

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATADOS Y SU RELACIÓN JERÁRQUICA CON LA LEY*

Crisólogo Bustos Valderrama**

1. LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO¹

Tanto la generalidad de las legislaciones nacionales como el propio derecho internacional convencional² han aceptado la doctrina dualista, al reconocer la existencia simultánea de dos sistemas jurídicos: el derecho interno y el derecho internacional.

No obstante, en la práctica ambos sistemas se encuentran íntimamente relacionados en numerosas materias, lo cual hace necesario que el derecho internacional sea introducido en el derecho interno de los Estados, para hacerlo conocido y ejercitable tanto por las autoridades como por las personas.

* Ponencia presentada en las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público. Valparaíso. 1994.

** CRISÓLOGO BUSTOS VALDERRAMA. Doctor en Derecho. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado.

¹ La expresión "tratado" se refiere exclusivamente a los tratados formales o solemnes. Excluye, por tanto, los acuerdos en forma simplificada.

² Ver artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El derecho internacional no ha establecido un sistema general en esta materia, por lo cual la introducción del derecho internacional en el derecho interno queda entregada a la decisión de cada Estado, tanto en lo relativo al procedimiento cuanto a los alcances jurídicos de esta incorporación.

Sin embargo, es posible distinguir algunos sistemas generales utilizados por los Estados, cuales son:

- 1.1. *Sistema de transformación.* El Estado aprueba una ley interna con el mismo contenido del tratado internacional, con lo cual lo que rige en el Estado no es el tratado sino su propia ley.
- 1.2. *Sistema de reenvío.* Frente a situaciones específicas, el derecho interno ordena la aplicación de las normas del derecho internacional.
- 1.3. *Sistema de incorporación.* El derecho interno establece un procedimiento especial por medio del cual se ponen en vigencia los tratados como parte integrante de él.
- 1.4. *Sistema de recepción global.* La Constitución Política del Estado declara que el derecho internacional forma parte de su derecho interno.

El derecho chileno ha acogido, evidentemente, el Sistema de la Incorporación, puesto que los tratados entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional por medio de un procedimiento especial establecido en la Constitución Política, en el que intervienen tanto el Presidente de la República como el Congreso Nacional.

No hay, pues, en Chile norma alguna que establezca una recepción general y amplia del derecho internacional en el derecho interno, ni tampoco alguna que exija que los tratados sean transformados en derecho nacional mediante promulgación de una ley.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO CHILENO

Creemos que es un buen punto de partida para analizar este tema referirnos al fallo dictado por la Corte Suprema, en el año 1915, en el caso *Godoy y otros con Fisco*, el que, con algunas variaciones y escasas excepciones, ha dominado nuestra jurisprudencia y doctrina hasta el día de hoy. Expresa dicha sentencia:

“Que esta estructura jurídica de los tratados internacionales, y principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que sean ellos verdaderas leyes ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley, tal como la define el artículo 1º del Código Civil”³.

En consecuencia, para el fallo aludido los tratados son leyes en virtud de las siguientes razones:

- Por definición el Tratado reúne todos y cada uno de los elementos constitutivos de la Ley.
- La génesis de un Tratado reúne todos y cada uno de los elementos constitutivos de la génesis de la Ley.
- El desarrollo (tramitación) de un Tratado reúne todos y cada uno de los elementos de la tramitación de la Ley.
- La promulgación oficial de un Tratado reúne todos y cada uno de los elementos de la promulgación de la Ley.

Sin desconocer las modificaciones normativas que se han producido a través del tiempo, efectuaremos un análisis de cada una de estas afirmaciones, con el objeto de decidir si es hoy en día posible sostener que el Tratado es “verdadera ley”.

1.1. Concepto de ley y concepto de tratado

De acuerdo con el artículo 1º de nuestro Código Civil: “ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

La ley considerada como una expresión de voluntad que se sustenta en la soberanía del Estado –cuyo ejercicio delega en el poder legislativo, integrado por el Congreso Nacional y el Presidente de la República– es esencialmente un acto jurídico autónomo y unilateral y, además, esencialmente modificable por la misma voluntad jurídica que lo generó.

³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXIII. Segunda Parte. Sección Primera, página 470, 1936.

Por otra parte, esta ley, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, está íntegramente sometida en su aplicación, cumplimiento e interpretación a la Constitución misma y las demás leyes nacionales.

Por lo que respecta al concepto de tratado, éste se encuentra actualmente definido por el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴, que forma parte del derecho interno chileno, que expresa:

Artículo 2. Términos empleados.

1. Para los efectos de la presente Convención⁵:

a) 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”.

La definición exige, primero y ante todo, que para que exista un tratado debe haber un acuerdo internacional, es decir, una coincidencia de voluntades de dos o más partes. Agrega luego que este acuerdo de voluntades debe producirse entre Estados, en otras palabras, entre entidades a las que el propio derecho internacional atribuya la condición de tales y, además, les conceda la subjetividad internacional, cuales son los Estados Soberanos.

Finalmente, la definición exige que el acuerdo esté regido por el derecho internacional, lo que excluye del concepto de tratado los acuerdos que queden sometidos a derechos nacionales.

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

⁴ Publicada en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981.

⁵ La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados sólo es aplicable a los tratados celebrados por Estados, en forma escrita. Sin embargo, ella establece en su artículo 3º que el hecho de que no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afecta el valor jurídico de tales acuerdos.

2.2. Génesis de la ley y génesis del tratado

De acuerdo con el artículo 62 inciso primero de la Constitución Política, las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros.

Concuerdada esta disposición con el artículo 32 N° 1, que otorga al Presidente de la República la iniciativa general en materias de ley, y con los incisos tercero y cuarto del mismo artículo 62, que le da la iniciativa exclusiva en ciertas materias.

En síntesis, las leyes pueden tener su origen en el Presidente de la República, en el Senado o en la Cámara de Diputados.

La situación de los tratados es absolutamente distinta. El N° 17 del Artículo 32 de la Constitución Política es perentorio para señalar como atribución exclusiva del Presidente de la República, la de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país.

En consecuencia, en lo que a tratados se refiere, nuestro ordenamiento constitucional entrega su iniciativa única y exclusivamente al Presidente de la República, situación que es diferente a la de la génesis de la ley.

2.3. Tramitación de la ley y tramitación del tratado

Es necesario volver al N° 17 del Artículo 32 de la Constitución Política que entrega al Presidente de la República la atribución exclusiva para llevar a cabo negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país. La disposición agrega que los tratados deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1.

Por su parte, el artículo 50 N° 1 declara como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, agregando que la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

El camino a seguir en la tramitación de un tratado resulta, entonces, bastante claro:

- El Presidente de la República negocia los términos del tratado y firma su texto final.
- El Presidente de la República somete el tratado a la aprobación del Congreso.
- El Congreso aprueba (o rechaza) el tratado, sometiendo dicha aprobación a los trámites de una ley.
- El Presidente de la República ratifica el tratado.

Como puede apreciarse, ninguna disposición de la Constitución Política establece que la tramitación de un tratado deba ser idéntica a la de la ley. Por el contrario, ella preceptúa en forma clara que una de las instancias a que debe sujetarse el tratado, su aprobación por el Congreso, se someterá a los trámites de una ley.

Por otra parte, cabe hacer notar que la disposición no señala que los tratados deben ser aprobados por el Congreso por medio de una ley, sino que la aprobación del Congreso: “se someterá a los trámites de una ley”, lo que es jurídicamente distinto y produce importantes consecuencias en derecho.

En efecto, ello nos lleva a distinguir, por una parte, entre el acto jurídico denominado tratado y el acto jurídico denominado aprobación por el Congreso y, por otra parte, entre el acto jurídico denominado aprobación de un tratado por el Congreso y el acto jurídico denominado aprobación de una ley por el Congreso.

El acuerdo que debe adoptar el Congreso en relación a los tratados internacionales es un acto interno del organismo que no puede confundirse con el tratado mismo, puesto que sólo puede aprobarlo o rechazarlo, que constituye una más de las solemnidades esenciales para la validez del tratado y que concluye con la promulgación del acuerdo aprobatorio mismo y su publicación en el Diario Oficial, sin que estos actos impliquen en manera alguna la vigencia nacional o internacional del tratado.

Tampoco es posible jurídicamente confundir el acto aprobatorio de un tratado por el Congreso y la aprobación de un proyecto de ley.

Es el propio texto constitucional el que obliga a esta conclusión, si se considera que la facultad de aprobar los tratados internacionales –como el pronunciarse respecto del tratado de sitio– se encuentra establecida en el artículo 50, entre las atribuciones exclusivas del Congreso, y no en el artículo 60, que establece los asuntos que sólo son materia de ley.

Por otra parte, si la aprobación de un tratado por el Congreso constituyera una verdadera ley, la hermenéutica constitucional nos obligaría a concluir que los tratados sólo deberían ser sometidos a la aprobación del Congreso cuando recayeran en las materias a que alude el artículo 60, conclusión que en derecho no resulta aceptable, por cuanto el artículo 32 N° 17 de la Constitución Política obliga al Presidente de la República a someter todos los tratados a la aprobación del Congreso Nacional, cualquiera sea su materia, con sólo las excepciones que la propia Carta Fundamental establece.

Mucho más habría que decir en un análisis comparativo de la tramitación en el Congreso de una ley y de un acuerdo aprobatorio de un tratado, especialmente en materia de renovación de iniciativas, insistencias y urgencias, pero no nos parece que tales materias sean indispensables para el estudio que estamos desarrollando.

2.4. Promulgación y publicación de la ley y promulgación y publicación del tratado

Ya hemos destacado la total independencia que existe entre la promulgación y publicación del acuerdo del Congreso aprobatorio de un tratado y la promulgación y publicación del tratado mismo.

Este último trámite no se efectúa en Chile en virtud de una disposición expresa, sino como consecuencia de una práctica jurídica que tiene por finalidad incorporar el tratado a nuestro derecho interno y hacer efectiva la presunción de conocimiento de sus disposiciones para todos los habitantes del país.

Sobre el particular ha expresado el Ministerio de Relaciones Exteriores:

“Un tratado entra en vigencia en el plano internacional en la fecha en él designada o, a falta de mención expresa, en el momento del canje o depósito de los instrumentos de ratificación. Una vez en vigencia engendra para las partes contratantes una obligación concreta y de cumplimiento inmediato: la de “incorporarlo” al orden interno de manera que pueda ser conocido y aplicado por los tribunales y las autoridades administrativas y que los particulares (titulares eventuales de derechos y obligaciones derivados del convenio) puedan tener conocimiento cabal de su contenido.”

“La incorporación de los tratados al orden interno es entonces, la primera etapa en el proceso de ejecución o cumpli-

miento, su omisión involucra un quebrantamiento del tratado y trae aparejada la responsabilidad internacional del Estado infractor”⁶.

Una vez ratificado el tratado, éste es incorporado al derecho interno chileno por el Presidente de la República, mediante la promulgación de un decreto por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que es publicado en el Diario Oficial, conjuntamente con el texto del tratado.

Es importante destacar la diferencia fundamental que existe entre la promulgación y publicación de una ley y las de un tratado internacional, cual es la de que mientras la ley tiene plazos perentorios para ello, tales plazos no existen en el caso del tratado. El Presidente de la República no se encuentra obligado a promulgar y publicar un tratado, aun cuando éste haya sido aprobado por el Congreso, situación que se da en la práctica con frecuencia. Esta facultad del Presidente de la República de promulgar y publicar el tratado cuando lo estime apropiado, es consecuencia de su facultad exclusiva para conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y celebrar los tratados internacionales que estime convenientes para los intereses del país. Las circunstancias internacionales son variables y en un momento dado el Presidente de la República puede considerar que un tratado, aun cuando esté aprobado, no resulta conveniente para los intereses del país, por lo cual se abstiene de ratificarlo e incorporarlo al derecho interno.

Finalmente, debemos recordar que, en forma habitual, el decreto promulgatorio de un tratado utiliza la siguiente fórmula:

Decreto:

Artículo único: Promúlgase el Tratado; cúmplase y llévase a efecto como ley y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

La orden del Presidente de la República de que el Tratado se lleve a efecto como ley es un homenaje a la tradición y no produce efectos en derecho, tanto porque no corresponde a un decreto supremo determinar la naturaleza de una fuente del derecho establecida

⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores. *Informe Jurídico* N° 2. M.R.EXT. Chile. 1968.

en la Constitución Política cuanto porque en derecho las cosas son lo que son y no lo que se pretenda por las partes.

3. RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE TRATADO Y LEY EN EL DERECHO INTERNO CHILENO

Todo lo hasta aquí expuesto permite extraer las siguientes conclusiones:

- El tratado aprobado por el Congreso, ratificado por el Presidente de la República y, finalmente, promulgado y publicado por éste se incorpora y forma parte integrante del derecho chileno.
- El tratado, por definición, génesis, tramitación y promulgación no puede ser asimilado a la ley.

Llegando a este punto, resulta oportuno formularse la pregunta acerca de cuál es la relación jerárquica entre tratado y ley, si ambos conceptos no son asimilables.

En nuestro concepto, el tratado es una fuente del derecho interno chileno que jerárquicamente está colocada por sobre la ley, en virtud de las siguientes razones:

3.1. La ley es una declaración de la voluntad soberana del Estado de Chile, manifestada en forma unilateral, esencialmente modificable, también unilateralmente, y sometida al derecho chileno. El tratado es un acuerdo de voluntades soberanas entre el Estado de Chile y otro u otros Estados, adoptado libremente, no modificable en forma unilateral y regido por el derecho internacional.

El respeto a las normas del derecho internacional está vinculada a la inserción de Chile en la comunidad mundial de Estados, con la cual ha asumido claros compromisos⁷, y de él depende el honor y la credibilidad de nuestro país en una sociedad internacional de la cual somos cada día más dependientes.

Nuestra respetabilidad frente a la comunidad de las naciones, a través del cumplimiento de los compromisos voluntariamente con-

⁷ Carta de las Naciones Unidas. Artículo 2º N° 2. Carta de la Organización de Estados Americanos. Artículos 10 y 17.

traídos, nos obliga a hacer prevalecer las normas de los tratados por sobre las contenidas en las leyes nacionales.

3.2. No es posible en derecho la existencia de un acuerdo válido, si el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes quedara entregado exclusivamente a su voluntad y esto es lo que ocurriría si la ley interna chilena prevaleciera sobre los tratados.

3.3. Conforme al artículo 2º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que constituye derecho interno chileno, el tratado está, por definición, sometido al derecho internacional. En consecuencia, si fuera válida su sujeción a la ley interna tendríamos que concluir que no existe tratado.

3.4. El artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece el principio “pacta sunt servanda”, disponiendo que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe, lo que no ocurriría si el tratado queda sometido a la ley interna.

3.5. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, disposición que es incompatible con el sometimiento de los tratados al derecho interno chileno⁸.

3.6. El artículo 50 N° 1 de la Constitución Política otorga atribuciones exclusivas al Congreso para aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República. Esta solemnidad permite al Congreso aprobar o desechar las modificaciones que el tratado introduzca en las leyes preexistentes, pero la

⁸ Esta norma se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46, que expresa: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.” Como puede apreciarse, la excepción es de un carácter extraordinariamente limitado.

Constitución no ha establecido mecanismo alguno para que el Congreso pueda modificar posteriormente un tratado aprobado.

Es precisamente en consideración a este efecto que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, ante una consulta formulada por una Sala de esa Corporación respecto de la existencia en la legislación nacional de proyectos de acuerdo con diferente rango normativo, es decir, de quórum calificado, orgánico constitucional y modificatorios de la Constitución, expresó textualmente:

“a) Que cuando las normas de un tratado internacional incidan en materias propias de ley orgánica constitucional o de quórum calificado, el correspondiente proyecto de acuerdo puede ser sancionado por el Congreso Nacional con el quórum requerido para la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según el caso”⁹.

3.7. De acuerdo con el artículo 50 N° 1 de la Constitución Política, el Congreso sólo puede aprobar o rechazar en bloque un tratado y no puede introducirle modificaciones.

Sería un contrasentido total admitir que el Congreso puede posteriormente modificar un tratado por medio de una ley.

3.8. El artículo 60 de la Constitución Política señala en forma taxativa los asuntos que son materia de ley y entre ellos no incluye la modificación de los tratados internacionales, de tal manera que el Congreso carece de competencia para modificar estos acuerdos.

3.9. El ámbito de materias que pueden ser objeto de un tratado no tiene otra limitación que la estimación de conveniencia para los intereses del país por parte del Presidente de la República, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 32 N° 17 de la Constitución Política. Las materias propias de ley están limitadas a las señaladas en el artículo 60 de la Constitución.

Sería una incongruencia jurídica tanto sostener que el Congreso puede modificar los tratados sólo en materias propias de ley como sostener que respecto de los tratados las materias propias de

⁹ Acuerdo de 19 de octubre de 1993. Boletín 139-10.

ley deben estimarse ampliadas a toda materia contemplada en un tratado.

3.10. La jerarquía superior del tratado frente a la ley quedó expresamente reconocida en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la que consideró que era indudable que desde el punto de vista jurídico los tratados tenían una fuerza superior a la de la ley, no pudiendo ser modificados por actos unilaterales, de tal manera que no podrían introducirse modificaciones sin el consentimiento de las otras partes contratantes, porque esto constituiría una aberración jurídica¹⁰.

4. EL TRATADO, UNA FUENTE DEL DERECHO INTERNO CHILENO CON NATURALEZA PROPIA

Establecido que el tratado vigente en Chile no puede ser asimilado a la ley y que tiene un rango jerárquico superior al de ella, resulta forzoso concluir que él constituye una fuente del derecho interno chileno con naturaleza propia.

Al parecer, la opinión mayoritaria que se ha venido sosteniendo hasta la fecha y que lo asimila a la ley, ha estado distorsionada por una visión parcial –tal vez, también, chauvinista y desconfiada– del fenómeno de la incorporación del tratado en el derecho nacional, identificando tal proceso con una sumisión del derecho chileno o, lo que es peor aún, en una transformación del derecho internacional en nacional, perdiendo el primero su naturaleza propia.

La incorporación no es sumisión ni transformación. Es un proceso de “agregación” al derecho chileno, de “unir para hacer un todo” con él. Se produce aquí un doble fenómeno: por una parte, el tratado pasa a ser derecho chileno; por la otra, el derecho chileno se abre al derecho internacional, lo acoge como tal y enriquece el contenido y alcance de su normativa.

La incorporación de un tratado al derecho nacional no es un empobrecimiento del derecho internacional, sino un enriquecimiento del derecho chileno, es un expandirse hacia nuevas fronteras en la búsqueda de la justicia y el bien común, haciendo coincidir nuestros

¹⁰ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Sesión 371, página 2585.

valores con los de la sociedad internacional y comprendiendo que ellos son inalcanzables encerrados en nacionalismos estrechos.

Mirado con una perspectiva más amplia, la incorporación de cada tratado al derecho chileno es un buen camino para –revirtiendo un proceso histórico que fue universal– volver a comprender y aceptar que el *jus gentium* es naturalmente parte de nuestro sistema jurídico, y así poder decir algún día, como lo hacen la doctrina y la jurisprudencia de la familia jurídica anglosajona: *international law is part of the law of the land*.

Desde el momento que se reconoce al tratado su condición de fuente del derecho chileno sin perder su naturaleza propia, se producen importantes efectos en su cumplimiento y aplicación interna, algunos de los cuales desearíamos destacar:

- 4.1. Los tratados sólo pueden ser modificados sujetándose a las disposiciones de la Parte IV de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
- 4.2. Los tratados sólo podrán ser declarados nulos, terminados o suspendidos de acuerdo con las disposiciones de la Parte V de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
- 4.3. La interpretación de los tratados deberá efectuarse conforme a las disposiciones contenidas en la Sección 3, de la Parte III, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.