



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

Tesina de la carrera de Derecho

¿Los tratados internacionales son considerados en Chile un conjunto vinculante de derechos y obligaciones? Análisis de su jerarquía y aplicación.

Alumna: Silvia Marín Sepúlveda.

Profesor Guía: Sergio Peña Neira.

Coordinador Seminario de Licenciatura: Luis Villavicencio Miranda.

DICIEMBRE/ 2011

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	3
---------------------------	----------

CAPITULO I

“NATURALEZA JURIDICA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES”

1. Su ubicación como fuente en el Derecho internacional y nacional	7
--------------------------------------------------------------------------	----------

CAPITULO II

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO NACIONAL Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO”

1. Control de los tratados internacionales	16
2. Análisis del pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Rol1288-2008) sobre la ley que modifica sus facultades de control sobre los tratados internacionales	19
3. Tratamiento y reconocimiento de los tratados internacionales en el derecho comparado, en particular lo que ocurre en Alemania y España	26

CAPITULO III

“APLICACION DE TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR NUESTRO PAIS Y LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE SU INCUMPLIMIENTO”

1. Invocación y reconocimiento de tratados internacionales sobre derechos humanos ante tribunales nacionales y las consecuencias derivadas del incumplimiento de tratados	29
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

CONCLUSION	42
-------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA	45
---------------------------	-----------

RESUMEN: Como en todo acuerdo de voluntades nuestro país al momento de manifestar su consentimiento en orden a celebrar o adherir a un tratado internacional se obliga a nivel internacional y nacional a darle cumplimiento. Se entiende que tras su publicación, las normas que lo integran pasan a formar parte del Derecho interno, sin embargo, en nuestro país su fuerza obligatoria queda en entredicho al no otorgárseles la debida aplicación que ordena el Derecho internacional, situación que compromete la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento a la luz del Derecho internacional público y que genera incertidumbre en cuanto a su reconocimiento al momento de su invocación ante tribunales nacionales.

DESCRIPTORES: TRATADOS INTERNACIONALES - RECONOCIMIENTO – INVOCACION - APLICACION - INCUMPLIMIENTO.

INTRODUCCION

La importancia del Derecho internacional no sólo se manifiesta en el carácter necesario de un orden mundial encargado de velar por la convivencia pacífica entre los Estados sino también como fuente de derecho, ya que en muchas ocasiones sirve de complemento o incluso puede colmar lagunas sobre aspectos de trascendencia social que pueden tener una regulación no del todo acabada por los Estados soberanos. Si bien no existe mayor dificultad por parte de los Estados en reconocer como imperativos de convivencia interna e internacional los principios y normas generales que conforman el Derecho internacional, esto por ser dichos principios por una parte, formadores de cada orden interno como lo son la *Bona fides* y el *Pacta sunt servanda*, y por otra parte, por tratarse de principios indispensables para la convivencia pacífica internacional, como por ejemplo el respeto a los derechos humanos, y la solución pacífica de controversias, surgen dificultades cuando se abandona el ámbito genérico de estas declaraciones.

Cuando se entrega a la libre voluntad de los Estados el convenir en celebrar o en adherir a acuerdos que regulen sus relaciones internacionales, cuando dichos acuerdos imponen a las partes el deber de hacer operativas ciertas garantías para la contraparte o para sus propios nacionales, y en particular,

cuando se hace necesario un cambio o adecuación de la normativa interna y si a esto sumamos un posible conflicto con normas de orden constitucional, la debida aplicación del cuerpo de normas contenido en un tratado internacional se torna compleja.

El artículo 2 número 1 letra a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala: *“Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;”*. Como consecuencia de todo acuerdo de voluntades, de dichos tratados surgirán derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben. Sin embargo, ¿estos derechos y obligaciones que surgen de dichos acuerdos internacionales son entendidos por los Estados con el mismo efecto vinculante que los derechos y obligaciones fruto de acuerdos regidos por el Derecho interno? A la luz del Derecho internacional la interrogante no debería generarse, pues se entiende que el Derecho internacional público posee una jerarquía superior a los ordenamientos internos, por tanto, los derechos y obligaciones que surgen de dichos acuerdos internacionales se encuentran bajo su resguardo y gozan en consecuencia de dicha superioridad, en consecuencia, y tal como indica el profesor Fernando Gamboa “Conviene hacer notar que en concreto no hay simetría entre los derechos internos y el Derecho internacional, principalmente porque este último es superior a los primeros” (2005: p. 89). Por otra parte y siguiendo la perspectiva del Derecho internacional público, para las principales y ya clásicas teorías que intentan explicar la relación entre el Derecho interno y el Derecho internacional, en ellas se busca resguardar y conciliar en lo posible la importancia de ambos ordenes, por una parte, para la teoría dualista cada uno de estos ordenes posee características propias y deben ser considerados en forma independiente, por tanto, no podría darse una relación de subordinación y en ningún caso podrían darse situaciones de conflicto entre ambos ordenes, pues cada uno de ellos sólo resulta aplicable dentro de su propio ámbito. Por otra parte para la teoría monista, todo el Derecho constituye un único ordenamiento, atribuyendo un lugar preeminente al Derecho internacional, ubicándolo sobre el Derecho interno, de tal manera que de existir un conflicto entre ambos ordenes no generaría mayores problemas, toda vez que el Derecho interno se encuentra subordinado al derecho internacional, por consiguiente, la aplicación del Derecho interno en contra posición a una norma de Derecho internacional dará lugar a la responsabilidad internacional del Estado infractor.

En el plano práctico de la relación entre el Derecho interno y el Derecho internacional, este último no establece mecanismos genéricos, específicos u obligatorios para que sus disposiciones sean

incorporadas por los Estados, de esta manera, y en resguardo de su soberanía, cada Estado elige el procedimiento destinado a activar la operatividad de las normas de Derecho internacional.

En nuestro país, y como lo hace la mayoría de los Estados, se hace el distingo entre el sistema de incorporación de las normas de Derecho internacional general, comprendiendo dentro de esta categoría a la Costumbre y a los Principios Generales, y el sistema de incorporación de normas contenidas en tratados internacionales celebrados por Chile. A partir de lo anterior, y tal como señala Llanos, “El gobierno, los tribunales y los autores han reconocido que el Derecho internacional general forma parte del Derecho chileno” (2005: p. 83). Si bien no existe en nuestro ordenamiento una norma que de modo genérico y expreso señale que el Derecho internacional general forma parte del ordenamiento interno, ello se puede sostener por la existencia de disposiciones que de manera expresa se remiten a normas de Derecho internacional, por otra parte, es posible observar que frente al silencio de la ley y por aplicación del principio de inexcusabilidad, “los tribunales chilenos han atribuido casi invariablemente validez jurídica al derecho internacional en ausencia de remisión expresa de la ley” (Medina, 2006: p. 30), en este sentido y ante la existencia de lagunas legales, es posible afirmar que nuestros tribunales reconocen el sistema de incorporación automática del Derecho internacional general.

En relación a los tratados internacionales, se entiende que la ratificación será el acto a través del cual los Estados se obligan por dicho acuerdo de voluntades, adquiriendo responsabilidad internacional. A su vez, se distinguen dos formas a partir de las cuales los Estados incorporan las normas contenidas en un tratado, por una parte, podrán dictar normas internas que reproduzcan el contenido del tratado internacional, o bien, podrán establecer procedimientos formales previos a su publicación, es así como en nuestro país el Presidente de la República, el Congreso Nacional y, en cierto medida, el Tribunal Constitucional intervienen respectivamente en el proceso de negociación, aprobación y control de constitucionalidad de un tratado internacional.

Si bien nuestra Constitución regula los procesos de negociación y ratificación, resulta cuestionable el que no se contemplen plazos entre uno y otro trámite, generando incertidumbre sobre el momento desde el cual un tratado puede ser efectivamente invocado en nuestro país. Por otra parte, tampoco se ha definido claramente cuál es la ubicación de los tratados dentro de nuestro ordenamiento una vez que han sido ratificados. De esta manera y frente a la ausencia de norma constitucional expresa, ¿los tratados internacionales que celebra nuestro país son considerados como un conjunto vinculante de derechos y obligaciones?

A partir de la supremacía del Derecho internacional público por sobre el derecho interno, se analizará cuál es la ubicación que estas convenciones ocupan en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de la multiplicidad de materias que son reguladas por tratados internacionales, toda vez que dichos acuerdos cumplen funciones determinantes en el actual orden mundial, el que camina ya sea por necesidad, conveniencia o por destino a la supranacionalidad. A su vez, se hará referencia al reconocimiento que tienen estas convenciones internacionales en otros Estados, en particular, en España y Alemania. Por otra parte, se revisarán las facultades de control que sobre los tratados internacionales puede ejercer el Tribunal Constitucional. Finalmente se analizará la invocación de estas convenciones internacionales, en particular en materia de derechos humanos, ante tribunales nacionales a partir del análisis de dos casos en los cuales se confirma el incumplimiento del Derecho internacional público por parte del Estado chileno a raíz de la inobservancia de tratados internacionales que se encontraban ratificados por Chile y que dieron lugar a hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado por los afectados ante organismos internacionales.

CAPITULO I

“NATURALEZA JURIDICA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.”

1. Su ubicación como fuente en el derecho internacional y nacional.

Siguiendo la Teoría Pura del Derecho, el Derecho se compone de normas, las cuales son el objeto de estudio de la ciencia jurídica, a su vez, las normas deben ser entendidas como un “deber ser”, cada una de ellas dentro de este sistema, funda su existencia en aquella que la precede hasta llegar a una “norma suprema”, la cual se encarga de sustentar y otorgar validez al ordenamiento jurídico en su conjunto. (Kelsen, 2001: p. 49-50.)

En este orden de ideas, los tratados internacionales aparecen como un acto jurídico bilateral o multilateral, en el que converge un acuerdo de voluntades, y cuyo objeto será, como el de toda convención, producir consecuencias jurídicas, en particular, declarar derechos e imponer obligaciones, las que en muchas ocasiones no se transcriben de manera expresa pero se deben entender incorporadas dentro de tales derechos pues siguiendo la lógica de la Teoría Pura, “El Derecho de uno no es otra cosa que un reflejo de la obligación del otro. La obligación está implícita en el Derecho. Describiendo la obligación estamos escribiendo el Derecho” (Kelsen, 2001: p. 25). En tal sentido, si el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas, entendiéndose a cada una de ellas como un *deber ser*, se les provee de un doble carácter a todas las garantías que se contengan en una convención internacional cuando esta resulte ratificada e incorporada por el Estado celebrante, de esta manera, “el estado es concebido no sólo como persona actuante, sino también como un objeto de derechos y obligaciones” (Kelsen, 2001: p.57), es así como voluntariamente el Estado a través de la celebración o adhesión a un tratado internacional queda sujeto a las normas del Derecho internacional. A su vez, resulta importante destacar la multiplicidad de materias que pueden ser objeto de regulación a través de los tratados internacionales, pues tal como señala Kelsen “No existe en particular ningún objeto que quede reservado a la reglamentación del Derecho interno, ni ninguna competencia estatal exclusiva, es decir, excluyente del Derecho internacional. No hay, por consiguiente, ningún objeto propio de los tratados internacionales” (1943: p. 64). Como consecuencia de lo anterior, dicho objeto escapa de la simple regulación de las relaciones inter estatales, ello cobra sentido ante la multiplicidad de declaraciones de derechos de

importancia mundial que escapan a la simple relación de los Estados como sujetos de Derecho internacional y que se incorporan como elementos esenciales de la normativa interna.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, establece, aunque no de manera taxativa, las fuentes del Derecho internacional, señalando en primer lugar en su numeral primero, letra a): “*Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes*”. De la enumeración que realiza este precepto, la doctrina distingue entre dos tipos de fuentes en el Derecho internacional; por una parte, junto a la costumbre y a los principios generales del derecho, las convenciones internacionales conforman las fuentes principales de Derecho internacional, distinguiéndose así de las fuentes auxiliares, integradas por las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas. Esta clasificación no obstante ser doctrinaria, se desprende del propio orden en el que estas fuentes se presentan en el artículo señalado, lo cual confirma dos atributos que en la práctica tienen los tratados; por una parte, serán los tratados suscritos por los Estados litigantes, el principal instrumento al que recurrirá la Corte para resolver las controversias sometidas a su decisión, y por otra, esta enumeración refleja la importancia que han tenido los tratados internacionales en la evolución hacia la consagración del Derecho internacional como orden jurídico vinculante.

A través de su consentimiento, los Estados reconocen la existencia y obligatoriedad del Derecho internacional; los Estados al celebrar un tratado por su sola voluntad deciden obligarse internacionalmente, esto es, aceptan su sometimiento a un conjunto de normas pertenecientes a un orden distinto, a un orden jurídico superior, pues si en algo han de comprometer su soberanía con este sometimiento, dicho conjunto de normas necesariamente deberá pertenecer a un orden superior. Es precisamente la superioridad de este orden la que en muchos casos incomoda a los Estados, pues resulta difícil su reconocimiento dentro de la normativa interna. Superioridad que a su vez explica la compleja relación entre el orden interno e internacional.

Si bien actualmente la doctrina distingue entre fuentes principales y fuentes auxiliares sin establecer categórica y expresamente un orden de prelación dentro de cada clase de fuentes. Kelsen extendía su pirámide de jerarquización normativa al sistema de fuentes del Derecho internacional, de esta manera, el Derecho internacional consuetudinario, se ubicaría en un nivel más elevado que el de las convenciones internacionales, siguiendo el modelo de Kelsen, “en el Derecho internacional se parte de la norma de menor jerarquía, es decir, la sentencia judicial internacional que a su vez recibe su validez del tratado en

el que el tribunal que lo emitió fue establecido. Ese tratado obliga porque se ha aplicado la norma *Pacta sunt servanda* y esta, es una norma general creada por la costumbre internacional. Por lo tanto, la norma básica del Derecho internacional tiene que admitir a la costumbre como un hecho creador de normas, pudiendo entonces enunciarse: Los Estados deben comportarse conforme al uso establecido, de esta forma el Derecho internacional consuetudinario sobre la base de esta norma, es el primer escalón en el orden jurídico internacional. El siguiente está formado por las normas creadas por los tratados, la validez de estas normas depende de la *Pacta sunt servanda*, es ésta una norma general del derecho positivo y de carácter consuetudinario perteneciente al Derecho internacional, la cual autoriza a los Estados a celebrar tratados. Es pues el fundamento del Derecho internacional convencional” (Frías, 1986: pp. 68-69). De esta manera, ya sea recurriendo al modelo kelseniano o a la distinción de clases de fuentes que reconoce la doctrina, los tratados internacionales poseen un sitio dentro del sistema de fuentes del Derecho internacional, situación muy distinta de la que acontece con estas fuentes dentro del ordenamiento jurídico interno, y en particular, dentro del sistema de fuentes del Derecho chileno.

Siguiendo el modelo de jerarquía normativa de Kelsen y aplicándolo a la relación del orden interno con el orden internacional, es posible reconocer dos sistemas básicos utilizados por las Constituciones de los Estados para ubicar a los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes del Derecho interno; por una parte, se encuentran los sistemas que colocan en un mismo plano jerárquico a los tratados y a las leyes internas, y por otra, aquellos sistemas que establecen la superioridad del tratado respecto de la ley.

En nuestro país, por la reforma que en 1989 se hizo al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política¹, por Ley N° 18.825, es posible sostener por algunos autores entre ellos Hugo Llanos y Humberto Nogueira, que los tratados internacionales sobre derechos humanos tendrían una jerarquía normativa superior a la de una ley, serían por tanto tratados con rango constitucional. Sin embargo, esta interpretación para otros autores merece reparos, pues resulta un tanto forzada, así lo sostiene el profesor Lautaro Ríos según el cual “el sentido y el propósito de la oración agregada al inciso 2° del artículo 5° de nuestra Carta fue restaurar el deber de promoción de los derechos fundamentales, atribuyendo este deber a todos los órganos del Estado a través de los cuales se ejerce soberanía y especificando que tales

¹ Artículo 5°, inciso 2 de la Constitución Política de la República (en adelante Constitución o CPR): “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

derechos no son solamente los garantizados por la Constitución, sino también los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (1997: p. 6). En relación a estas dos posturas interpretativas, el profesor Manuel Núñez Poblete señala “Una línea de argumentación, sostenida desde los tribunales ordinarios, asume la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, por lo menos de aquellos con incidencia sobre los derechos fundamentales. La segunda, afirmada por el Tribunal Constitucional, se resiste sistemáticamente a reconocer jerarquía constitucional a dichos instrumentos, a partir de la preeminencia del principio de supremacía de la Constitución” (2009: p.491).

En cuanto a la ubicación que se debe otorgar a los demás tratados internacionales en nuestro sistema de fuentes, la discusión también se mantiene. Tradicionalmente, por la redacción del artículo 50 de la Constitución (actual artículo 54) y en resguardo de la supremacía constitucional, la mayoría de los autores defendía la naturaleza legal de los tratados internacionales, en tal sentido, para la jurisprudencia nacional receptora de esta postura “Tres son los requisitos que deben cumplirse para la recepción de un tratado en el orden interno: la aprobación legislativa, la promulgación del tratado por decreto del Presidente de la República y la publicación en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio. Cumplidos estos trámites, el tratado tendrá en Chile valor y fuerza de ley. En cambio, la falta de cumplimiento de alguno de estos trámites priva al tratado de valor de ley en el orden interno” (Benandava: 1992, p. 35). Sin embargo, esta interpretación de la norma constitucional no resulta del todo correcta, pues no tiene sustento jurídico y solo se funda en factores externos que, forzosamente conducen a sostener que los tratados ocupan la misma ubicación jerárquica que una ley o que son una ley dentro del Estado, toda vez que se trata de fuentes con un origen distinto. Por una parte, el tratado es un acuerdo de voluntades que surge en la mayoría de los casos de la potestad negociadora de sus otorgantes, la ley en cambio se puede entender como un acto unilateral de la voluntad soberana, por otra parte, y en estricto derecho, “la resolución que aprueba o desecha un tratado es un acuerdo, y no un proyecto de ley” (Medina, 2006: p. 32). En este orden de cosas, con la reforma constitucional del año 2005 por la Ley N° 20.050², el legislador intentó distinguir a los tratados de la ley; a través de un cambio en la redacción del artículo 50 (actual artículo 54), cambio que consistió en la incorporación de la frase, “en lo pertinente”. A partir de esta modificación, se descarta la naturaleza legal que se atribuye por

² Ley de Reforma Constitucional N°20.050, promulgada el 18 de agosto de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto del mismo año. El texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución tras dicha modificación se fija por el Decreto Supremo N° 100, el cual se publica en el Diario Oficial el 22 de septiembre del año 2005.

alguna parte de la doctrina a los tratados internacionales. De esta manera, se entiende entonces que comparten con dicha fuente, y sólo en parte, su sistema de tramitación para efectos de adquirir vigencia dentro de nuestro ordenamiento.³

En consecuencia, y a la luz de lo que actualmente dispone nuestro ordenamiento, sólo se puede afirmar que un tratado internacional ratificado por nuestro país tiene una naturaleza propia, distinta a la de una ley, pues se trata de un acuerdo de voluntades, y que puede ser invocado como fuente interna una vez que se ha cumplido con los trámites que ordena la Constitución para adquirir vigencia, desde ese momento, se convierte en norma nacional carente de ubicación jerárquica. En palabras de Benadava, “para que un tratado pueda producir efectos en el Derecho interno, es necesario que sus disposiciones sean introducidas en el orden jurídico nacional por medio de un acto expreso. Esta incorporación o recepción del tratado en el orden interno puede efectuarse dictando una ley que reproduzca el contenido del tratado y lo transforme literalmente en normas internas obligatorias. El tratado que ha sido debidamente incorporado en el derecho interno podrá ser invocado por los particulares y deberá ser aplicado por los tribunales nacionales” (1992: p. 35).

El lugar específico que debe ocupar el tratado como fuente interna una vez que adquiere validez dentro de nuestro ordenamiento, ha sido una laguna constante, presente a lo largo de la historia constitucional; “En una tradición que siguió al texto original de la Constitución de 1980, ni la Carta Fundamental de 1833, ni la de 1925, abordaron la regulación de los tratados internacionales al interior del ordenamiento jurídico chileno, limitándose a regular las respectivas atribuciones presidenciales y la intervención del Congreso en la aprobación, previa a la ratificación, de los mismos. La incorporación de los tratados en el orden jurídico interno, quedó entregada, entonces, a la regulación subconstitucional y a la práctica institucional” (Aldunate, 2010: p. 3).

Llama la atención que durante las sesiones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución de 1980, siendo la naturaleza jurídica, el plazo de promulgación y la ubicación jerárquica de los tratados, objeto de discusión, no se oficializara acuerdo alguno. A su vez, y tal como indica la profesora Cecilia Medina “en la sesión N° 367 de la Comisión, se aprobó una indicación que establecía la obligatoriedad de la promulgación de un tratado dentro un plazo determinado, indicación que finalmente no se

³ Artículo 54. Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su notificación. *La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.*”

incorporó al texto definitivo del artículo 50 número1, actual artículo 54 de la Constitución. Por otra parte, en relación a la ubicación jerárquica de los tratados, durante la discusión de los primeros artículos de la Constitución, un miembro de la Comisión de estudios, profesor Silva Bascuñán, quiso incorporar la idea de que el tratado estaba solo por debajo de la Constitución⁴. Posteriormente, cuando se discutió la norma pertinente de la Constitución, un miembro de la comisión planteó la conveniencia de consagrar explícitamente que los tratados prevalecen sobre las leyes, sosteniendo que esta disposición subrayaría algo que para Chile tiene gran trascendencia, como es el valor y la intangibilidad de los tratados. Después de una larga discusión, en que prevaleció la opinión de que el tratado no podía tener la misma jerarquía que la ley, sino una superior, el Presidente de la Comisión hace constar en el acta de la sesión que, habiéndose producido consenso en la Comisión acerca de que una ley no puede modificar un tratado porque es superior a ella, otra cosa distinta es la conveniencia de expresarlo o no en la carta”. (2006: pp. 32-33). Resulta un tanto criticable que aduciendo razones de conveniencia que a todas luces merecían ser especificadas, estas no fueran debatidas por la comisión, dejando nuevamente dudas sobre esta fuente de derecho.

Frente a la ausencia de norma internacional que ordene o al menos descarte la ubicación que no debe otorgarse a los tratados dentro del orden interno, toda vez que al igual como ocurre con la incorporación del Derecho internacional general, la incorporación de los tratados queda entregada al procedimiento que de manera independiente establezca cada orden interno, ni aún la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados soluciona esta situación, pues en ningún caso declara la supremacía de los tratados en el orden interno, reforzando únicamente su obligatoriedad con la prohibición que impone a los Estados de invocar normas de Derecho interno para justificar su incumplimiento⁵, será necesario entonces interpretar la ubicación que tienen, la que se les ha otorgado en la práctica jurisprudencial y la que en estricto, y a la luz del Derecho internacional público se les debiera otorgar dentro del ordenamiento jurídico nacional.

La posición de nuestra jurisprudencia no ha sido del todo uniforme, en particular, la jurisprudencia constitucional la cual no muestra una postura definida. Es así como en uno de sus pronunciamientos

⁴ El profesor A. Silva Bascuñán declara: ”debe quedar muy claro que en este primer artículo de la Constitución que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que está por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera entonces que debe prevalecer, en el derecho interno, todo contenido de los tratados”

⁵ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

emitidos durante el año 2000 con motivo de la aprobación en nuestro país del Convenio N° 169 de la OIT, esta magistratura sostuvo en el considerando 11° de su sentencia que *“el tratado debe aprobarse o desecharse como un todo, sin que sea admisible que el parlamento le introduzca modificaciones y que si bien el tratado no es propiamente una ley, su aprobación se someterá a los trámites de esta”*.⁶ Posteriormente, el Tribunal se inclinó por atribuir una posición intermedia a los tratados como fuente de Derecho interno, así consta en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del año 2002 formulado con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios sobre el tratado que crea la Corte Penal Internacional. En lo pertinente, sus requirentes sostenían que la aprobación de este tratado por nuestro país significaría una enajenación indebida de la soberanía nacional, toda vez que de acuerdo al artículo 73 de la Constitución (actual artículo 76)⁷ sólo corresponde a los tribunales establecidos por ley conocer de las causas criminales que se promueven en nuestro país, por tanto, la Constitución en ningún caso reconoce en los tratados internacionales la facultad de establecer tribunales, la cual queda entregada exclusivamente a la ley, a su vez, y en opinión de dichos requirentes, un tratado internacional dista mucho de ser una ley. El Tribunal dentro de este mismo fallo y haciendo referencia a la opinión del profesor Silva Bascuñán, señaló en su considerando 75° que *“dentro del ordenamiento jurídico chileno, los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido este dentro de los preceptos constitucionales”*.⁸

Es probable que la falta de voluntad por parte del constituyente para efectos de otorgar un lugar específico a los tratados internacionales dentro del sistema jerárquico de fuentes del Derecho interno, se deba principalmente al temor de que ello derive en la aplicación del Derecho internacional público por sobre el Derecho interno, vulnerándose de esta forma la soberanía del Estado. Sin embargo, este temor, puede carecer de fundamento plausible si en realidad se está empleando el concepto *soberanía* de manera inadecuada, y en estricto rigor, de forma restrictiva a la luz de la importancia que tiene el derecho internacional en las relaciones inter estatales.

⁶ Tribunal Constitucional (2000): Rol N° 309, p. 261.

⁷ Artículo 76 inciso 1 CPR: La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

⁸ Tribunal Constitucional (2002): Rol N° 346, p. 503.

Siguiendo a Jean Bodin, la Soberanía es “el poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a leyes”, esta concepción clásica, que a simple vista hace referencia a un poder ilimitado, que a su vez responde a un régimen monárquico y que podría servir de fundamento a la defensa de la *soberanía absoluta*, igualmente reconocía límites, “ Bodin comprendía los límites de la soberanía vinculándolos, en primer lugar, al Derecho natural y divino; en segundo lugar, a los tratados celebrados con otros Estados; finalmente, el rey debía respetar las leyes involucradas en la constitución del gobierno monárquico, esto es, las leyes de la corona” (Marshall: 2010). De esta manera, el establecimiento de límites hace posible la utilización de este concepto clásico en la actualidad, a su vez, y en lo atinente al objeto de análisis, el identificar dentro de sus límites a los tratados internacionales celebrados por el Estado, hace posible compatibilizar la relación del Derecho internacional y el Derecho de un Estado, sin que se vulnere este poder soberano propio de cada Estado.

Producto de su evolución histórica, este poder se desprende de la titularidad monárquica, por tanto, surge el concepto de soberanía popular y posteriormente el de soberanía nacional. Siguiendo esta evolución en lo que respecta a su titularidad, en nuestro país la Constitución adhiere a un concepto de soberanía nacional⁹ el que a su vez guarda correspondencia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la que señala en su artículo 3º “El origen de la soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.”. No obstante se declare por algunas Constituciones actuales como titular de la soberanía al pueblo -como lo hace la Constitución Española en su artículo 1º¹⁰- no se advierten mayores diferencias en cuanto a reconocer como su titular al pueblo o a la nación, “tanto la soberanía popular como la soberanía nacional hacen referencia hoy en día, a un mismo fenómeno, esto es, a la soberanía de la comunidad política.” (Marshall: 2010).

Por otra parte, y superando cualquier duda en lo que se refiera a su titularidad, conectando a la soberanía con los postulados de Kelsen, si se adhiere a una visión unitaria del Derecho, surgirán dos posturas entorno al orden jerárquico que debe existir entre el Derecho nacional y el Derecho internacional, sin embargo, cualquiera sea la postura que se adopte, el concepto de soberanía no puede ser entendido como un poder supremo, a su vez, tampoco sería preciso hablar de una soberanía relativa por la presencia del Derecho internacional pues ello daría lugar a una contradicción con el origen del

⁹ Artículo 5º inciso 1º CPR: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse a su ejercicio.”

¹⁰ Artículo 1.2 Constitución española de 1978: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

concepto que a todas luces supone una concentración de poder. En este sentido, si suponemos que el Derecho interno es superior al Derecho internacional, “la soberanía, no es una cualidad percible u objetivamente reconocible de una cosa real, es una presuposición. (...) no es una determinada cantidad o un cierto grado de auténtico poder. (...) La cuestión sobre la soberanía del Estado, es la cuestión de si presupone o considera al orden jurídico nacional como un orden supremo. Por otra parte, si se acepta la superioridad del Derecho internacional no se puede hablar de soberanía del Estado en el sentido original y propio de este término. (...) La llamada soberanía del Estado no sería otra cosa entonces sino el nombre para la dependencia directa del orden jurídico nacional del internacional. Es en consecuencia aconsejable no emplear el engañoso término soberanía del Estado, cuando se supone o acepta la supremacía del Derecho internacional” (Kelsen: 2001, pp. 86-91).

En consecuencia, cualquiera de las dos posturas a la que se adhiera, imponen un sometimiento ya sea por superioridad o por consentimiento a las normas del Derecho internacional, en tal sentido, si se defiende la superioridad del Derecho internacional por sobre el Derecho interno, la validez de este último se funda en el Derecho internacional; “si la eficacia del orden jurídico nacional es considerada como la condición de su validez y si esta condición es establecida en una norma de Derecho internacional, entonces la razón para la validez del orden jurídico nacional puede ser vista en esta norma de Derecho internacional; y entonces este Derecho internacional puede ser concebido como un orden jurídico universal, superior y comprometiendo o comprendiendo como órdenes jurídicos parciales a todos los órdenes jurídicos nacionales” (Kelsen: 2001, p.88). Si se admite la superioridad del Derecho interno por sobre el Derecho internacional, el contenido de este último se entiende incorporado al derecho interno, por tanto, su validez dentro del Estado deriva de su reconocimiento por el propio Derecho interno. En consecuencia, el Estado acepta e incorpora las reglas del Derecho internacional general y voluntariamente decide someterse al cuerpo normativo de los tratados internacionales que suscribe, por tanto, “la idea del Estado como poder supremo, no está en conflicto con el Derecho internacional, porque éste es válido para el Estado sólo porque lo ha reconocido y, en consecuencia, no es superior a él” (Kelsen: 2001, p 100).

A partir de lo anterior, no resulta procedente entonces invocar por el Estado como un argumento válido, *el resguardo de la soberanía* para efectos de no admitir la incorporación de un tratado a la vida nacional. A su vez, tampoco podría considerarse como un fundamento plausible y acorde a la actual realidad jurídica internacional, el temor de *ceder soberanía* al reconocer un lugar específico a los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes del Derecho nacional, temor que puede presumirse

del constante silencio por parte del constituyente nacional, al no colmar esta laguna teniendo oportunidad para ello, aduciendo *razones de conveniencia* y sin profundizar en ellas como ocurrió en la comisión que discutió el texto constitucional actual. En consecuencia, si bien los tratados internacionales poseen características suficientes para reconocerles su fuerza vinculante, por ser productos de un acuerdo de voluntades y de un previo y extenso proceso de negociación, el carecer de una ubicación específica dentro del sistema jerárquico de normas nacionales produce como efecto que desde la perspectiva internacional los tratados ratificados por Chile se entiendan incorporados como Derecho vigente dentro del Estado, pero desde la perspectiva interna, dicha falta de ubicación jerárquica, los hace presentarse como una fuente ajena, tímidamente conocida y de escasa difusión e invocación.

CAPITULO II

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO NACIONAL Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO”

1. Control de los tratados internacionales.

A efectos del objeto de análisis son pertinentes los numerales 1º, 3º, 6º y 7º del inciso 1 del artículo 93 de la Constitución, la reforma constitucional del año 2005 por Ley N° 20.050¹¹, el proyecto de reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y el pronunciamiento emitido por dicho Tribunal para efectos del control a priori sobre el proyecto de ley que modifica su ley orgánica.

Para el resguardo de la supremacía constitucional resulta necesario, a juicio de expertos, el establecimiento de un órgano encargado de velar y convertirse, en palabras de Kelsen, en guardia de la Constitución, es así como en 1970 se crea en nuestro país el Tribunal Constitucional¹². Antes de su creación, el control de constitucionalidad se encontraba radicado en la Corte Suprema la cual conocía

¹¹ El texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución tras dicha modificación se fija por el Decreto Supremo N° 100, el cual se publica en el Diario Oficial el 22 de septiembre del año 2005.

¹² Por Ley N° 17.284 se reforma la Constitución de 1925 y se crea el Tribunal Constitucional el que se mantiene en funciones sólo por 2 años tras el quiebre de la institucionalidad que afecta al país, será la Constitución de 1980 la encargada de reformular su existencia, a su vez, en 1981 se dicta la Ley N° 17.997, ley orgánica constitucional encargada de regular su organización y funcionamiento.

del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad pero frente a las críticas en torno a su funcionamiento y para efectos de pasar en definitiva de un Estado de Derecho Legal a un Estado de Derecho Constitucional, se crea el Tribunal Constitucional, manteniéndose, tal como indica Lautaro Ríos, “un sistema de control concentrado pero compartido, pues será el Tribunal Constitucional el encargado de efectuar un control preventivo, concentrado, abstracto y de efecto invalidatorio general sobre un proyecto de ley, correspondiendo a la Corte Suprema el ejercicio del control represivo, concreto y de efecto particular sobre la ley objeto de requerimiento.” (2002: p. 389).¹³ En materia de tratados, el artículo 82 N°2 de la Constitución (actual artículo 93 numeral 3°) establecía expresamente un control a priori y facultativo sobre tratados internacionales sometidos a la aprobación del congreso.

Tras la reforma constitucional del año 2005, el control de constitucionalidad se radica exclusivamente en el Tribunal Constitucional, será éste el único órgano encargado de conocer del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuya declaración seguirá produciendo efecto particular, de esta manera, conforme al actual numeral 6 inciso 1 del artículo 93 ejercerá un control ex post sobre preceptos legales. A su vez, el constituyente mantiene el control preventivo y facultativo sobre tratados internacionales antes de su promulgación, pero incorpora en su numeral 1° un control ex ante y obligatorio sobre tratados internacionales que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales¹⁴. Por otra parte, resulta pertinente señalar que como consecuencia de la doctrina dominante en nuestro país, para la cual los tratados se incorporaban en nuestro ordenamiento con jerarquía de ley, se sostenía que al tener tal rango podían ser objeto de un control represivo, ergo, al ser considerado una ley de la república, un tratado ya promulgado y vigente en Chile, podía ser declarado inaplicable por inconstitucional, tal como lo señala la profesora García Barzelatto “Durante la vigencia de los ordenamientos constitucionales chilenos de 1925 y 1980, hasta la reforma de 2005, siempre hubo acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia chilena en cuanto a que la expresión *precepto legal* contenida en la disposición constitucional que consagraba el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, comprendía *toda regla con valor de ley*, aunque formalmente estuviese comprendida en un cuerpo jurídico diferente. En consecuencia, no hubo reparos jurídicos para

¹³ Artículo 80 de la CPR (anterior a la reforma de 2005): “La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

¹⁴ Artículo 93 CPR: Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6) “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

considerar con el mismo rango jerárquico que la ley, a los decretos con fuerza de ley, a los decretos leyes, a los distintos tipos de ley según su quórum y a los tratados internacionales. De modo tal que en la expresión *precepto legal* siempre quedaron comprendidos los tratados internacionales” (2007: p. 471).

Con la reforma constitucional del año 2005, el constituyente realiza modificaciones importantes sobre el artículo 54 número 1, incorporando como ya se ha señalado la expresión “en lo pertinente”, expresión por la cual el constituyente diferencia al tratado como una fuente distinta a la ley en cuanto a las formalidades a que debe ser sometida para efectos de su aprobación “en efecto, la aprobación de un tratado tiene un régimen distinto al de una ley; por ejemplo, no cabe la formación de comisiones mixtas, tampoco procede el decreto de insistencia ni la posibilidad de indicaciones por parte de las Cámaras, las que solamente deben aprobar o desechar el tratado”(García, 2007: p. 474). También incorpora regulación sobre aspectos propios de Derecho internacional regulados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como es la facultad de formular reservas¹⁵ a la vez que consagra las causales de terminación de un tratado¹⁶. Otro aspecto importante de la reforma de este artículo es que excluye del sometimiento a la aprobación o rechazo del congreso a un grupo de tratados, estos serán los que el Presidente celebre en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma¹⁷.

Haciendo una síntesis de la facultad de control del Tribunal Constitucional sobre los tratados internacionales, se puede señalar que actualmente efectúa un control obligatorio preventivo sobre tratados que versan sobre materias propias de leyes orgánica constitucionales, que efectúa un control preventivo y facultativo sobre tratados sometidos a la aprobación del congreso, y, adscribiendo a la postura que diferencia a la ley del tratado a la luz de la interpretación de la reforma del artículo 54 número 1, el Tribunal carece de facultades para ejercer un control represivo sobre un tratado ya ratificado por nuestro país, toda vez que el tratado no es una ley, y solo pueden ser objeto de requerimiento por inconstitucionalidad preceptos legales. A su vez, conforme a lo que actualmente

¹⁵ Artículo 54 N°1 inciso 2 “El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretende confirmar o formularle”.

inc.3 “El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas de un tratado internacional, en el curso del trámite de aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales del Derecho internacional”.

¹⁶ Artículo 54 N° 1 inciso 5” Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho internacional”.

¹⁷ Artículo 54 N°1 inciso 4° (in fine) “No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria”.

disponen el número 7 inciso 1 del artículo 93 y el artículo 94 de la Constitución,¹⁸ si se insiste en la posibilidad de efectuar este control represivo sobre un tratado, y siguiendo la opinión de la profesora García “significaría también estar de acuerdo en que por acción pública o de oficio por el Tribunal Constitucional, el tratado luego de ser declarado inaplicable podría ser declarado inconstitucional con efecto erga omnes, publicada su derogación en el Diario Oficial y expulsado del ordenamiento jurídico”(García, 2007: p. 477). Consecuencia que se contrapone por una parte, a la causales de terminación de un tratado reconocidas por el propio constituyente en el artículo 54 y por otra parte, tendría repercusiones a la luz del Derecho internacional, pues conforme al art. 27 de la Convención de Viena, no se pueden invocar normas de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. A su vez, resulta pertinente invocar el principio de origen Alemán *de interpretación amigable con el Derecho internacional* que tal como lo señala el profesor Claudio Troncoso “ha sido acogido por la doctrina chilena y por los tribunales nacionales”(2010: p.155.) y al cual se refirió el Tribunal Constitucional al resolver sobre la constitucionalidad del Convenio N° 169 de la OIT, en dicho pronunciamiento, en su considerando 3°, señala que dicho principio de interpretación, “*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 normas de un tratado y los preceptos de la Constitución*”¹⁹.

2. Análisis del pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Rol 1288-2008) sobre la ley que modifica sus facultades de control sobre los tratados internacionales.

Por la modificación que la reforma del año 2005 genera sobre las funciones del Tribunal Constitucional, el constituyente en el art 92 inciso final, ordena dictar una nueva ley orgánica constitucional que reemplace a la ley 17.997. Es así, que tras un dilatado proceso de discusión parlamentaria a finales del año 2008, este proyecto de ley orgánica constitucional se presenta al control

¹⁸ Artículo 93 N° 7: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

Artículo 94 inciso 3° (2da.parte): “No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del art. 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”.

¹⁹ Tribunal Constitucional (2000): Rol N° 309, p. 258.

ex ante y obligatorio del Tribunal Constitucional, conforme ordena el art. 93 N° 1 de la Carta, si bien fue finalmente aprobada y publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 2009 la Ley N° 20.381 que reemplaza a la Ley 17.997, la etapa de su control de constitucionalidad es digno de análisis, toda vez que el Tribunal se enfrenta a la posibilidad definitiva de perder su facultad de ejercer un control ex post sobre tratados internacionales vigentes en el país, ello, a partir de la serie de normas que en materia de tratados el constituyente incorporó el 2005, dándoles un tratamiento claramente diferenciado al que otorga a la ley.

En este orden de ideas, los artículos 47 B y 47 G²⁰ de este proyecto de ley, serán las disposiciones que en materia de control de constitucionalidad sobre tratados internacionales generarán el mayor cuestionamiento para esta magistratura. De esta forma, el Tribunal formula planteamientos que llaman a confusión y denotan un retroceso en su interpretación en cuanto a la ubicación y naturaleza que atribuye a los tratados dentro del sistema de fuentes del Derecho nacional, todo ello para efectos de mantener su facultad de control represivo sobre tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, facultad que el Tribunal se atribuía sin mayores restricciones hasta la reforma constitucional del año 2005, tras la cual resulta evidente la distinción que el constituyente realiza entre tratado y ley, tratamiento diferenciado que a su vez constituye argumento suficiente para excluir a los tratados de posibles requerimientos de inaplicabilidad, al ser estos últimos únicamente procedentes respecto de “preceptos legales”, exclusión que se consagra expresamente en los art. 47 B y 47 G de este proyecto de reforma de ley orgánica. El Tribunal, para efectos de defender la amplitud de su facultad de control de constitucionalidad sobre tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, realiza una interpretación confusa formulando sus argumentaciones en forma extensa entre los considerandos 41° y 72° de su sentencia²¹. En este sentido, se destacan los siguientes puntos argumentativos que utiliza esta magistratura para defender la amplitud de su control de constitucionalidad sobre tratados vigentes en Chile:

- Insiste en defender el sentido amplio de la expresión precepto legal señalando que la Carta Fundamental autoriza el control de constitucionalidad sobre determinados preceptos legales, entre los que deben considerarse los tratados internacionales.

²⁰Artículo 47 B. “De conformidad con el n) 1 del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Artículo 47 G. “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 4) Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente”.

²¹ Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 1288, pp. 53-66.

- Sostiene que la reforma constitucional del año 2005 no añade nada que permita establecer un criterio diferente al ya sostenido por este Tribunal.
- Haciendo referencia a la aprobación del estatuto de Roma por nuestro país, señala que si para ello fue necesario incorporar reformas en la Constitución pues sin ellas dicho tratado entraría en conflicto con la Carta, es evidente que un tratado tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad.
- Para esta magistratura, de la lectura del art. 47 B de este proyecto de ley y del art 54 N°1 de la Constitución no aparece ni se desprende justificación alguna para que se sustraiga del Tribunal Constitucional, por una norma legal, su atribución relativa a declarar inaplicable un precepto legal a un caso concreto, precepto que perfectamente puede estar contenido en las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Chile y vigente.
- Si bien el tratado no es una ley en sentido estricto, puede contener disposiciones propias de ley, tales disposiciones serán por tanto “preceptos legales”, que perfectamente pueden ser objeto de requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el dejar al margen del requerimiento de inaplicabilidad a los preceptos de un tratado internacional, es contrario a la Constitución.
- Para defender la posibilidad de que proceda el requerimiento de inaplicabilidad sobre tratados vigentes sostiene que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad solo produce efectos particulares en la gestión judicial concreta, ya que en ella el juez no podrá aplicar dicho precepto lo cual no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones, el tratado o la disposición objeto de requerimiento sigue vigente.
- Al conocer de este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal ejerce sus facultades de control ex post con efecto solo para el caso concreto, diferente de la situación contemplada por el art 93 N° 7 de la Constitución, disposición que permite al Tribunal expulsar del ordenamiento jurídico un precepto legal, con efecto erga omnes y sin alcance retroactivo, pues de permitirse la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por esta magistratura, implicaría una efectiva vulneración a las normas de Derecho internacional sobre formación y extinción de un tratado así como también vulneraría el art 54 de la Constitución, por tanto ambas atribuciones son distintas, producen efectos diversos no obstante estar relacionadas.
- La reforma constitucional del 2005 vino a fortalecer el principio de supremacía constitucional ampliando las atribuciones de esta magistratura. Si esta fue la voluntad del constituyente, no se

concilia entonces con dicho propósito el concluir que la modificación constitucional eliminó el control de constitucionalidad a posteriori de los tratados internacionales que se ejerce a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

- Invoca las palabras de un senador vertidas en la comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado con motivo del estudio del proyecto, el cual sostiene que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes, pero para estos efectos, se les ha asimilado siempre, a su vez, este senador señala que como partícipe directo de la reforma constitucional del año 2005 nunca se suscitó discusión en torno al sentido y alcance de la expresión precepto legal, porque el constituyente no pretendió alterar el entendimiento que se le había dado siempre.

Es así como El Tribunal Constitucional concluye su argumentación señalando que el artículo 47 B y la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente” comprendida en el art.47 G, inciso 1, N° 4 son inconstitucionales.

La declaración de inconstitucionalidad del artículo 47 B y el inciso 1 del N°4 del artículo 47 G del proyecto de ley orgánica no contó con apoyo unánime, destacando en esta sentencia el voto disidente del Presidente del Tribunal y de dos de sus ministros²², para los cuales las normas del proyecto en análisis, “efectivamente impiden ejercer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los términos previstos en el artículo 93 , inciso 1 N° 6, y undécimo, de la Constitución y, en caso de que pese a esa prohibición se deduzca, obliga al Tribunal Constitucional a declarar su inadmisibilidad”. Estos ministros contradicen la interpretación de sus pares para los cuales, y tal como en el párrafo anterior se indicó, si bien ley y tratado no comparten la misma naturaleza jurídica, insisten en sostener que una vez ratificado un tratado internacional por nuestro país, éste y las disposiciones que lo integran se incorporan en nuestro ordenamiento como “preceptos legales”, justificando a partir de ello la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de tratados vigentes en el país.

De lo expuesto en la sentencia por estos ministros disidentes destacan los siguientes argumentos²³:

- La expresión “precepto legal”, tenía un contenido genérico y abarcaba, por ende, a todos los preceptos que compartieran esa naturaleza, entre los que se incluyó a los tratados internacionales, esta interpretación derivaba del art. 43 N° 5 de la Carta de 1925 y del art 50 N° 1 del texto

²² Voto disidente del Presidente del Tribunal, señor Juan Colombo Campbell, y de los ministros, señor José Luis Cea Egaña y señora Marisol Peña Torres.

²³ Tribunal Constitucional (2008): pp. 87- 98.

original de la Constitución de 1980, según los cuales la aprobación de un tratado debía someterse a los trámites de una ley.

- Antes de producirse la modificación introducida por la reforma constitucional de 2005, ya la jurisprudencia de este Tribunal, así como la de los tribunales ordinarios, había venido desvirtuando la asimilación entre *ley* y *tratado*.
- El Constituyente de 1980 progresivamente, ha ido separando a la ley del tratado dentro del panorama de fuentes del derecho imperantes en Chile, solo así puede entenderse que en el art. 82, inciso 1, N° 2 de la Ley Fundamental (hoy artículo 93, inciso primero, N° 3) haya considerado la posibilidad de deducir cuestiones de constitucionalidad tanto respecto de *proyectos de ley o de reforma constitucional* cuanto de *tratados sometidos a la aprobación del Congreso*. Si ambos tipos de normas – ley y tratado – hubieren sido de la misma naturaleza, habría bastado utilizar la expresión genérica de *ley*. Las modificaciones introducidas mediante la reforma constitucional de 2005 a las competencias del Tribunal Constitucional reafirman esta tendencia.
- Las expresiones *precepto legal* empleadas en el artículo 93, inciso 1 , N° 6 y undécimo, de la Carta Fundamental no pueden hacerse extensivas a los tratados internacionales, concluyéndose entonces, que no procede deducir una acción de inaplicabilidad respecto de normas contenidas en un tratado, por no haberlo autorizado expresamente el constituyente.
- El sentido final del inciso 5 del artículo 54 N° 1 de la Constitución apunta a evitar que Chile incurra en responsabilidad internacional si hace primar su normativa interna por sobre un tratado vigente vulnerando las obligaciones derivadas de éste. Ello se concilia perfectamente con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, lo que junto al principio *Pacta sunt servanda* en el cumplimiento de tales normas –consagrado en el art. 26 de la convención-, constituyen la médula de las obligaciones que un Estado contrae al obligarse por un tratado internacional.
- Podría sostenerse que la obligación de cumplir los tratados internacionales, que se traduce en que sus disposiciones pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho internacional, sólo resulta aplicable a los órganos que intervienen en la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Tal argumento, propio de un análisis de Derecho interno, resulta desvirtuado si se tiene presente que la responsabilidad

internacional por la comisión de un ilícito internacional atribuible al Estado como sujeto de Derecho internacional y no a órganos determinados de éste. Por mucho que no sea el Presidente ni el Congreso, sino que el propio Tribunal Constitucional quien con su actuación produzca la derogación, modificación o suspensión de un tratado, igualmente se generará responsabilidad internacional para el Estado como un todo.

- Este Tribunal se ha encargado de precisar los efectos de la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal pronunciada en virtud de lo previsto en artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental. En este sentido ha sostenido que la acción de inaplicabilidad produce un efecto negativo y otro positivo. Así, tratándose del primer efecto si se declara la inaplicabilidad de un precepto legal – y de acuerdo al fallo en autos, de una norma de un tratado- el juez que conoce de la gestión pendiente no puede aplicar el precepto para fallar el asunto, es decir, tal precepto queda efectivamente suspendido en su aplicación en la causa de que se trata.
- Si se detiene o paraliza temporalmente, aunque sea para un caso concreto la aplicación de una norma de un tratado internacional, ello importa una suspensión del mismo con clara transgresión del art. 54 N°1, inciso quinto, de la Carta Fundamental. Ello, debido a que la referida suspensión opera en forma diferente a lo previsto en el tratado o a las normas generales de Derecho internacional.
- No puede declararse la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional vigente, pues ello importaría una suspensión de la misma y una vulneración del artículo 54, N°1, inciso 5 de la Constitución, con clara responsabilidad internacional para el Estado chileno, al que se imputaría una violación de las obligaciones que le impone ese tratado y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, y, por ende, la comisión de un ilícito internacional.
- Afirmar la constitucionalidad de las normas contenidas en los artículos 47 B y 47 G, inciso 1, N° 4, del proyecto de ley examinado, no obsta a reafirmar la importancia del pleno respecto al principio de supremacía constitucional, el que se resguarda debidamente, en este caso, a través del control preventivo obligatorio o facultativo de las normas de un tratado (artículo 93, inciso 1, numerales 1° y 3° de la Constitución). En cambio, si el Estado ya se ha obligado en virtud de un tratado debidamente ratificado ante los órganos pertinentes, sólo cabe la denuncia o retiro del mismo en conformidad a las normas contenidas en los restantes incisos del artículo 54 N° 1 de la Carta Fundamental.

Del voto disidente pueden destacarse como críticas importantes a la argumentación mayoritaria, el hecho de que cuando el constituyente ha querido conferir facultades de control a una magistratura, como el Tribunal Constitucional, lo ha hecho de manera clara y por sobre todo expresa, tal como lo destaca el profesor Claudio Troncoso “El voto disidente señala que cuando el constituyente ha querido conferirle facultades para efectuar un control de constitucionalidad de los tratados internacionales al Tribunal Constitucional, lo ha hecho en forma expresa y no asimilándolos a leyes, proyectos de ley o precepto legal. Si bastara con asimilar el tratado internacional a un precepto legal carecería de sentido la mención expresa que el Constituyente hace a los tratados, o las disposiciones de éstos en los numerales 1 y 3 del artículo 93” (2010: p. 156). Por otra parte, no parece una práctica interpretativa adecuada y atribuible a una magistratura de tal envergadura, extender el carácter legal de los tratados internacionales de manera limitada, asimilándolos a preceptos legales pero únicamente para efectos de poder efectuar un control de constitucionalidad ex post a través del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, descartando y declarando improcedente que puedan efectuarse requerimientos de inconstitucionalidad al tenor del N°7 del artículo 93 de la Constitución, lo cual es contradictorio pues tanto el N°7 como el N°6 de este artículo se refieren genéricamente a preceptos legales, sin realizar distingo.

Resulta del todo probable que la falta de continuidad en sus pronunciamientos producto de su cambiante interpretación al momento de referirse a la ubicación y naturaleza de los tratados internacionales como fuentes de Derecho interno, se podría resolver si se estableciera dentro de sus estatutos y en lo que se refiere a su jurisprudencia, el principio del precedente vinculante. Pero, frente a la ausencia de dicho principio, la interpretación que el Tribunal Constitucional efectúa sobre los tratados internacionales no contribuye en la determinación de la ubicación de este tipo de fuente dentro del Derecho interno ni tampoco en el reconocimiento de su naturaleza. A su vez, y para efectos de proteger el interés que se ha depositado en esta magistratura, esto es resguardar la supremacía constitucional, resultaría conveniente el extender sus facultades de control a una etapa previa, en tal sentido “los acentos deben estar en un examen más acucioso de la compatibilidad de los tratados con las disposiciones de nuestra Constitución en el periodo de negociación de los mismos o durante su aprobación legislativa, pudiendo incluso considerarse la posibilidad de extender el control preventivo obligatorio que establece nuestra Constitución a todos los tratados sometidos a aprobación del Congreso, mas no de permitir un control de constitucionalidad ex post de tratados vigentes ” (Troncoso: 2010, p 157).

3. Tratamiento y reconocimiento de los tratados internacionales en el derecho comparado, en particular lo que ocurre en Alemania y España.

Haciendo referencia a un aspecto al cual en páginas anteriores se hizo mención, se distingue en la doctrina tres tipos de ubicación que los Estados otorgan dentro de su ordenamiento a los tratados internacionales; es así que por una parte nos encontramos con Estados que en su Carta Fundamental ubican a los tratados en el mismo nivel jerárquico de las leyes, postura que como se ha señalado en este capítulo fue la defendida latamente por nuestra doctrina a partir de la escasa referencia expresa que nuestra Constitución ofrecía sobre este tipo de convenciones, por otra parte, nos encontramos con Estados que ubican y declaran de manera expresa que los tratados internacionales ocupan una posición jerárquica superior a la de sus leyes internas, como lo hizo en su momento la Constitución peruana de 1979, la que en su artículo 101 establecía “En caso de conflicto entre tratado y ley, prevalece el primero”, la Constitución de Costa Rica señala en el inciso 1º de su artículo 7º “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”, a su vez, dentro de la unión europea, la Constitución de la Republica Federal Alemana y la Constitución Española son también cartas tributarias de este reconocimiento de los tratados internacionales -ejemplos que además serán objeto de mayor análisis en este último apartado del capítulo segundo- y en tercer lugar, claro que en un número escaso y bajo supuestos restringidos, se encontrarían las Cartas Fundamentales que otorgan a los tratados internacionales una posición supraconstitucional, ejemplo clásico lo constituye la Constitución Holandesa de 1953, reformada en 1966, la que en su artículo 66 establece “ La leyes en vigor, en el territorio del Reino, no serán aplicables si fueran incompatibles con las disposiciones de tratados que tengan fuerza obligatoria para toda persona y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes”. (Gamboa et al., 2005: pp. 93-95).

Como ya se anunció, la Constitución alemana y española merecen tratamiento aparte, y no solo por su nivel de influencia en el constitucionalismo actual, sino también por ser dos Cartas Fundamentales que se destacan por otorgar carácter práctico al Derecho internacional convencional. La Constitución de la República Federal Alemana de 1949, también llamada Ley Fundamental de Bonn, “está construida como una Constitución en sintonía con el Derecho internacional público”. (Bank, 2003: p.24), esta construcción armónica se hizo presente con anterioridad a la Constitución de 1949 “tanto la República Federal como la Democrática, imponían la equivalencia del Derecho internacional general respecto a los

ordenamientos internos y, en su caso, la prevalencia del Derecho internacional convencional” (Arroyo y Pérez, 2009: p.63). La actual Constitución en su artículo 25, dispone; “Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.” En relación a los tratados internacionales, algunos de ellos para su incorporación al Derecho interno, requieren de una ley federal, el artículo 59.2 señala “Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal”. Si bien esta disposición no lo señala de manera expresa, los tratados de derechos humanos para ser incorporados al Derecho alemán requieren de una ley federal, según señala Roland Bank “estos tratados normalmente están relacionados con los sujetos de la legislación federal. Con la ley de incorporación, el Parlamento expresa su consentimiento con el tratado. A partir de este consentimiento el presidente de la República está autorizado a ratificar el tratado y el texto de éste se publica entonces como una ley nacional” (2003: p. 25). Por otra parte y como ocurre en la mayoría de los procesos de incorporación de un tratado de derechos humanos, no todas sus disposiciones serán de aplicación inmediata o autoejecutables, ello ocurre con algunas normas de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, en que “sólo son *self-executing* las garantías materiales —sea de la propia Convención o sea de los protocolos adicionales—, mientras que otras reglas, como aquellas sobre la formación de la Corte Europea de los Derechos Humanos, no se pretende que sean aplicadas en los Estados miembros de la Convención”(Bank, 2003: p.26). No obstante lo anterior, es destacable que en el Derecho alemán resulten de aplicación directa en este tipo de tratados, aquellas normas que consagran derechos no contemplados en el catálogo constitucional, de esta forma se establece una vía a través de la cual se otorga carácter práctico a los tratados dentro del Derecho interno y se supera el ser en apariencia solo manifestaciones consensuadas de buena voluntad, adquiriendo a su vez mayor importancia como herramientas interpretativas, tal como señala Bank “En la práctica, las garantías de aplicación directa más importantes de la Convención Europea parecen ser aquellas que no corresponden a una garantía en el catálogo de derechos fundamentales presentes en la Constitución. Por ejemplo, la protección contra la tortura no se incluye en la Constitución de manera explícita, lo que conduce, en el ámbito de la protección contra la expulsión en una situación de peligro, a que con frecuencia los juzgados recurran a la garantía de la Convención Europea” (2003: p. 27). En el Derecho español, la Constitución de 1978 contiene normas importantes en relación al reconocimiento, obligatoriedad, jerarquía y función

interpretativa del Derecho internacional convencional en el Derecho interno. En este sentido se consideran determinantes en lo que a convenciones internacionales se refiere, por una parte el artículo 10.2 en relación a su reconocimiento como herramientas interpretativas, y por otra parte, los artículos 93 a 96 en donde se establece su marco normativo. Se destaca el artículo 10.1²⁴, el que declara a estas fuentes como herramientas interpretativas a disposición de los operadores jurídicos “constituye un artículo de remisión interpretativa y un reconocimiento explícito de la validez del Derecho internacional convencional (...) Esto significa que los derechos humanos disfrutan de un plus de protección, primero, porque son parte de la Constitución Española tanto en el mismo texto como a través de los tratados ratificados que forman parte del Derecho interno y, segundo, los tratados se convierten, además, en una *fuerza de interpretación obligatoria* o guía interpretativa *sine qua non* para los tribunales internos” (Arroyo et al., 2009: p.p. 79-80). En relación a la validez y eficacia de los tratados, el artículo 96 constituye una disposición a partir de la cual se pueden diferenciar estos dos atributos. Conforme al artículo 96.1²⁵ una vez publicados, los tratados internacionales forman parte del Derecho español, a partir de ello la publicación determina el inicio de su eficacia y aplicabilidad, más no el de su validez u obligatoriedad, parafraseando a Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, Ernesto Rey Cantor señala “por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o *fuerza obligatoria* frente a aquellos cuya conducta regula” (2006: p. 307), en este sentido “el efecto de la publicación es permitir la aplicación material del tratado, concederle la condición de oponibilidad (...), el tratado es Derecho interno desde que está válidamente celebrado y ha entrado en vigor internacionalmente aunque no esté publicado.” (Arroyo et al., 2009: p. 71). Por tanto, al entenderse que el tratado es obligatorio para el Estado desde antes de su publicación, se faculta a los particulares para exigir, si no se han establecido plazos, acelerar su proceso de publicación, sobre todo cuando en él se establecen derechos no contemplados dentro de su propio catálogo constitucional. A su vez, para algunos autores este artículo resulta determinante en lo que a jerarquía se refiere, pues establece lo que también nuestra Constitución incorporó en su artículo 54 N°1 inciso 5, ambas

²⁴ Artículo 10.2 “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

²⁵ Artículo 96.1 “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

disposiciones en armonía con el artículo 42.2 ²⁶de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, al indicarse por el constituyente que las disposiciones de un tratado ratificado, sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo a la forma prevista por el propio tratado o conforme a las normas generales del Derecho internacional, se reconoce tácitamente a estas convenciones internacionales dentro del orden interno una jerarquía superior, tal como indica Arroyo refiriéndose al artículo 96 de la Constitución española “ Una norma interna inatacable por las demás e incluso no susceptible de suspensión en su aplicación, es jerárquicamente superior (...) Todo el sistema legislativo español ha de plegarse a las normas convencionales” (2009: pp. 74-75)

CAPITULO III

“Aplicación de tratados internacionales ratificados por nuestro país y las consecuencias derivadas de su incumplimiento.”

1. Invocación y reconocimiento de tratados internacionales sobre derechos humanos ante tribunales nacionales y las consecuencias derivadas del incumplimiento de tratados

Si bien es posible sostener siguiendo el tenor actual de nuestra Constitución, que los tratados internacionales ratificados por Chile forman parte del Derecho interno ocupando una jerarquía superior a la de una ley nacional ²⁷ y que, a juicio de algunos a partir de lo que dispone el inciso 2º de su artículo 5, los tratados sobre derechos humanos gozarían de una jerarquía constitucional, su reconocimiento ante tribunales nacionales en algunos casos, en particular en materia de derechos humanos, ha generado cuestionamientos, sobre todo si se considera que la modificación constitucional por la cual se defiende la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos data de 1989. A su vez, el desconocimiento por parte de los jueces nacionales del catálogo de derechos que integran los tratados

²⁶ Artículo 42.2 “La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”.

²⁷ El inciso 5 N° 1 del artículo 54 de la Constitución, al indicar como únicas causales invocables para la terminación de un tratado aquellas que el mismo tratado indique y las que se contemplen en las normas de Derecho internacional, excluyéndose la invocación de disposiciones Derecho interno, tácitamente otorga una jerarquía superior a estas convenciones internacionales, pues, siguiendo el orden piramidal de Kelsen para las normas que integran un ordenamiento, una norma sólo puede ser modificada, suspendida o dejada sin efecto por otra de igual o superior jerarquía. Ergo, al no permitirse la invocación de normas de Derecho nacional para su terminación, el constituyente reconoce la superioridad jerárquica de los tratados internacionales que forman parte del Derecho interno.

sobre derechos humanos también dificulta su reconocimiento al momento de su invocación, desinformación que se agrava con el extenso periodo entre la ratificación y la publicación de algunos tratados, en particular, como ocurrió con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por el ejecutivo en 1966, depositándose el instrumento de ratificación en 1972 y publicándose su texto en el Diario Oficial en 1989. Es así como Néstor Sagüés señala “En Latinoamérica, la mayoría de los actuales jueces no ha recibido *formación ni información* universitaria adecuada y suficiente acerca del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho internacional humanitario, del Derecho comunitario ni de los procesos de regionalización. Incluso en países que han conferido rango constitucional a ciertos convenios sobre derechos humanos, tal desinformación es todavía aguda, y naturalmente preocupante, ya que muchos tribunales locales pueden sentenciar ignorando u omitiendo la aplicación de reglas internacionales con idéntico valor que la Constitución local” (2003: p.207). A su vez, estos problemas de temporalidad y desinformación se refuerzan por la redacción que en los tratados se utiliza, la que suele ser en muchos casos muy genérica, pero que vista desde otra perspectiva se entiende, pues intenta otorgar un margen de invocación, interpretación y aplicabilidad más extenso. Otro factor que afecta a los tratados es la falta de uniformidad interpretativa al momento de su aplicación, ya que la adecuación por parte de los tribunales nacionales a los criterios o lineamientos de interpretación establecidos por los organismos internacionales encargados de definir los márgenes de aplicación de los tratados, como ocurre con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suele ser esquiva. En este sentido Sagüés señala “Por un lado, un fácil hedonismo lleva a muchos jueces locales, por inercia, a seguir decidiendo los casos conforme a las reglas nacionales preexistentes, sin tomarse el trabajo de asimilar todo el aparato normativo nuevo, de fuente internacional” (2003: p. 207).

En nuestro país, un claro ejemplo de aplicación exclusiva de normas de origen nacional, excluyéndose normas aplicables de un tratado ratificado y por tanto, integrante de nuestro ordenamiento jurídico, ocurrió en el llamado *caso Luksic/ Martorell* de 1993, el que puso en conflicto garantías constitucionales las que también gozan de reconocimiento por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual nuestro país es Estado parte²⁸, caso que a la vez imponía a la magistratura nacional el deber de ponderar dichas garantías. El 21 de abril del año 1993 se publica en Argentina el libro de

²⁸ Pacto de San José de Costa Rica, suscrito por nuestro país el 22 de agosto de 1969, depositándose el instrumento de ratificación en la Organización de Estados Americanos el 21 de agosto de 1990, publicándose en el diario oficial el 05 de enero de 1991

Francisco Martorell “Impunidad Diplomática”, en el cual se indaga en las razones que determinaron la salida de Chile del embajador argentino de la época, señor Oscar Spinosa Melo, revelándose algunos de los secretos de extorsión que el embajador argentino utilizaría contra diversas autoridades y personas públicas de nuestro país con las cuales compartió en actividades del tipo social y privado, en vista de que el señor Andrónico Luksic había mantenido un cierto tipo de contacto con el embajador y por temor a que se difundieran en el país relatos que en algún grado comprometieran la honra y la moralidad personal y la de su familia, presentó un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Santiago, solicitando la prohibición del ingreso a nuestro país del libro Impunidad Diplomática, fundando su acción, y en consonancia con el artículo 20 de nuestra Constitución, en que la publicación y difusión del libro en nuestro país, representaba una violación de dos garantías de las que era titular y que se encuentran amparadas por dicho recurso, a saber, el respeto y protección a la vida privada y honra de la persona y de su familia, garantizadas por el artículo 19 N° 4 de la Constitución. Por su parte Martorell sostenía que la publicación de su libro no calificaba como un tipo de medio a través del cual se puedan vulnerar la honra y la vida privada, a la vez que la prohibición de la publicación de su libro en Chile constituiría un acto de censura previa, la cual es estrictamente prohibida por la Constitución en su artículo 19 N° 12, argumentación que consta en el considerando 3° de la corte de alzada²⁹. El 31 de mayo de 1993, la Corte de Apelaciones de Santiago³⁰ acoge el recurso de protección presentado por Andrónico Luksic y dicta una orden de no innovar con lo cual se prohibió temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile hasta que se adoptase una decisión definitiva. Posteriormente Martorell recurre ante la Corte Suprema la que con fecha 15 de junio de 1993, dicta sentencia confirmando el fallo del tribunal de alzada³¹, de esta forma ratifica los criterios de ponderación principalmente empleados por la Corte de Apelaciones a partir de los cuales declara la supremacía del derecho a la vida privada y honra de las personas por sobre el derecho a la libertad de expresión;

²⁹ Considerando 3°: “ (...) la presunta infracción a la garantía invocada, no es posible de cometer a través de un libro, ya que la tipicidad del ilícito constitucional consiste en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia a través de un medio de comunicación social, los que están expresamente establecidos en el artículo 19 N° 12, incisos 4, 5, 7 y 8, concluyendo que, no habiéndose mencionado el libro, no es posible poner en marcha el mecanismo de la protección constitucional. Afirma que el bien protegido en la norma del N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política, es de carácter absoluto, consubstancial al régimen de libertad política, económica, social, cultural y de toda orden que proclama en su texto la Constitución. El ejercicio de estas libertades no puede estar sometido a censura previa, no existiendo excepción que permita sostener lo contrario; agrega que no hay ley que respecto a esta materia haya establecido a priori la facultad para algún tribunal de poder decretar la prohibición para el ingreso al país de un libro y su posterior circulación, so pretexto de resguardar algún derecho supuestamente afectado (...)” .p. 168.

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago (1993): Luksic/ Martorell y otros, Rol: 983-93. (recurso de protección).

³¹ Corte Suprema (1993): Luksic/ Martorell y otros, Rol 21.053-93. (sentencia confirmatoria).

invocando por una parte, el orden de ubicación de los derechos en conflicto en el catálogo constitucional³², y por otra parte, justifica la preeminencia de la defensa de la vida privada y honra a partir de la invocación de tan solo una convención internacional aplicable al caso.³³

El caso llamó la atención internacional, es así que conforme al artículo 44 de la Convención Americana³⁴, Human Rights Watch/Americas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional interponen en el mes de septiembre de 1993 una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). De acuerdo al informe 11/06 emitido por la CIDH, con ocasión de este caso, los requirentes señalan en su denuncia que la prohibición de la entrada, distribución y circulación en Chile del libro "Impunidad diplomática" constituía una violación del artículo 13.2³⁵ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege el derecho de libertad de pensamiento y expresión. Tras considerar admisible la denuncia y constatar el agotamiento por Martorell de todas las instancias judiciales que ofrece el procedimiento nacional, la CIDH solicita al gobierno de Chile antecedentes relativos al caso y se pone a disposición de las partes para lograr un acuerdo amistoso conforme al artículo 48.1 letras a) y f) de la Convención³⁶. Tras los intentos de la CIDH, no se logra un acuerdo entre los peticionarios y el gobierno de

³² Considerando 8º: “(...) Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y en seguida, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12 (...)”p. 171.

³³ Considerando 9º : “Que lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, siendo suficiente para esta magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19 números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permiten la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y también a la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de autos. Todavía más, el artículo 4º de este Pacto permite en circunstancias excepcionales, que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión e información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.” pp. 171-172

³⁴ Artículo 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

³⁵ Artículo 13.2 “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

³⁶ Artículo 48. 1 “La convención tras recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta convención, procederá en los siguientes términos: a) Si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. f) Se pondrá a disposición de las

Chile, pues los peticionarios ponían como condición que se levantara por el gobierno de Chile la prohibición impuesta sobre el libro *Impunidad Diplomática*, mientras esta no se levantara, se negaban a lograr un acuerdo, por otra parte, tras ser notificado el gobierno nacional de la condición impuesta por los peticionarios, el 06 de marzo de 1995 envía una nota a la CIDH, señalando que mientras Francisco Martorell se niegue a comparecer ante tribunales nacionales, el gobierno de Chile tampoco manifestaría su voluntad en orden a someterse a un acuerdo amistoso. Es así como de acuerdo a las facultades que le confiere el artículo 50 de la Convención, la CIDH redacta un primer informe relativo al caso en septiembre de 1995, el que es notificado al gobierno de Chile, luego de que el gobierno remite su respuesta relativa al informe recibido, el 19 de marzo de 1996, la CIDH envía al gobierno el informe 11/06, dejando constancia de su aprobación final y pronta publicación. Sin embargo, la CIDH en marzo de 1996 recibe nuevos antecedentes relativos al caso por parte de los peticionarios, por lo que se informa al gobierno nacional que ante estos nuevos antecedentes, se retrasará la publicación del informe 11/96.

Según consta en este informe, para la CIDH, la medida impuesta por los tribunales nacionales sobre el libro *“Impunidad Diplomática”* de Francisco Martorell, constituye una vulneración al artículo 13.1 y 2³⁷ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tal sentido, la prohibición de su publicación y circulación constituye para este organismo internacional, una forma ilegítima de proteger la honra y la vida privada. De esta forma para los peticionarios *“la censura previa del libro del señor Martorell viola una prohibición explícita del artículo 13.2 (...) de la Convención el que contiene una clara e intencional distinción entre la censura previa y la subsiguiente imposición de responsabilidad. La primera, está expresamente prohibida, mientras que la segunda sólo se permite cuando es necesaria para asegurar el respeto de los derechos y la reputación de otros. (...) Considerando que la libertad de expresión es un derecho fundamental, la Convención prohíbe absolutamente cualquier recurso de censura previa como medio de proteger el derecho al honor y establece que la imposición subsiguiente de responsabilidades constituye la única forma adecuada y aceptable de evitar abusos en el ejercicio de la libertad de*

partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.”

³⁷ Artículo 13.1: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección”.

Artículo 13.2: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación a los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moralidad públicas.”

expresión.” (CIDH, informe 11/96). Al tenor de estos argumentos e invocando la interpretación que la Corte Interamericana realiza sobre la Libertad de expresión declara “*El artículo 13 de la Convención engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones. La Corte Interamericana ha declarado lo siguiente sobre este tema: . . . cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es sólo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de "recibir" información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especial, que se evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo de recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás”.* (CIDH, informe 11/96). De la argumentación expuesta y siguiendo a Humberto Nogueira “La perspectiva asumida por la CIDH y por la Corte Interamericana se refuerzan con algunos principios hermenéuticos básicos aplicables en materia de derechos humanos, entre ellos 1) la libertad es la regla y las limitaciones son excepcionales; 2) el principio favor libertatis o pro cives que obliga a interpretar los derechos en el sentido que permita el mayor desarrollo y ejercicio de ellos, 3) la fuerza expansiva de los derechos. (2000: p. 338). A partir de lo anterior la Comisión en su informe desarticula el artículo 13 de la Convención señalando que en resguardo de la libertad de pensamiento y expresión, en dicho artículo se prescribe un principio básico el cual es la prohibición absoluta de la Censura Previa, principio que a su vez admite expresamente sólo una excepción en su numeral 4º, por tanto, al estar este derecho protegido por un principio de carácter rígido y tal como lo indica el numeral segundo del artículo 13, se declara su ejercicio absoluto, admitiendo únicamente el sometimiento a las responsabilidades posteriores que se deriven de su ejercicio. Por tanto, la prohibición de la publicación y circulación del libro de Francisco Martorell impuesta por los tribunales chilenos constituye un acto de censura previa que viola la garantía que establece en su numeral 1º el artículo 13 de la Convención, a cuyo cumplimiento nuestro país se encuentra obligado como Estado parte y en conformidad al artículo 1.1³⁸ de la misma. Como consecuencia de lo anterior, la CIDH concluye su

³⁸ Artículo 1.1:” Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

informe³⁹ formulando principalmente dos recomendaciones al Estado de Chile: 1) Levantar la censura que en contravención al artículo 13 de la Convención Americana, pesa sobre el libro "Impunidad Diplomática" y 2) Adoptar las disposiciones necesarias para que el señor Francisco Martorell pueda ingresar, circular y comercializar su libro en nuestro país.

En este caso se constata la falta de correspondencia a los criterios interpretativos propuestos, y en estricto rigor, definidos por los organismos internacionales a los cuales nuestro país les ha reconocido facultades, tal como lo hizo con respecto a la Corte Interamericana al momento de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁰ En este sentido, dicha Corte con ocasión de casos anteriores ya se había referido a la extensión y sentido al que debe apuntar la libertad de expresión garantizada en el artículo 13 de la Convención, tal como consta en los argumentos invocados por la Comisión Interamericana para resolver sobre este caso.

Por otra parte es importante considerar que la labor de ponderación que deben efectuar los jueces frente a una colisión de derechos fundamentales garantizados por la Constitución y/o por tratados internacionales, no busca declarar la jerarquía de un derecho por sobre otro, de ser ese el fin de su labor de ponderación, se alteraría el sistema de derechos fundamentales el cual claramente busca la convivencia armónica respeto de todas y cada una de sus garantías, por tanto, frente a la colisión de derechos la labor del intérprete y operador jurídico se debe encaminar a lograr o restablecer el equilibrio entre las garantías en conflicto las cuales se refieren a la realidad subjetiva del ordenamiento jurídico. Tal como señala Nogueira “entre derechos fundamentales no se puede hablar de jerarquía, sino de equilibrio, ya que tanto la honra, la privacidad, la libertad de opinión y de información, se encuentran en el mismo nivel de derechos individuales protegidos por la Constitución, además de tener la misma tutela por la acción constitucional de amparo, tutela o protección.” (2000: p.345) En este sentido, la jerarquía no es un criterio pertinente a la hora de resolver los conflictos que deriven de una colisión en el ejercicio de derechos fundamentales; ya

³⁹ El informe 11/96 en su versión original, se notifica por la CIDH como informe definitivo al Estado de Chile con fecha 19 de marzo de 1996, pero como consecuencia de la presentación de nuevos antecedentes por los peticionarios, se retrasa su publicación. Lo anterior genera molestia en el gobierno de Chile, el que manifiesta a través de sus representantes la vulneración a la seguridad jurídica en el proceder de la CIDH. Como consecuencia de ello, se aprueba el 03 de mayo de 1996 se aprueba por la Comisión el informe 11/06 definitivo, en el que se incorporan modificaciones al contenido de su versión original, pero sin incorporarse las conclusiones y recomendaciones.

⁴⁰ Decreto N° 873 que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, en su letra b) se declara: “El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”.

que desde una perspectiva meramente formal, estas garantías se encuentran conjuntamente incorporadas al ordenamiento jurídico, siendo en su conjunto integrantes del catálogo constitucional y/o de tratados internacionales ratificados por el Estado, por tanto, un criterio objetivo como lo es la jerarquía, resulta pertinente a la hora de resolver conflictos objetivos, como los que se presentan cuando resultan aplicables a un mismo caso dos o más normas cuyo origen jurídico o fuente de Derecho de la cual emergen es diverso.

Un último punto que no deja de llamar la atención en este caso y que genera cuestionamientos en su etapa de tramitación ante los tribunales nacionales – pues fue determinante para que la CIDH considerara que el señor Martorell había agotado todas las instancias que ofrecía la justicia nacional, y que como consecuencia de ello admitiera la procedencia de la denuncia interpuesta- es el examen de admisibilidad que efectuó la Corte de Apelaciones de Santiago del recurso de protección interpuesto por el señor Luksic, pues si bien la Constitución resguarda la mayoría de las garantías fundamentales en ella contenidas en su artículo 19 a través del recurso de protección, el que a su vez admite su interposición frente a actos u omisiones que no solo puedan generar la privación o perturbación de las garantías señaladas en el artículo 20 -dentro de las cuales se contempla la vida privada y honra de la persona y su familia- sino también cuando estos actos u omisiones representen una amenaza para tales garantías. El constituyente declara como base para la operatividad de este recurso, el que estas acciones u omisiones *sean arbitrarias o ilegales*, lo que no se acredita por el requirente en los argumentos en los que funda el recurso, pues si bien es procedente suponer que la publicación en nuestro país del libro *Impunidad Diplomática* podía representar por su contenido una amenaza a su vida privada y honra, no resulta congruente sostener que tan solo la intensión o la realización de gestiones encaminadas a publicar un libro en el país sea efectivamente un acto arbitrario o ilegal.

El incumplimiento de un tratado puede tener origen en diversos órganos o autoridades que representan al Estado en la aplicación o ejercicio de las normas que lo integran, si a ello se agrega por una parte, la amplitud, generalidad y escasa especificación como características propias y del todo necesarias de los tratados que declaran derechos fundamentales, y por otra parte, si se agrega la diferencia interpretativa en cuanto a la extensión que deriva de estos derechos conforme al tenor de la Carta Fundamental y de los tratados que los declaran y que han sido ratificados por los Estados, y por último, si a todo lo anterior se agrega como ocurre en particular en nuestro ordenamiento, la ausencia de

norma constitucional que declare de manera expresa la ubicación jerárquica que tienen o que se debe reconocer a los tratados internacionales que integran el Derecho interno al momento de su aplicación, las posibilidades de incumplimiento de las normas de un tratado resultan ser muy amplias y del todo probables, quedando el Estado sujeto como consecuencia de esta infracción a recomendaciones por parte de organismos competentes, como la Comisión Interamericana en lo que respecta a la aplicación de las garantías que integran el Pacto de San José de Costa Rica, o bien, puede quedar expuesto al juicio y decisión vinculante de un tribunal de justicia internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nuestro país no ha dejado de estar expuesto al juicio crítico por parte de los organismos encargados de velar por el respeto y protección de los derechos fundamentales, principalmente por el criterio antojadizo de su aplicación derivado de la interpretación que se les da a nivel interno a los tratados ratificados que los consagran, como ocurrió con motivo del caso anteriormente señalado, en que la decisión de los tribunales nacionales dejó expuesto a nuestro país al cuestionamiento de la comunidad internacional como un Estado infractor del sistema de protección regional de derechos humanos. Un caso por el que se encuentra actualmente comprometida la responsabilidad internacional de nuestro país a partir de decisiones judiciales internas que se han interpretado como atentatorias de los derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile, ha tenido lugar con ocasión del caso *Atala Riffo e hijas Vs. Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Durante el periodo de sesión N° 92 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la ciudad de Bogotá, se celebraron con ocasión de este caso dos audiencias públicas los días 23 y 24 de agosto de 2011, compareciendo en ellas Jaqueline Karen Atala Riffo junto a sus abogados y los representantes del Estado de Chile, en dichas audiencias Atala prestó declaración respondiendo a las preguntas formuladas por sus abogados así como también a las formuladas por la contraparte y por los jueces que integraron dicha Corte. El fallo de este tribunal se conocerá durante el primer trimestre del año 2012⁴¹.

El actual estado en el que a nivel internacional se encuentra dicho caso y que expone a nuestro país a dar cumplimiento al fallo de este tribunal internacional el que de ser favorable a Jaqueline Atala podría ordenar, entre otras medidas, el pago de indemnizaciones a su favor por el trato discriminatorio recibido y por la interferencia arbitraria en su vida privada y familiar del que habría sido víctima y/o la incorporación de modificaciones al interior de nuestro ordenamiento que respondan o se adecuen a la

⁴¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/CP_10_11_esp.pdf.

actual realidad que debe enfrentar la legislación chilena en materia de familia y cuidado personal, se debe a la escasa consideración que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile por parte de nuestros tribunales al momento de fallar limitando su decisión de manera casi estricta a la normativa de origen nacional.

Karen Atala perdió la tuición de sus hijas menores como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema del 31 de mayo del año 2004 en la que con motivo de la interposición de un recurso extraordinario de queja disciplinaria por parte del padre de las menores en contra de los Ministros y la Fiscal judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco por considerar que actuaron arbitraria e injustamente y contra Derecho al confirmar la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas a la madre de estas, consideró que si bien el inciso 1 del artículo 225 del Código Civil previene que en caso de que los padres vivan separados el cuidado de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva, por tanto, en atención al interés superior de los hijos prescrito en el inciso 2 del artículo 222 y conforme al inciso 3 del artículo 225 del Código Civil, se desprende que para la Corte Suprema la orientación sexual de la madre, la que declaró abiertamente su homosexualidad tras separarse de hecho de su marido y comenzar a convivir junto a sus hijas menores con una pareja del mismo sexo, constituye una causa calificada para perder la tuición de sus hijas pues pone en riesgo a las menores⁴². El 24 de noviembre de 2004, se presenta ante la CIDH una denuncia por parte de Karen Atala Riffo y sus abogados en contra del Estado chileno por considerar que la sentencia de la Corte Suprema al fundarse en la condición sexual de la madre como única causal para revocar la tuición de sus hijas, constituye un fallo discriminatorio⁴³. Según consta en el informe N° 42 del año 2008 emitido por la Comisión con ocasión de este caso, para los peticionarios este fallo de la Corte Suprema vulnera los siguientes derechos garantizados por la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala y de sus tres hijas: el derecho a la integridad personal (artículo 5.1); el derecho a las debidas garantías judiciales (artículo 8); la protección a la honra y la dignidad (artículo 11.1); la protección de la vida privada

⁴² Considerando 12º: *Que, en consecuencia, el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo;*

Considerando 13º: Que la situación planteada en los autos en que se ha entablado el presente recurso de queja, revela que los jueces recurridos no consideraron debidamente los efectos que ella puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas y cometieron falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso;

⁴³ pues tal como indican los peticionarios “la homosexualidad no puede constituir una causa calificada para declarar su inhabilidad como madre, a menos que pudiera probarse concretamente que provocara daños a sus hijas, lo que la Corte no hizo” (CIDH, informe 42/08)

(artículo 11.2); la protección a la familia (artículos 17.1 y 17.4); los derechos del niño (artículo 19); la igualdad ante la ley (artículo 24); y el derecho a la protección judicial (artículo 25), conjuntamente con la violación de las obligaciones de respetar los derechos y adoptar medidas consagradas en los artículos 1.1 y 2 previstos en la Convención Americana; y los artículos 2, 5, 9 (incisos 2 y 3), 12 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ratificada por nuestro país en 1990. La Comisión tras ponerse a disposición de las partes para lograr una solución amistosa en el mes de agosto de 2006, y tras participar las partes en tres reuniones convocadas para tales efectos, el 11 de octubre de 2007 los peticionarios solicitan a la Comisión que continúe con el proceso de tramitación de la petición y con la aprobación del informe de admisibilidad pues se había puesto término al proceso de negociación entre las partes. El 10 de enero de 2008 la Comisión notifica a las partes el término del periodo de solución amistosa, resolviendo finalmente la admisibilidad de la denuncia formulada por los peticionarios. En el informe de fondo N°139 emitido el 18 de diciembre del año 2009, la CIDH concluye que nuestro país es responsable de discriminación por el fallo de la Corte Suprema a través del cual se le privó a la peticionaria de la tuición de sus hijas exclusivamente por su orientación sexual, como consecuencia de ello a través de dicho informe la Comisión formuló una serie de recomendaciones a nuestro país, las cuales no fueron cumplidas y que dieron motivo a la presentación por parte de la Comisión de la demanda en contra del Estado de Chile durante el año 2010 ante la Corte Interamericana, en ella se solicita a la Corte que se declare a nuestro país responsable de la violación de los siguientes derechos y garantías consagradas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos: del derecho a la igualdad y la no discriminación, del derecho a la vida privada y familiar, así como también se busca que se le declare responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de protección especial de las niñas y de asegurar la igualdad de los derechos de los cónyuges tras la disolución del matrimonio, así como también de la violación de los derechos a las garantías judiciales y de protección. Como consecuencia de lo anterior, se solicita en la demanda que al Estado de Chile se le condene a: 1) Reparar el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas, 2) Investigar e imponer las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de las menores, 3) Reconocer públicamente su responsabilidad internacional y publicar las partes pertinentes de la sentencia que eventualmente emita la Corte, 4) Disponer medidas de rehabilitación, 5) Adoptar medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y

erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia, y 5) Pagar las costas y gastos legales incurridos en la tramitación del presente caso.

Con ocasión de este caso llama la atención entre los argumentos formulados por nuestro país que buscan justificar el criterio utilizado por la Corte Suprema y señalar que *“en estos casos el juez o jueza debe optar por preferir un derecho en primacía del otro, resultando preeminente los derechos de los niños por sobre el derecho de su madre El Estado aduce que la decisión de la Corte Suprema se basó en una variedad de elementos incluyendo las circunstancias de las niñas, el mérito de la prueba considerada en el proceso, el deterioro social, familiar y educacional que experimentaron, y la discriminación que sufrieron por parte de sus propias amistades”* (CIDH, informe 42/08). Argumento que resulta cuestionable, pues nada asegura que con la entrega de la tuición de las menores al padre, se pondría término total a la discriminación social que afectaba a las niñas por la homosexualidad de la madre, discriminación que con los ribetes públicos y sensacionalistas que alcanzó el caso podría verse acentuada.

Otro aspecto importante a considerar al momento de ratificar tratados internacionales, son las modificaciones que a nivel interno compromete su implementación, las que pueden derivar en la incorporación de disposiciones a nivel constitucional. Lo anterior tuvo lugar con ocasión de la aprobación del Estatuto de Roma que instaura la Corte Penal Internacional, tratado internacional suscrito por nuestro país el 11 de septiembre de 1998, y que tal como se indicó en el capítulo I de este trabajo, dio lugar a que un grupo de parlamentarios con motivo de su ratificación, presentara en el año 2002, un requerimiento por su inconstitucionalidad, la cual se fundaba principalmente en que su aprobación significaba un *atropello a la soberanía nacional*, toda vez que de acuerdo al artículo 1° de este tratado, según indicaban sus requirentes *“ Se crea una corte de carácter complementario de las jurisdicciones nacionales, su competencia se superpone a la de los tribunales nacionales, pudiendo ser incluso paralela, e incluso contradictoria con ella, de manera que puede calificarse como sustitutiva de la competencia de los tribunales de justicia de nuestro país”*⁴⁴. La sentencia del Tribunal Constitucional que acogió el requerimiento presentado, confirma la existencia de un aparente conflicto pues el ejercicio

⁴⁴ Tribunal Constitucional (2002): Rol N° 346 p.476.

de jurisdicción de la Corte Penal Internacional -y que su propio estatuto lo describe claramente como un ejercicio complementario de la jurisdicción nacional- comprometía, a juicio del voto mayoritario de dicha magistratura la soberanía nacional. Como consecuencia de lo anterior, y por la relevancia que a nivel internacional significaba para nuestro país la incorporación de este tratado, el 30 de mayo del año 2009 se dictó una ley modificatoria – Ley N° 20.352- que declara en su artículo único, la incorporación a la Carta Fundamental de la disposición transitoria VIGESIMOCUARTA, que puso fin a la controversia. Con esta última disposición Chile reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, promulgándose finalmente su Estatuto en nuestro país el 06 de julio de 2009.

CONCLUSION

Es posible señalar que entre el Derecho internacional general y el Derecho interno existe una relación armónica pues el primero en su mayoría se compone de las normas y principios básicos que determinan la configuración de todo ordenamiento interno. En cuanto respecta al Derecho internacional convencional y el Derecho interno, su relación es más compleja pues se encuentra determinada por la realidad jurídica de cada Estado. Tal como se indicó, los Estados al manifestar su consentimiento para celebrar o adherir a un tratado internacional, como sujetos de Derecho internacional adquieren derechos y obligaciones, por tanto, al verificarse su incumplimiento y ser este expuesto ante la comunidad internacional, podrán ser objeto de recomendaciones por parte de organismos internacionales, o bien, podrán ser sometidos al juicio de tribunales internacionales a los cuales les han reconocido jurisdicción al momento de ratificar el tratado por el cual dichos tribunales se constituyen, comprobándose con ello el funcionamiento del sistema internacional destinado a resguardar el cumplimiento de estas convenciones.

Sin embargo, a lo largo de este trabajo se ha podido constatar que el proceso de su aplicación y reconocimiento a nivel interno merece algunos reparos, pues tal proceso en muchos casos pone en duda su fuerza vinculante. Por tanto, si bien los tratados son efectivamente acuerdos de voluntades a partir de los cuales el Estado se obliga internacionalmente a otorgarles reconocimiento y aplicación, su fuerza obligatoria en nuestro país se torna relativa, lo que deriva en que su aplicación y cumplimiento sea irregular y en algunos casos antojadizo, provocado como consecuencia que nuestro país incumpla el Derecho internacional público, comprometiendo por tal razón su responsabilidad internacional.

A partir de este trabajo, se puede señalar que la causa principal del incumplimiento de estas convenciones internacionales se encuentra en la falta de reconocimiento por parte del Estado chileno de la superioridad del Derecho internacional público, a la vez, existirían causas secundarias, entre las cuales se pueden señalar: el carecer dichas convenciones de ubicación jerárquica dentro de nuestro ordenamiento, el no contemplarse plazos mínimos entre el acto de su ratificación y de la publicación del decreto por el cual se promulgan, el no existir dentro de nuestra jurisprudencia la institución del precedente vinculante que ordene uniformar la interpretación que se le otorga a las normas de un tratado internacional invocado por las partes ante tribunales ordinarios, o al momento de ser objeto de

requerimientos, controles preventivos o represivos de constitucionalidad y el no considerarse en muchos casos los criterios de interpretación que a las normas de un tratado otorgan los organismos internacionales facultados al efecto.

Es por lo anterior que mientras no se reconozca la superioridad del Derecho internacional público por el Estado chileno, se mantendrán los problemas de aplicación irregular de los tratados internacionales que nuestro país celebre, siendo sometido nuestro país a denuncias ante organismos y tribunales internacionales, quedando de esta manera expuesto a la formulación de recomendaciones, que comprometen las relaciones internacionales de nuestro país, y a sanciones internacionales que pueden afectar el patrimonio fiscal.

Por otra parte, y en resguardo de la superioridad del Derecho internacional público resulta indispensable en nuestro país la renovación y adaptación del concepto tradicional de soberanía, el cual debe interpretarse en forma armónica a las relaciones inter estatales. Concepto tradicional que invoca nuestro país como fundamento para que algunos tratados internacionales no obstante haber sido incorporados al ordenamiento nacional a partir de su ratificación, no puedan tener íntegra aplicación en nuestro ordenamiento jurídico ya que a juicio de algunos la aplicación de dichos tratados comprometería la soberanía estatal, en razón de que en ellos se otorga jurisdicción a tribunales internacionales no reconocidos por la ley como ordena nuestro Derecho interno. Dicha postura se expuso por el Tribunal Constitucional al momento de acoger el requerimiento por inconstitucionalidad que se presentó con motivo de la aprobación del Estatuto de Roma, en dicha resolución el tribunal adhiere a una concepción rígida de soberanía y confunde ceder jurisdicción con ceder *el ejercicio* de dicha jurisdicción en forma complementaria y subsidiaría a un tribunal internacional, tal como lo dispone el artículo 1º del Estatuto de Roma, error conceptual que se tradujo en la postergación de la incorporación efectiva de dicho tratado en nuestro ordenamiento.

En consecuencia, aún cuando se extendiera en nuestro país la interpretación que de la Constitución española realizan los autores Arroyo y Pérez, citados en este trabajo, según la cual en dicha Carta Fundamental se incorpora una norma idéntica a la que consagra nuestra Constitución en su artículo 54 numeral 1 inciso 5, por la cual se declara que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho internacional, entendiéndose a partir de ello, que si una norma interna - en este caso un tratado ya ratificado e incorporado al ordenamiento- es inatacable por las demás normas que integran un

ordenamiento *dicha norma es jerárquicamente superior*, y aún cuando en nuestro ordenamiento se les reconociera a dichas convenciones internacionales su fuerza obligatoria desde el momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en celebrar o en adherir a dicho tratado, admitiéndose como consecuencia de ello que desde ese preciso momento puedan ser objeto de invocación, mientras no se reconozca por el Estado chileno la superioridad del Derecho internacional público, no se dará el debido cumplimiento a los tratados internacionales que se suscriban, generándose como consecuencia que nuestro país incumpla el Derecho internacional público.

BIBLIOGRAFIA

- Aldunate Lizana, Eduardo (2010): “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Revista Ius Et Praxis*, vol. 16 N°2 pp.185-210.
Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19715603007>.
Fecha última consulta: 19 de julio de 2011.

- Arroyo Lara, Eladio y Pérez Gil, Luis (2009): “La aplicación constitucional preferente del derecho internacional”, en *Estudios Internacionales/Universidad de Chile*, año 42, N° 163, pp. 63-81.

- Bank, Roland (2003): “Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la luz del ordenamiento jurídico Alemán”, en *Revista Ius Et Praxis*, año 9 N° 1, pp. 23-38. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19790104>. Fecha última consulta: 19 de octubre de 2011.

- Benadava Cattán, Santiago (1992): *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Editorial Jurídica de Chile.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996): Caso 11.230, *Martorell/Chile*. Informe N° 11/06 emitido con ocasión de la denuncia interpuesta por Human Rights Watch /Américas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).
Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/casos/96sp.htm>. Fecha última consulta: 26 de octubre de 2011.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008): Caso 12.502 Karen Atala e hijas /Chile. Informe de admisibilidad N° 42/08 emitido con ocasión de la denuncia presentada por Karen Atala Riffo y sus abogados por la sentencia de la Corte Suprema del mismo año que revoca su titularidad sobre la tuición de sus hijas menores.
Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/chile12502.sp.htm>. Fecha última consulta: 26 de octubre de 2011.

- Constitución Española de 1978.
Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/>.
Fecha última consulta: 02 de octubre de 2011.

- Constitución de la República Federal Alemana de 1949.
Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/cons_alf_1949.html. Fecha última consulta: 02 de octubre de 2011.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010): *Karen Atala e hijas/ Chile*. Demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del estado de Chile con ocasión del caso 12.502, presentada con fecha 17 de septiembre de 2010.
Disponible en: <http://www.cidh.org/demandas/demandasESP2010.htm>. Fecha última consulta: 26 de octubre de 2011.

- Corte Suprema (1993): *Luksic/Martorell y otros*. Sentencia dictada con fecha 15 de junio de 1993, Rol N° 21.053-93, que confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (sentencia dictada con fecha 31 de mayo de 1993, Rol N° 983-93), por el cual se acoge el Recurso de Protección presentado por el señor Andrónico Luksic Craig en contra de don Francisco Martorell Cammarella. Fuente: Revista de Derecho y Jurisprudencia de 1993, tomo II, segunda parte, sección V, pp. 164-174.

- Corte Suprema (2004): *Lopez Allende, Jaime. Tuición- recurso de queja*. Sentencia dictada con fecha 31 de mayo de 2004, Rol N° -04. Fuente: Revista de Derecho y Jurisprudencia de 2004, tomo CI, primera parte, sección I, pp. 140-146.

- Frías Ramírez, Yolanda (1986): “Cuatro problemas de la Teoría kelseniana sobre el Derecho Internacional”, en *Boletín mexicano de derecho*, N°5, Nueva Serie año XIX, Enero- Abril. Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/55/art/art3.pdf>.
Fecha última consulta: 19 de julio de 2011.

- Gamboa Serazzi, Fernando, Fernández Undurraga, Macarena (2005): *Tratado de derecho internacional público y derecho de integración*. 2a. ed. LexisNexis Chile. Santiago de Chile.

- García Barzelatto, Ana María (2007): “Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, en *Revista de derecho público/Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*. Santiago de Chile. N° 72, pp. 469-480.

- Kelsen, Hans (1943): *El contrato y el tratado: analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, Imprenta Universitaria, México. (traducción de Eduardo García Máynez)
- Kelsen, Hans (2001): *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, 3a.ed. Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima Perú.
- Llanos Mancilla, Hugo (2005): *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile.
- Marshall Barberán, Pablo (2010): “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 35, 2º semestre, Valparaíso, Chile. pp. 245-286. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512010000200008&lng=es&nr m=iso. Fecha última consulta: 23 de agosto de 2011.
- Medina Quiroga, Cecilia (2006): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1a. ed. Corporación Humanas. Santiago de Chile.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2000): “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en *Ius et praxis*, año/ vol. 6, N° 001, pp. 321-404.
Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19760118>
Fecha última consulta: 29 de octubre de 2011.
- Núñez Poblete, Manuel (2009): “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Estudios- Derecho Internacional*, Valparaíso, junio 2009, N° 32, pp. 487-529.
- Rey Cantor, Ernesto (2006): “El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año/vol. 4 N° 002, pp. 299-334. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82040114>. Fecha última consulta: 22 de octubre de 2011.
- Ríos Alvarez, Lautaro (1997): “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en *Revista Ius Et Praxis*, año 2 N°2, pp.101-112. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19720208>. Fecha última consulta: 19 de julio de 2011.

- Ríos Alvarez, Lautaro (2002): “El control difuso de constitucionalidad de la ley en la república de Chile”, en *Revista Ius Et Praxis*, Vol. 8 N°1, pp.389-418. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122002000100021&lng=es&nr m=iso. Fecha última consulta: 22 de julio de 2011.

- Sagiús, Néstor Pedro (2003): “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencia en Latinoamérica”, en *Ius et praxis* año/vol. 9, N° 001, pp. 205-221.
Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=1979011>.
Fecha última consulta: 20 de octubre de 2011.

- Tribunal Constitucional (2000): Sentencia dictada con fecha 07 de julio de 2000, Rol N° 309-00, con motivo del requerimiento respecto al Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 27 de junio de 1989, Santiago de Chile. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp>.

- Tribunal Constitucional (2002): Sentencia dictada con fecha 04 de marzo de 2002, Rol N° 346-02, con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad presentado por treinta y cinco Diputados respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, Santiago de Chile. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp>

- Tribunal Constitucional (2008): Sentencia dictada con fecha 16 de diciembre de 2008, Rol N° 1288-08, sobre proyecto que modifica la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile. Publicada en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp>

- Troncoso Repetto, Claudio (2010): “Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009”, en *Anuario de Derechos Humanos/ Centro de Derechos Humanos*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago de Chile, N° 6, julio de 2010, pp.149- 157.