

## IMPROCEDENCIA DEL CONTROL REPRESIVO DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES

*Inadmissibility of ex-post constitutional review  
of international treaties*

Miriam Lorena Henríquez Viñas\*

### RESUMEN

La autora analiza la situación de los tratados internacionales cuando ya han ingresado al ordenamiento jurídico. Considerando los argumentos que le permiten concluir la inconveniencia de un control reparador de tratados internacionales.

### PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad de tratados. Control de constitucionalidad represivo de tratados internacionales. Diferenciación de preceptos legales y tratados internacionales.

### ABSTRACT

The author examines the status of international treaties once they have acquired force of law, and considers whether judicial review can be applied to them.

---

\* Abogado, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Magister en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, Universidad de Las Américas. Email: [mlhenriq@puc.cl](mailto:mlhenriq@puc.cl) Texto recibido el 7 de marzo de 2007 y aprobado el 25 de abril de 2007.

## KEY WORDS

Judicial review; constitutional control of treaties, repressive control of international treaties, difference between precepts of law and international treaties

## I. INTRODUCCIÓN

El principal objetivo del control de constitucionalidad de los tratados internacionales es asegurar la supremacía de la Constitución y la seguridad y la estabilidad de los compromisos internacionales.

El objeto del control previo de constitucionalidad de los tratados no es eliminar del ordenamiento jurídico una antinomia. Lo que se busca es justamente evitar que se produzca tal conflicto, toda vez que el objeto del control es un tratado internacional aún no vigente. De modo que lo que se comprobará es una eventual inconstitucionalidad de un proyecto de tratado, que si entra al ordenamiento jurídico interno, será inconstitucional.<sup>1</sup>

Por otra parte, la justificación del control previo de constitucionalidad es evitar el conflicto entre tratado y Constitución, eludiendo así los efectos negativos que podría acarrear el control represivo de constitucionalidad para la estabilidad de los compromisos internacionales y la seriedad del Estado en el ámbito internacional. En definitiva, lo que se busca con el control previo de constitucionalidad es ciertamente que no haya necesidad de llegar a ejercer el control represivo.<sup>2-3</sup>

Por tanto, luego de esta introducción, corresponde comenzar esta comunicación afirmando la improcedencia e inconveniencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales para el Estado chileno. Las razones de tal afirmación serán expuestas a continuación.

---

<sup>1</sup> En un sentido coincidente expone el Profesor español Rodríguez-Zapata y Pérez: "De esta forma, podemos afirmar que en la hipótesis del artículo 78, LOTC, no se tratará de eliminar una antinomia real, sino de comprobar la inconstitucionalidad virtual de determinados hechos o actos premonitorios que, si devienen normas, serán inconstitucionales. Eso es lo que impide el TC". Rodríguez Zapata, Jorge, "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 30, Madrid, 1981, p. 476.

<sup>2</sup> Alegre Martínez, Miguel, "La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales", en *Revista de Derecho Político*, N° 38, España, 1994, p. 162.

<sup>3</sup> Cruz Villalón, Pedro, en *El control previo de constitucionalidad*, en *Revista de Derecho Público*, 2ª época, N° 82, enero-marzo de 1981, p. 7.

## II. IMPROCEDENCIA E INCONVENIENCIA DEL CONTROL REPRESIVO DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS

Antes de entrar al fondo de la problemática propuesta, la *improcedencia* del control represivo de constitucionalidad de los tratados, cabe recordar que como consecuencia de la reforma de 2005 a la Constitución chilena el control represivo de constitucionalidad ha dejado de ser una atribución exclusiva de la Corte Suprema, para quedar radicada en el Tribunal Constitucional. De este modo, el Tribunal Constitucional ejerce actualmente el control de constitucionalidad de las normas vigentes con alcances particulares y generales.

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

Actualmente la doctrina evita la restricción del concepto “precepto legal” en pos de resguardar la supremacía de la Constitución y de los derechos, considerando que es susceptible de control por vía de acción de inaplicabilidad toda producción normativa directa e indirecta del Poder Legislativo, excluyendo, por ende, a los tratados internacionales.<sup>4</sup>

El tratado no es un precepto legal en razón que conceptualmente es distinto de la ley;<sup>5</sup> tiene una génesis diferente;<sup>6</sup> una tramitación, que en un paso puede

---

<sup>4</sup> Explica Nogueira Alcalá: “Ningún órgano del Estado durante la vigencia puede dejar de aplicarlos, ni siquiera la Corte Suprema de Justicia a través de la excepción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que dicha excepción en su artículo 80 actualmente vigente o durante la Carta de 1925 en su artículo 86 inciso 2° se refiere a los “preceptos legales” contrarios a la Constitución, no siendo el tratado internacional un precepto legal, los cuales se distinguen claramente por sus naturalezas distintas, de ser el primero un acto jurídico bi o multilateral que expresa la voluntad de dos o más Estados, mientras que el precepto legal, es un acto jurídico que emana de los poderes u órganos colegisladores de un solo Estado de acuerdo a su ordenamiento jurídico interno. Así no es susceptible de ser declarado inconstitucional un tratado internacional válidamente incorporado al ordenamiento jurídico, ya que no es un precepto legal, ni en la forma, ni en su naturaleza o sustancia, ni en sus efectos jurídicos”. Nogueira Alcalá, Humberto, *Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía* (Valparaíso, 1995) II, pp. 64 y 65.

<sup>5</sup> En lo que respecta al concepto, la ley deber ser considerada como una expresión de voluntad que se sustenta en la soberanía del Estado, cuyo ejercicio se delega en el Poder Legislativo. Es esencialmente un acto jurídico autónomo y unilateral y además esencialmente modificable por la misma voluntad jurídica que lo generó. En cuanto al concepto de tratado, este se encuentra definido por el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los requisitos que surgen de esta definición para la existencia de un tratado son: un acuerdo internacional, producido entre Estados soberanos y regido por el Derecho Internacional. Como puede

coincidir, pero que en la mayor parte difiere de la prevista para la ley;<sup>7</sup> y otra serie de argumentos, como la promulgación y publicación de ambos.<sup>8</sup>

A su vez, el control represivo de constitucionalidad es *inconveniente*, pues no aplicar el tratado o declararlo inconstitucional trae consecuencias altamente negativas para el Estado, toda vez que importa incurrir en responsabilidad internacional.

En la hipótesis que se aceptara la procedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados, si el Tribunal Constitucional declarara la inconstitucionalidad de las disposiciones de un tratado en virtud del artículo 93 N° 7° esto no significaría la nulidad del mismo, puesto que la nulidad de un tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el derecho internacional y no puede ser declarado unilateralmente por alguna de las partes.

---

apreciarse no existe ninguna posibilidad de asimilación conceptual entre ley y tratado, ya que son actos de naturaleza distinta, voluntad unilateral uno, acuerdo *bi* o multilateral el otro, que además se encuentran regidos por sistemas jurídicos distintos.

<sup>6</sup> Relacionado con la génesis, de acuerdo con el artículo 65 inciso primero de la Constitución chilena, las leyes pueden tener origen en el Presidente de la República, en el Senado o en la Cámara de Diputados. La situación del tratado internacional es absolutamente distinta, por cuanto por disposición expresa del número 15 del artículo 32, la iniciativa única y exclusivamente para negociar tratados internacionales le corresponde al Presidente de la República.

<sup>7</sup> Con relación a la tramitación, es necesario volver al número 15 del artículo 32 de la Constitución Política, que entrega al Presidente en forma exclusiva la negociación; conclusión, firma y ratificación de los tratados. La disposición agrega que los tratados deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1, que declara como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el Presidente antes de su ratificación, agregando la reciente reforma que la aprobación de un tratado se someterá "*en lo pertinente*" a los trámites de una ley. Corresponde advertir que ninguna disposición de la Constitución establece que la tramitación de un tratado debe ser idéntica a la de la ley. Por el contrario, ella preceptúa en forma clara que una de las instancias a que puede ajustarse el tratado, su aprobación por el Congreso Nacional, se someterá en lo que corresponda a los trámites de una ley. Aún así, no todas las disposiciones relativas a la formación de la ley son aplicables a la tramitación de la aprobación del tratado en el Congreso Nacional, sino tan sólo aquellas que resulten compatibles con la propia naturaleza especial de aquellos.

<sup>8</sup> Sin la menor duda, existen diferencias entre la promulgación y publicación del acuerdo del Congreso aprobatorio de un tratado y la promulgación y publicación del tratado mismo. Este último trámite se ha efectuado en Chile no en virtud de una disposición constitucional expresa, sino como consecuencia de una práctica jurídica, que tiene por finalidad incorporar el tratado al derecho chileno interno y hacer efectiva la presunción de conocimiento de sus disposiciones para todos los habitantes del país. Lo dicho se refuerza con el nuevo inciso 9° del artículo 52 N° 1 de la Constitución que expresa: "De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo." Por tanto será una ley simple la que establezca el medio de publicación, los plazos y la autoridad encargada de comunicar los aspectos más relevantes de la vida de un tratado.

Por otra parte, dictada la sentencia de inaplicabilidad o inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional de las normas de un tratado, las opciones que le quedarían al Estado de Chile son: asumir las consecuencias de la responsabilidad; o eludirla, accionando por la nulidad del tratado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969.<sup>9</sup> También, como alternativas intermedias, el Estado chileno podría concertarse con la otra parte para dar por terminado o suspendido el tratado, total o parcialmente; modificarlo en el punto en conflicto; y si el tratado lo permite denunciarlo, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo de preaviso, haciendo frente nuevamente a la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el periodo de inaplicación.<sup>10</sup>

Como se observa, las consecuencias son altamente negativas y engorrosas para el Estado incumplidor. Pero a este panorama oscuro cabe agregar que el Estado parte en un tratado no sólo incumple las obligaciones derivadas de él por la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de algunas de sus normas por un órgano interno como es el Tribunal Constitucional, sino también vulnera principios generales del Derecho, como el principio *pacta sunt servanda* y *bona fide*, con la consecuente responsabilidad internacional.

Es un hecho incuestionable que, desde el momento en que se produce el incumplimiento de un tratado internacional, entran en plena aplicación las normas sobre responsabilidad internacional del Estado.<sup>11</sup> Por su parte, la respuesta jurídica al incumplimiento de los tratados no presenta particularidad alguna respecto a la de cualquier ilícito internacional.<sup>12</sup>

Se considera que existe incumplimiento del tratado internacional cuando el comportamiento del Estado no está en conformidad con lo que le exigen las disposiciones de un tratado al que está vinculado. En este punto no importa mayormente la gravedad de la disconformidad, porque cualquiera que sea es suficiente para configurar el incumplimiento. El alcance, la gravedad o la natura-

---

<sup>9</sup> Para accionar por la nulidad, deberá alegarse la inconstitucionalidad formal por contradicción entre el procedimiento seguido para la manifestación del consentimiento y las normas constitucionales sobre la competencia para celebrar tratados. Sin embargo esta última vía no es sencilla, toda vez que la vocación de la norma del artículo 46 y el procedimiento para alegar dicha nulidad es de la validez del tratado y no de su nulidad.

<sup>10</sup> Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1997, p. 227.

<sup>11</sup> En un sentido coincidente, Peña Torres niega el control represivo en el entendido que la inaplicación de un tratado en el ámbito interno, aunque sea en un caso concreto, importa incurrir por el Estado de Chile en responsabilidad internacional, pues se estaría invocando una disposición de derecho interno para eludir el cumplimiento del tratado. Peña Torres, Marisol, "Los tratados internacionales en la Jurisprudencia constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 1 N° 1, Santiago, 2003, p. 599.

<sup>12</sup> Martín López, Miguel Ángel, *El incumplimiento de los tratados internacionales* (Córdoba, 2003), p. 9.

leza del incumplimiento serán considerados sólo a los fines de la reparación a la que está obligado el infractor. Ahora bien, no todo incumplimiento permite invocar la excepción de incumplimiento del tratado para darlo por terminado, puesto que el derecho internacional exige que el incumplimiento sea grave.

El incumplimiento puede tener origen en la acción u omisión de todos los órganos del Estado e incluso por los particulares, si el Estado no ha tomado las medidas razonablemente posibles para evitarlo.<sup>13</sup> En esta parte cabe situar la problemática que conlleva la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado internacional vigente o la inconstitucionalidad de aquél. Efectivamente, la no aplicación de una disposición del tratado a un caso concreto es un no hacer, esto es no aplicar el tratado, cuando corresponde hacerlo, lo cual involucra apartarse de una o algunas de las obligaciones impuestas por el tratado al Estado parte. Luego, la declaración de inconstitucionalidad es más que aquello, es desconocer la existencia de una norma internacional.

Las razones que también se esgrimen para rechazar la procedencia del control posterior de constitucionalidad es que las normas del tratado una vez incorporadas al derecho interno forman parte de él. Empero, el valor de estas normas no es el mismo que las normas internas en lo relativo a su disponibilidad unilateral. De este modo lo ha dejado establecido la Constitución en el actual artículo 52 N° 1 inciso 5°: “*Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de conformidad con lo que establezca el propio tratado o según las normas del derecho internacional*”. En consecuencia, las normas de un tratado internacional deben quedar al margen del control de constitucionalidad represivo, toda vez que una declaración de inaplicabilidad equivaldría a la derogación o suspensión de las mismas.<sup>14</sup>

Por último cabe decir que es *imposible* alegar el Derecho Interno para justificar el incumplimiento de un tratado, toda vez que las disposiciones de la Convención de Viena que impiden alegar las normas del derecho interno como justificativo para el incumplimiento del tratado están previstas en los artículos 27 y 46.2. El artículo 27 dispone con respecto a la observancia de los tratados: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”. La causal de excepción expuesta al cumplimiento de un tratado es una causal de nulidad y se la conoce como “*ratificación imperfecta*”.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>14</sup> En un sentido coincidente Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980, pp. 497 y 498.

<sup>15</sup> Las normas de derecho interno relativas a la competencia para celebrar tratados pueden tener relevancia en el orden internacional según el artículo 46. Para alegar violación del derecho

La acción de nulidad le corresponde al Estado que fue causante del vicio de consentimiento, quien para poder hacerlo deberá probar que la violación fue evidente. En ningún caso podría alegarse un vicio de inconstitucionalidad material para alegar la nulidad del tratado. Para el caso del descubrimiento de un tratado con un contenido incompatible con la Constitución sólo restaría recurrir a los mecanismos de denuncia, retiro o renegociación con las restantes partes, siempre que el tratado los tenga previstos estos supuestos, y sin que la consecución del objetivo exima al Estado de la posible responsabilidad internacional por incumplimiento de las disposiciones del tratado.<sup>16</sup>

### III. CONCLUSIONES

Es improcedente el control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad porque los tratados no son “preceptos legales”.

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

Es a su vez inoficioso el control represivo de constitucionalidad, por cuanto es norma generalmente acatada del derecho internacional que no pueden alegarse disposiciones del derecho interno como justificativo del incumplimiento de las normas de un tratado.

Por último cabe concluir que respecto de los tratados internacionales sólo procede el control previo de constitucionalidad. El control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales es una función necesaria en el marco de un Estado democrático de Derecho para asegurar la inviolabilidad de la Constitución y la existencia y cumplimiento de los compromisos internacionales.

---

interno como causa de nulidad de los tratados se requiere, primero, que la violación sea manifiesta; y segundo, que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Una violación es manifiesta, si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe. Díez de Velasco Vallejo, op. cit., p. 150.

<sup>16</sup> Rodríguez Carrión, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 4ª edición, Madrid, 1998, p. 306.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alegre Martínez, Miguel, “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, en *Revista de Derecho Político*, Nº 38, Madrid, 1994.
- Almagro Nosete, José, *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980.
- Cruz Villalón, Pedro, en “El control previo de constitucionalidad”, en *Revista de Derecho Público*, 2ª época, Nº 82, enero-marzo de 1981, Madrid, 1981.
- Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1997.
- Martín López, Miguel Ángel, *El incumplimiento de los tratados internacionales*, Córdoba, 2003.
- Peña Torres, Marisol, “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 1 Nº 1, Santiago, 2003.
- Rodríguez Carrión, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 4ª edición, Madrid, 1998.
- Rodríguez Zapata, Jorge, “Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 30, Madrid, 1981.