¹) y nuestras leyes que castigan el aborto. De esta manera, el tratado vino a modificar nuestro régimen interno sin que nosotros lo supiéramos y sin que el Congreso pudiera predecir lo que sucedería. En este ejemplo, resulta evidente que el control preventivo del TC resultó un fracaso, al igual que el control político del Congreso.

Lo anterior trae un costo importante para nuestra comunidad política y para nuestra democracia. ¿Hay, entonces, alguna manera de defendernos en contra de este tratado?

¹⁷⁰ Este no es un caso de laboratorio. De hecho, de una manera similar se reconoció el derecho a abortar en EE.UU. Véase el caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, la doctrina recogida en la famosa sentencia relativa a la píldora del día después. Tribunal Constitucional (2008) Rol 740-2007.

El control constitucional represivo y la dictación de una ley modificatoria parecen ser las únicas vías (sin perjuicio de la denuncia del tratado, por supuesto). ¿Traen estas vías responsabilidad internacional? Puede ser. Es lo más probable. Pero ¿debemos por esa razón renunciar a nuestra facultad para gobernarlos democráticamente y renunciar también a tomar las decisiones morales y políticas más relevantes dentro de los canales que hemos previsto en nuestra CPR? El costo de impedir la responsabilidad internacional parece muy alto. Es por esto que la norma contenida en el art. 4° de la CPR, que reconoce que Chile es una república democrática, puede iluminar una interpretación correcta del problema.

Otra arista interesante de explorar, también relacionada con el argumento democrático recién descrito, se vincula con el principio constitucional de la responsabilidad de la autoridad (arts. 6° y 7° de la CPR, entre otros). En este sentido, nuestro diseño institucional tiene un defecto: la infracción a la CPR por celebrar tratados internacionales no trae como consecuencia una responsabilidad efectiva que disuada al gobernante de celebrar tratados contrarios a la CPR. Evidentemente que la acusación constitucional en contra del Jefe de Estado y/o en contra del Ministro de Relaciones Exteriores es una posibilidad en la teoría, pero parece ser poco probable que dicha posibilidad sea exitosa¹⁷², sobre todo cuando se considera que el mandato presidencial es de cuatro años, período aparentemente muy breve como para entender bien cuáles son los efectos de los tratados internacionales que se hayan celebrado. Entonces, la autoridad puede negociar tratados contrarios a la CPR sin someterse a ninguna consecuencia y sin pagar ningún costo por ese acto ilícito.

De esta manera no existe ningún estímulo o incentivo para que la autoridad adecúe las negociaciones internacionales a Derecho, en circunstancias que, desde la perspectiva internacional, puede que la misma autoridad esté recibiendo otros beneficios (como la aceptación de un determinado grupo de interés a nivel internacional, por ejemplo). La posibilidad de que exista control constitucional del acto ilícito no soluciona el problema, ya que la autoridad sigue teniendo incentivos para actuar de manera ilícita. Sin embargo, a lo menos, el control constitucional del tratado internacional podría permitir la disminución de los beneficios probables que recibirá dicha autoridad, ya que su acto no será del todo efectivo.

¹⁷² Recordemos también que no existe la posibilidad de interponer acusación constitucional en contra de los parlamentarios, quienes también formaron parte del proceso de elaboración del tratado internacional, a lo menos en su etapa de aprobación. Lo mismo sucede respecto de los ministros del TC, que no pueden ser acusados constitucionalmente, en circunstancias que participaron del control obligatorio o eventual antes de que el tratado entrara en vigor.

5. La propuesta de este trabajo

En este trabajo propongo revisar el tipo de razonamientos entregados en la sección I para avanzar a un nivel de discusión que considere el tipo de argumentación que hemos visto en los apartados anteriores de esta sección.

Así, estaremos en condiciones de ponderar si la ausencia de control constitucional implica un costo para nuestra organización democrática y para nuestra comunidad política. El nuevo modelo argumentativo debe dirigirse a contestar las siguientes preguntas, todas derivadas de las consideraciones realizadas en los apartados precedentes: ¿Debe el control constitucional ser superior al control internacional? ¿Puede el control judicial internacional interpretar los tratados creando nuevas posiciones vinculantes para nuestra comunidad política? ¿Queremos entregar a jueces internacionales la decisión de materias relevantes para nuestra organización social y moral? ¿Estamos dispuestos a asumir ese costo a cambio del beneficio de mantener nuestras relaciones internacionales en buenas condiciones? Y, antes que eso ¿Es necesario asumir dicho costo para cumplir el objetivo de tener relaciones internacionales saludables? ¿No existe, acaso, una alternativa mejor? ¿La autoridad competente tiene poderes ilimitados para celebrar tratados internacionales? ¿Qué tipo de responsabilidad asumirán las autoridades que celebren tratados contrarios a la CPR? ¿Qué mecanismos existen para hacerlos valer? ¿Qué nivel de predictibilidad existe respecto de la jurisprudencia internacional futura?

Las críticas a la doctrina de las cuestiones políticas pueden colaborar con directrices que apunten a responder las interrogantes mencionadas, en la medida en que permiten visualizar el hecho de que la renuncia al control del respeto por la supremacía constitucional implica renunciar también a la idea de que los jueces (el TC, en nuestro caso) puedan proteger los derechos constitucionales y el diseño institucional en que ellos se insertan. Así, existen, por ejemplo, principios constitucionales que están en juego, como ocurre con el principio de la separación de poderes y con el principio de responsabilidad de la autoridad, entre otros. Esos jueces internos han sido designados por las vías diseñadas por nuestro constituyente, y están sometidos al régimen establecido por nuestras autoridades representativas. No ocurre lo mismo con los jueces internacionales.

Conclusiones

1. El control constitucional represivo de los tratados internacionales está cuestionado por la doctrina internacionalista, mientras que es defendido por un grupo de constitucionalistas que pretenden hacer primar la supremacía de la CPR por sobre otras consideraciones.

2. El debate entre internacionalistas y constitucionalistas ha sido muy fecundo en cuanto a la cantidad de publicaciones que defienden una posición o la otra. Asimismo, este debate ha impactado en la jurisprudencia de los tribunales y en el TC, el que ha tenido que tomar posiciones relevantes para el mismo en diversas oportunidades. Entre ellas, se destaca la sentencia donde el TC controla la modificación a su propia ley orgánica, ya citada, donde se asume una posición intermedia que no satisface completamente la defensa internacionalista ni la constitucionalista.

3. Sin embargo, y pese a la cantidad de publicaciones y pronunciamientos jurisdiccionales, el debate nacional no ha sido capaz de escapar a una lógica formalista preocupada por el sentido lingüístico de las expresiones que utiliza la CPR. Ello empobrece la discusión, ya que tiende a presentar argumentos neutros, quitándoles importancia a los valores y principios relevantes en juego.

4. Con el objeto de reorientar el debate, y agregar esos valores y principios relevantes, se propone estudiar las críticas que se han elaborado en la doctrina norteamericana en contra de la tesis de las cuestiones políticas no justiciables (que ya está en retirada). Muchas de dichas críticas podrían tener algún asidero entre nosotros si se dimensiona bien cuál sería su impacto. Para ello, es necesario avanzar en la aceptación de la interpretación sistemática y finalista, dejando de lado el excesivo literalismo u originalismo que se ha observado en la discusión nacional.

5. Conforme a lo anterior, se pueden abrir puertas a un modelo argumentativo más rico, basado en las consecuencias que trae asumir una posición u otra, especialmente tratándose del respeto a los derechos constitucionales. Junto a ello, se propone mirar el sistema democrático constitucional como una manera de proteger a la comunidad política nacional en contra de eventuales ataques de la jurisprudencia internacional interpretando tratados en un sentido impredecible por parte de jueces que no gozan de la misma legitimidad democrática interna. Este tipo de consideraciones, en general, tienden a fortalecer la posición constitucionalista, a la cual suscribo.

Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2007): "La internalización del Derecho Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 223-281.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing) 439 pp.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005): "Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes", en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1: pp. 119-126.

ANDRADE GEYWITZ, Carlos (2003): "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 *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1: pp. 375-401.

ANDRADE GEYWITZ, Carlos (1993): "Proposiciones del grupo de estudios constitucionales sobre el Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 361-365.

ARAB NESSRALLAH, Juan, (2000): "Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 33-54.

ATRIA, Fernando (2000): "Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha", en *Estudios Públicos*, N° 79: pp. 347-402.

ATRIA, Fernando (1993): "Tribunal Constitucional y Objeción Democrática", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 367-378.

BARKOW, Rachel E. (2002): "More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy", en *Columbia Law Review*, Vol. 102 N° 2: pp. 237-336.

BARENDT, Eric (1998): *An Introduction to Constitutional Law* (New York, Oxford University Press) 189 pp.

BENADAVA, Santiago (2004): *Derecho Internacional Público* (8ª edición, Santiago, LexisNexis) 411 pp.

BERTELSEN REPETTO, Raúl (1996): "Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 211-222.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2005): "Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva* (Santiago, LexisNexis) pp. 213-254.

BRUNA, Guillermo (2000): "Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2: pp. 435-438.

BUCHHEISTER ROSAS, Axel, y SOTO VELASCO, Sebastián (2005): "Criterios para la calificación de normas orgánico-constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32 N° 2: pp. 253-275.

CALDERÓN VARGAS, Mario (1999a): "Antecedentes históricos y normas básicas del proyecto de Tribunal Penal Internacional", en *Temas de Derecho*, Año XIV N°s 1 y 2: pp. 77-86.

CALDERÓN VARGAS, Mario (1999b): "Los tratados internacionales sobre protección de la persona humana, su jerarquía interna y externa", en *Temas de Derecho*, Año XIV N°s 1 y 2: pp. 135-141.

CAMPUSANO, Raúl (2006): "Tratados y el Derecho Internacional en la reforma constitucional de 2005", en *Actualidad Jurídica*, Año VII N° 13: pp. 25-41.

CEA EGAÑA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo I.

CEA EGAÑA, José Luis (1999): "Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 5 N° 2: pp. 353-361.

CRUZ FUENZALIDA, Francisco (2009): "El régimen de tratados internacionales promovido por la reforma constitucional 2005, alcances y desafíos", en *Diplomacia*, N° 121: pp. 97-108.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2002): "Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 137-145.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1996): "Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 255-258.

CURRIE, David P. (2000): *The Constitution of the United States. A primer for the People* (Chicago, The University of Chicago Press) 165 p.

DAMROSCH, Lori F.; HENKIN, Luis; PUGH, Richard Crawford; SCHACHTER, Oscar; SMIT, Hans (2001): *International Law. Cases and Materials* (4ª edición, St. Paul, West Group) 1678 pp.

FERMANDOIS, Arturo (2003): "El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 3: pp. 471-489.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2003): "Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales", en *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1: pp. 485-511.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1999): "Consecuencias de la integración en la institucionalidad vigente en Chile", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. X: pp. 103-109.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1998): "Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1: pp.45-50.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1989): "La reforma al artículo 5° de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 3: pp. 809-825.

GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto (1996): "Derecho Internacional y Derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos Humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 259-275.

GAMBOA, Fernando, y FERNÁNDEZ, Macarena (2005): *Tratado de Derecho Internacional Público y Derecho de Integración* (Santiago, LexisNexis) 764 pp.

GAMBOA SERAZZI, Fernando (2002): "El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 155-160.

GAMBOA SERAZZI, Fernando (2000): "Derecho Internacional y Derecho Interno", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 23-31.

HENKIN, Louis (1987): "Lexical Priority or Political Question: a Response", en *Harvard Law Review*, Vol. 101 N° 2: pp. 524-533.

HENKIN, Louis (1979): "Is there a Political Question Doctrine?", en *The Yale Law Journal*, Vol. 85 N° 5: pp. 597-625.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2009): *Las fuentes formales del Derecho* (Santiago, Legal Publishing) 114 pp.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2008): "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 2: pp. 73-119.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2007): "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 119-126.

INFANTE CAFFI, María Teresa (1996): "Los tratados en el Derecho Interno Chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 277-297.

IRIGOIN BARRENNE, Jeannette (1996): "La Convención Americana de derechos humanos como Derecho Interno Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 299-307.

LANDA ARROYO, César (2007): *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (3ª edición, Lima, Palestra Editores) 1005 pp.

LLANOS MANSILLA, Hugo (2005): "Los tratados y la reforma constitucional", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 345-379.

MOHOR, Salvador, y VARAS, Paulino (2000): "Corte Penal Internacional: Evaluación crítica y cuestiones constitucionales", en *Temas de Derecho*, Año XV N° 1 y 2: pp. 97-124.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo (2002): "Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 147-154.

NAGEL, Robert F (1989): "Politik Law, Legalistic Politics: A Recent History of the Political Question Doctrine", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 56 N° 2: pp. 643-669.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007): "Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 59-88.

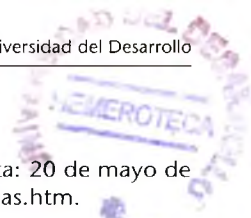
NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia) pp. 381-403.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1996): "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 341-380.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1993): "Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 881-895.

PEÑA TORRES, Marisol (2008): "La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno", en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1: pp. 205-222.

PEÑA TORRES, Marisol (2006): "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 (online) [fecha de consulta: 20 de mayo de 2010] Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/ponencias.htm>.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2003): "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el Orden Normativo Interno", en *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1: pp. 467-484.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1998): "Algunos problemas que se derivan del Control Obligatorio de Constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales", en *Ius et Praxis*, Año 4 N° 1: pp. 259-268.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (1997): "Constitución Política de la República y Tratados Internacionales", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 63-72.

PRECHT PIZARRO, Jorge (1996): "Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional Convencional y Derecho Interno Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 381-405.

REDISH, Martin H. (1985): "Judicial Review and the Political Question", en *Northwestern University Law Review*, Vol. 79 N° 5-6: pp. 1031-1061.

RIBERA NEUMANN, Teodoro (2007): "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 89-118.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2007): "La reforma de 2005 a la Constitución chilena", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 7: pp. 213-231.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1998): "Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos", en *Gaceta Jurídica*, N° 215: pp. 7-14.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1997): "Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 101-112.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2000): "El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 1: pp. 47-53.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario (2000): "Corte Penal Internacional y Soberanía Universal", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 9-22.

SAENGER GIANONI, Fernando (1993): "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 647-667.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2002): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo VIII.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo IV.

SHAPIRO, Martin (1993): "Revisión judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericano y europeo", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 475-479.

SOLA, Juan Vicente (2006): *Control Judicial de Constitucionalidad* (2ª edición, Buenos Aires, LexisNexis Argentina) 773 pp.

TIGAR, Michael E. (1970): "Judicial Power, the 'Political Question Doctrine', and Foreign Relations", en *UCLA Law Review*, Vol. 17: pp. 1135-1179.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1987): *La Democracia en América* (México, Fondo de Cultura Económica) 751 pp. Obra original es de 1835.

TRONCOSO, Claudio, y VIAL, Tomás (1993): "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 695-704.

TRONCOSO REPETTO, Claudio (2000): "La Corte Penal Internacional y el principio de la complementariedad", en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2: pp. 407-417.

VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto (2002): *Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo I.

VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto (1999): *Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo II.

VERDUGO R., Sergio (2010a): "Tratados internacionales y control obligatorio: crítica a una propuesta inconveniente", *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*, en prensa.

VERDUGO R., Sergio (2010b): "Control preventivo y obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador", en *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol. 8 N° 1, en prensa.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2008): "La Declaración de Inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos", en *Actualidad Jurídica*, Año IX N° 18: pp. 247-297.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2009): "El sello de constitucionalidad de los preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 13: pp. 57-82.

WALDRON, Jeremy (2006): "The Core of the Case Against Judicial Review", en *The Yale Law Journal*, Vol. 115 N° 6: pp. 1346-1406.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 623

Sentencias del Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional (1987): Rol N° 46-1987, 21 de diciembre de 1987.

Tribunal Constitucional (1999): Rol N° 288-1999, 24 de junio de 1999.

Tribunal Constitucional (2000): Rol N° 309-2000, 4 de agosto de 2000.

Tribunal Constitucional (2000): Rol N° 312-2000, 3 de octubre de 2000.

Tribunal Constitucional (2002): Rol N° 346-2002, 8 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional (2003): Rol N° 383-2003, 5 de septiembre de 2003.

Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 740-2007, 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 834-2007, 13 de mayo de 2008.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1288-2008, 25 de agosto de 2009.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1340-2009, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1415-2009, 24 de junio de 2009.

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1483-2009, 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional (2009) Rol N° 1504-2009, 27 de octubre de 2009.

Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

Whitney v. Robertson, 124 U.S. 190 (1888)

Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890)

Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979)

Otros

ARANCIBIA MATTAR, Jaime; BRAHM GARCÍA, Enrique, e IRARRÁZAVAL GOMIEN, Andrés (edit.) (2008): *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)*, (Centro de Estudios Bicentenario, Universidad de los Andes) Tomo I.

COMISIÓN CONSTITUYENTE (1974): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 47ª, celebrada en 20 de junio de 1974 [fecha de consulta: 20 de mayo de 2010] Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 345ª, celebrada en martes 4 de abril de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 364ª, celebrada en miércoles 3 de mayo de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 367ª, celebrada en martes 9 de mayo de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, Sesión 368ª, celebrada en martes 9 de mayo de 1978, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf.

TALLER DE ACADEMICOS (1997): "Proposiciones de perfeccionamiento de las normas constitucionales en materia de tratados", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 217-223.