

SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES Y EN LA CONSTITUCION

Claudio Troncoso Repetto

Universidad de Chile y
Universidad Nacional Andrés Bello

Tomás Vial Solar

Universidad Nacional Andrés Bello

Como es bien sabido, la reforma constitucional de 1989, entre otras cosas, introdujo una importante adición al artículo 5º de la Constitución de 1980. La nueva redacción de ese precepto ha producido variadas interpretaciones, no pareciendo haber ni en la doctrina como tampoco en la práctica jurídica unanimidad ni claridad respecto al sentido, efectos y consecuencias de esta norma.

El asunto ya es de importancia si pensamos que no estamos hablando de una norma de rango meramente legal, sino que una de carácter constitucional. Pero el problema parece más serio si se piensa que nos estamos refiriendo a una disposición fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, perteneciente a las bases de la institucionalidad.

El objeto de este trabajo es el de explorar una interpretación de los efectos que la reforma de 1989 produjo en el artículo 5º y en el resto del sistema constitucional, formulando algunas preguntas respecto a las consecuencias que ella acarrea. Nuestra atención se centrará primariamente en el significado que se le atribuye al concepto de derechos esenciales que los órganos del Estado deben respetar y promover y que están garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, para luego entrar a un análisis de ciertos problemas que este texto ha presentado.

JERARQUIA DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS CONTENIDAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Uno de los puntos de mayor debate en la doctrina nacional es que se refiere al rango normativo que se le habría otorgado por la reforma constitucional de 1989 a los tratados sobre derechos humanos.

Para un sector importante de la doctrina nacional, los tratados, incluso los que tratan sobre derechos humanos, no son sino leyes, y, por lo tanto, las normas contenidas en ellos poseen ese *status*¹. Para otra parte de la doctrina, los tratados que contienen normas de derechos humanos habrían alcanzado rango constitucional como producto de la reforma². Finalmente, es posible plantear una tercera tesis, que argumentaría la "supraconstitucionalidad" de esas normas.

¹ Esta es la posición sustentada entre otros por Miguel Ángel FERNÁNDEZ, "La reforma al artículo 5º de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, 1989, pp. 809-825; Santiago BENADAVA, "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos", en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992; Gastón GÓMEZ, "Constitución, Derechos Esenciales y Tratados", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Nº 27, junio 1993, pp. 71-100; Cristóbal ORREGO, "Vigencia de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno". Ponencia presentada ante el Congreso Jurídico Multidisciplinario "El Derecho en el siglo XX. Balances y Perspectivas", U. de Valparaíso, 1991.

² Así, entre otros, Humberto NOGUEIRA, "El artículo 5º de la Constitución y la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos", Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Público, octubre de 1991, p. 3; César PINOCHET, "Sistema Penitenciario Chileno, Derechos Humanos y artículo 5º de la Constitución Política de Chile", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Nº 20, ene-

Nuestra postura es que la reforma no se refiere a los tratados en sí, sino que a los "derechos esenciales" garantizados en aquéllos, lo que creemos es algo enteramente diferente³. El inciso segundo del artículo 5º dice que es un límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que el Estado tiene el deber de respetar y promover los derechos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales. En este precepto la propia Constitución está diciendo, no en forma taxativa ni excluyente⁴, así pensamos, donde se encuentran esos derechos esenciales. Ella está señalando las fuentes formales, Constitución y tratados en este caso, en las cuales se garantizan algunos de esos derechos esenciales. Y, teóricamente, podría haber incluido muchas otras fuentes, tales como la jurisprudencia, la costumbre interna o internacional, o un texto religioso o moral, como la Biblia, por ejemplo. Creemos que no se debe confundir el contenido material de un determinado cuerpo normativo con la norma en su totalidad. Se puede así perfectamente distinguir entre cierto contenido de una norma, por ejemplo preceptos que fijen competencia, u otros que garanticen derechos, con la totalidad del texto.

En nuestra opinión, lo que ha establecido la reforma es que lo que tiene o tendría rango constitucional son los derechos esenciales contenidos en esos documentos y no el documento mismo, como totalidad. De esta forma,

son los derechos esenciales que se encuentren garantizados en un tratado los que podrían tener rango constitucional y no el tratado internacional, que tendrá dentro de la jerarquía interna el *status* que le corresponda según el modelo de incorporación del derecho internacional que se escoja. Así se separa la discusión, hoy en día imperante, entre cuál es el rango interno de los tratados en Chile y el de los derechos esenciales contenidos en ellos. En nuestra opinión, la reforma no afectó a los tratados en sí, sino que a ciertas normas de ellos, aquellas que garantizan derechos esenciales. Esto, a nuestro juicio, abre una discusión enteramente diferente a la producida hasta ahora. Una cosa son los derechos humanos y otra los tratados. Nuestro trabajo continuará centrado en los efectos que tiene esta interpretación dentro del sistema constitucional chileno.

De lo anterior se puede concluir que en los tratados internacionales habrían normas con diferentes categorías normativas⁵. Unas, con un rango que podríamos llamar común, que sería el rango del tratado, y otras, que tendrían rango constitucional. Se produce, de esta forma, un fenómeno similar al ocurrido con las normas de rango orgánico constitucional, que están calificadas así no por estar en una llamada ley orgánica constitucional, que contienen, como sabemos, también normas de rango común, sino porque corresponden a aquellas materias que expresamente la Constitución ha calificado como orgánicas⁶.

ro 1992, p. 113-119; Cecilia MEDINA, "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales", Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993; Mario VERDUGO MARINKOVIC, "Importancia de la reforma constitucional para el régimen democrático", XX Jornadas de Derechos Público", U. de Valparaíso, EDEVAL, 1990 pp. 285-320.

³ Miguel Angel Fernández, en el trabajo antes citado, señala esta misma interpretación, para luego concentrar todo su esfuerzo en analizar a los tratados en relación con la Constitución. Ver Miguel Angel FERNÁNDEZ, "La reforma del artículo 5º...", p. 819.

⁴ Nosotros nos hacemos eco aquí de la tesis planteadas por otros autores de que la limitación de la soberanía expuesta en el artículo 5º no se agota en los derechos garantizados explícitamente en la Constitución o en los tratados. Sobre este punto nos parece muy relevante el artículo de Salvador MOHOR, "Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución de 1980", Revista de Derecho Público, N° 47-48, 1990, pp. 153-183.

⁵ Precisamente sobre este punto la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, ante una consulta formulada por la Sala de esa corporación, relativa a si existían en nuestra legislación proyectos de acuerdo con diferente rango normativo, es decir, de quórum calificado, orgánico constitucional y modificatorios de la Constitución, señaló 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 debe 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, y*

b) *Que no resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de proyectos de acuerdo modificatorios de la Carta Fundamental"*.

La fecha del acuerdo es el 19 de octubre de 1993 y el número de boletín el 139-10.

⁶ Ha sido práctica unánime del Tribunal Constitucional el aceptar que las llamadas le-

Es posible plantear la interrogante de si esta interpretación se ajusta al texto constitucional. La pregunta que se plantea es si es constitucional pensar que una norma que garantiza un derecho esencial contenida en un tratado internacional pueda tener un rango constitucional.

Al respecto, se podría señalar que si la soberanía reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la persona humana, principio que aparece claro en el artículo 5º, no parece compatible con esa idea el que los instrumentos que reconocen y garantizan esos mismo límites estén subordinados a los actos por los cuales se ejercita la soberanía, como son las leyes y los actos de las autoridades públicas. De ser así, simplemente no hay límite eficaz, jurídicamente hablando. Por lo tanto, parece compatible con el concepto de soberanía limitada que contiene la Constitución de 1980 el que haya normas que escapen a ella, o que, al menos, estén fuera del ámbito de lo simplemente legal. Bajo este concepto el pensar que las normas de derechos humanos, y aquí queremos igualar el concepto derechos esenciales con el de derechos humanos o fundamentales, posean una especial protección, como es la que otorga su rango constitucional, aunque se encuentren en un documento originalmente distinto y separado de la Constitución, no parece infringir la Ley Fundamental, sino que, todo lo contrario, parece profundizar la tendencia a garantizar los derechos de las personas.

Un segundo argumento en favor de esta interpretación es que la reforma de 1989, en este específico aspecto, tiene que tener algún sentido útil⁷. Es indiscutible que el objeto de la misma fue el de fortalecer las garantías de los derechos humanos y no el de debilitarlas. Con anterioridad a la misma, Chile era parte de varios tratados de derechos humanos que obligaban al Estado. ¿Con qué objeto se los

menciona entonces en el artículo 5º reformado si no es con el fin de modificar el *status* de las garantías en ellos reconocidos o protegidos, mejorándolos?⁸ Toda interpretación constitucional debe ser útil y, podemos agregar, favorable al objeto mismo de una constitución, que no es sino el de garantizar los derechos de las personas⁹.

Una interpretación que mantiene a las normas de derechos humanos en el mismo *status* que el anterior a la reforma, simplemente dice que ésta, en esta materia, nada agregó a la Constitución. La reforma de 1989 tiene que producir en la Carta Fundamental una diferencia entre el "antes" a ella y el "después".

Otra razón en favor de una interpretación como la que estamos sosteniendo es el propio contexto histórico que precedió a la reforma, el cual explica muy bien los motivos u objetivos que se buscaron para acordarla.

Con anterioridad a la reforma de 1989 el régimen militar se había negado a aplicar en Chile los pactos de derechos civiles y políticos ya ratificados por Chile, alegando que faltaba su publicación y promulgación interna¹⁰. Es este precedente el que da el contexto a la reforma de 1989. Es decir, una situación en la cual Chile, pese a haberse obligado internacionalmente, desconocía los efectos propios de los tratados, que era el de proteger los derechos de sus ciudadanos ante los actos del Estado. Es claro que la reforma buscó enmendar esta situación, encomendándole a los órganos del Estado respetar y proteger los derechos contenidos en los tratados internacionales. ¿Cómo podría colocarse en práctica eso

⁸ De la misma forma opina Cecilia MEDINA, *op. cit.*, p. 48.

⁹ Uno de los principios de interpretación considerados más importantes, por lo menos para un buen sector de la doctrina, es que la interpretación constitucional debe tener en cuenta el fin de toda Constitución. A esto se le ha llamado el elemento teleológico en la interpretación. Para ello ver a Patricio ZAPATA, "La Interpretación de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 1, 1990, pp. 161-177.

¹⁰ Como bien señala Alejandro Silva Bascuñán: "La inspiración de esta importantísima reforma se encuentra en la apreciación de nuestros juristas y de la comunidad internacional en cuanto a que nuestro país ha faltado en el manejo interno a preceptos que lo comprometían ante los demás Estados", ver Alejandro SILVA BASCUÑÁN, "Reformas sobre Derechos Humanos", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, 1989, pp. 579-589.

yes orgánicas contienen normas de diversos rango. De esta forma las "leyes orgánicas" son en realidad leyes mixtas, con normas materialmente orgánicas y otras que sólo lo son formalmente, por estar contenidas en una ley con esa denominación. La reforma del artículo 63 de la Constitución, efectuada en 1989, vino a reforzar esta jurisprudencia constitucional. Ver sobre este asunto a Patricio ZAPATA, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-1991", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 18, N° 2, 1991, pp. 261-330.

⁷ Este argumento es también compartido por Cecilia MEDINA, en "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales", p. 43.

si acaso la situación se mantenía idéntica a la previa a la reforma?

La reforma, al otorgar rango constitucional a los derechos consagrados en los tratados internacionales, impide que se vuelva a repetir la situación en la cual los órganos del Estado aleguen que falta algún requisito de origen legal, como la promulgación o la publicación, o cualquier otro, para eludir su plena aplicación. Al tener rango constitucional, producto de esa "protección", las normas de derechos se hacen exigibles a toda persona o grupo, de pleno derecho, tal como lo determina el artículo 6º de la Constitución.

Sin embargo, la opción de considerar a las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales como de rango constitucional presenta también numerosas interrogantes. A continuación pasaremos revista a algunas de ellas.

a) El otorgarle rango constitucional a las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales implica, obviamente, una ampliación del texto constitucional en lo referente a derechos y garantías. Esta ampliación es en extremo importante dado el número y complejidad de los tratados ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes. Esta nueva fuente de derechos puede encontrarse en diversas posiciones respecto al texto constitucional previo a la reforma de 1989.

Si la protección otorgada en los tratados internacionales es compatible con el texto constitucional, aunque sea más precisa y detallada, o incorpore nuevos derechos, como sucede por ejemplo en el área de los derechos económicos y sociales, este nuevo contenido se adiciona la Constitución, complementando las garantías vigentes a ese momento. En este caso los órganos del Estado, al aplicar las normas constitucionales, deben hacer una lectura conjunta de ambos cuerpos normativos, Constitución y tratados, dándole a cada derecho y garantía toda su completa extensión.

Si lo garantizado por los tratados internacionales está en conflicto con el texto constitucional vigente al momento de la reforma de 1989, es nuestra opinión que esa misma reforma *modificó la Constitución en estos aspectos, derogándose las normas constitucionales contrarias a los tratados*, pues aunque algunos de esos tratados eran previos a la propia Constitución de 1980, su rango constitucional y los efectos propios de adquirir esa calidad se producen desde el momento en que se adopta la reforma. De esta forma, la reforma de 1989 no sólo modificó la Constitución en los aspectos expresamente enumerados en ella sino que, aún más importantes, incluyó en el listado de garantías protegidas constitucionalmen-

te todas aquellas previstas en los tratados internacionales vigentes al momento de la reforma.

Que la reforma implica una modificación de texto constitucional y una derogación de aquellos preceptos contrarios al texto de los tratados, que desde este punto de vista no son sino como nuevas garantías agregadas a la primitiva Constitución, parece fácil de justificar, pues la reforma, y los efectos propios de ella en el texto original, fue efectuada cumpliéndose todos los requisitos previstos para llevarla a cabo bajo el régimen del período transitorio. Sin embargo, distinta es la situación de aquellos tratados que entren en vigencia después de la reforma, ya sea por ratificación o adhesión. En estos casos alegar una jerarquía constitucional para las normas de derechos humanos contenidas en esos tratados implica que cada vez que se apruebe un tratado internacional que contenga normas de derechos humanos se estaría modificando la Constitución, ya sea por adición o derogación.

De acuerdo a esta interpretación se reformaría el texto constitucional por una vía distinta a la reglada por el capítulo XIV de la Constitución, y con un quórum distinto, de sólo mayoría simple, siendo que el capítulo III, relativo a los derechos y garantías, exige para su reforma dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio y de un Congreso Pleno para su aprobación.

El conflicto que aquí se presenta podría ser salvado si se postulara que en caso de que un tratado contenga normas que garanticen derechos fundamentales, esa parte del tratado debe ser votado como una reforma constitucional, con los respectivos quórum. Y esto parecería coherente con el propio espíritu de la reforma de 1989 y con el régimen general de enmienda constitucional. Si lo que ha constitucionalizado el artículo 5º reformado son los *derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales y no los tratados mismos*, y si cada vez que se apruebe un tratado internacional se ratifique y éste entre en vigencia internacional, se va a modificar la Constitución, lo más coherente sería, de acuerdo a esta interpretación, que esa aprobación, en lo que concierne a las normas de derechos humanos, sea aprobada bajo las normas y los quórum que rigen la reforma de la Constitución, en aquello aplicable¹¹.

¹¹ En este punto, autores favorables a la interpretación de que estos tratados (o sus normas) poseen rango constitucional sostienen que la reforma de 1989 instituyó un procedimiento secundario de reforma de la Constitu-

b) Si la reforma del artículo 5º ha constitucionalizado los derechos esenciales incluyéndolos en el texto constitucional como parte integral del mismo, uno de los problemas que parece necesario ir dilucidando es en qué manera este cambio afecta la mecánica de los recursos establecidos en la propia Constitución para garantizar su supremacía y la defensa de los derechos en ella contemplados. Sin la posibilidad de utilizar los actuales recursos constitucionales, el efecto práctico de la reforma, que fue el de aumentar la protección a los derechos de las personas, se hace totalmente teórico.

En esta parte del trabajo trataremos de explorar los efectos que tiene la reforma en los recursos constitucionales, entendiendo por ellos aquellos que establecidos en la Constitución protegen los derechos establecidos en ella y la supremacía del texto fundamental¹².

1) En lo que respecta al recurso (sería más apropiado hablar de acción) de reclamo de pérdida de la nacionalidad previsto en el artículo 12 de la Constitución, en el texto del mismo no se mencionan qué normas se aplican en su resolución. En todo caso es necesario relacionarlo con las causales de pérdida de nacionalidad taxativamente señaladas en el artículo 11 de la Constitución. Sin embargo, en virtud de los artículos 5º y 6º de la Ley Fundamental, la Corte Suprema estaría obligada a tomar en cuenta aquellas normas constitucionales pertinentes y entre ellas los tratados que digan relación con el derecho a tener una nacionalidad¹³, por lo que en este caso las normas sobre derecho a una nacionalidad contempladas en tratados internacionales estarían protegidas por este recurso constitucional.

ción, diferente al establecido en el capítulo XIV de ella, al ser aprobados los tratados con un quórum de mayoría de los diputados y senadores. A este respecto ver Humberto NOGUEIRA, "Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y su relación con el Derecho Convencional Internacional a la luz del artículo 5º de la Constitución Chilena", en Cuadernos de Análisis Jurídico, Nº 27, junio 1993, p. 59.

¹² Esta es la definición que da José Luis CEA en su "Tratado de la Constitución de 1980", Editorial Jurídica, Santiago, 1988, p. 314.

¹³ Este es un caso en que la reforma de 1989 agregó, o, mejor dicho, hizo explícito un derecho que no se garantizaba expresamente en la Constitución. El pacto de San José, en su artículo 20, habla expresamente que toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2) El recurso de amparo o de hábeas corpus prescrito en el artículo 21 de la Constitución establece que todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley para así obtener se restablezca el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Si hemos sostenido que desde la reforma al artículo 5º las normas de derechos humanos forman parte de la Constitución, la alusión que en este artículo se hace a ella debe también incluirlos, con lo que, en nuestra opinión, si a alguien se le arresta, detiene o declara procesado en contravención a alguna de las normas estipuladas en los pactos internacionales, esa infracción sería atacable vía este recurso de amparo, otorgándose así plena eficacia interna y práctica a las normas señaladas en ellos, lo que corresponde plenamente con el fin de esos tratados y con el de la reforma del artículo 5º: mejorar la protección del individuo.

Lo mismo puede decirse del inciso tercero de este artículo, que establece el amparo preventivo cuando alguien sufra privación, amenaza o perturbación en sus derechos a la libertad personal y seguridad individual. ¿Qué se debe entender por libertad personal y seguridad individual? En nuestra opinión estos conceptos deben ser comprendidos en la forma en que la Constitución los entiende, tal como ella los define, pues son conceptos constitucionales. Y dentro de ella, como hemos sostenido, están incluidos los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales. De esta forma, cuando hablemos de libertad o seguridad debemos hacer mención a la forma en que la normativa internacional se refiere a ellos, a fin de tener una visión completa de su definición constitucional.

3) En cuanto a los recursos constitucionales destinados a cautelar la supremacía constitucional y que están contemplados en los artículos 80 y 82, es decir, el recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema y las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, todos ellos, desde la reforma, deben incluir en su análisis de la Constitución como norma los derechos garantizados en los tratados, pues, como ya hemos dicho, ellos forman parte de su texto.

En el caso del recurso de inaplicabilidad establecido en el artículo 80 de la Constitución, éste se estableció justamente para proteger la supremacía constitucional cuando una ley sea contraria a la Constitución. Bajo este concepto un precepto legal que violara o menoscabara una garantía constitucional o un de-

recho protegido en un tratado internacional, claramente violaría, dado el mandato inscrito en el artículo 5º, la Constitución. De esta forma el recurso de inaplicabilidad sería también uno de los medios para hacer practicable la protección de los derechos humanos.

En cuanto al control de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Constitucional, éste se produciría, en la materia que nos importa, cuando alguno de los proyectos, ya sea de reforma constitucional, leyes orgánicas, interpretativas de la Constitución o tratados, contravengan alguno de los derechos incluidos en los tratados. Al ser éstos parte de la Constitución, gozan de la garantía de su protección vía el control preventivo que ejerce el Tribunal Constitucional.

4) Hemos dejado para el final el recurso de protección porque estimamos que es el que presenta mayores dudas respecto a su posible empleo como medio de otorgar protección efectivo a los derechos contenidos en los tratados. Este recurso constitucional protege las garantías que taxativamente se enumeran en el artículo 20 de la Constitución. ¿Se entienden ellas modificadas por las normas de los tratados y, por consiguiente, susceptibles aquéllos de servir de fundamento a la interposición del recurso? Una interpretación algo literalista señalaría que el tenor del artículo 20 protege estrictamente las garantías que ahí se enumeran, debiendo el contenido de las mismas estar única y exclusivamente en ellas, y no en otras normas, aunque éstas sean del mismo rango. De esta forma, si un precepto de un tratado derogó o amplió una de las garantías cubiertas por el recurso de protección, eso no afectaría al recurso, ya que éste sólo se relacionaría con el texto concreto de la garantía protegida.

Otra alternativa sería sostener que, por ejemplo, la garantía de la igualdad ante la ley, al ser modificada, ya sea en forma de adición, derogación o modificación, por las normas de los tratados, está protegida por el recurso como garantía, y que la referencia al número del artículo 19 lo es sólo con el objeto de identificar el derecho protegido por ese recurso, entendiendo a éste como una totalidad que implica, por cierto, las normas que lo modifican contenidas en tratados internacionales. De esa forma, la referencia numérica que se hace en el artículo 20, por ejemplo, al artículo 19 número 4º, no es al puro texto comprendido en ese numeral, texto que dado el efecto modificatorio que tiene la reforma de 1989, puede estar total o parcialmente derogado o fuertemente modificado por ésta, sino que a la garantía del respeto a la vida privada entendida integralmente. Así, al interponer el recurso de protección partiendo de aquellos derechos y garantías expresamente señalados en el artículo

20, se podría extender a los derechos y garantías reconocidos en los tratados que hayan directamente modificado, ya sea por derogación o adición, alguno de los derechos contemplados en el artículo 20 de la Constitución.

En los párrafos anteriores hemos tratado de profundizar en los efectos que trae el considerar a las normas de derechos humanos contenidas en los tratados como de rango constitucional. Sin embargo, esta no es la única alternativa válida respecto a estas normas.

Una tercera postura relativa al rango de las normas de derechos humanos continúa, en forma más acentuada aún, la argumentación expresada en relación a que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales serían un límite a la soberanía, y, por consiguiente, de rango constitucional.

Para esta posición, esas normas tendrían un rango supraconstitucional. La razón para sustentar esto es que el límite a la soberanía no sólo lo es para los poderes constituidos sino que también lo es, en última instancia, al poder constituyente mismo. Ese, y no otro, sería el pleno alcance de la expresión "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona humana".

Esta alternativa, por supuesto, presenta también sus problemas, similares algunos a la posición antes desarrollada, y también otros diferentes. Sin embargo, quisiéramos dejar este asunto para futuros trabajos.

ALGUNOS PROBLEMAS ESPECIFICOS QUE PRESENTA EL ARTICULO 5º INCISO SEGUNDO

A continuación quisiéramos entrar en el análisis de algunos de los problemas más específicos que presenta el texto del artículo 5º reformado, en especial centrándonos en el efecto que la reforma tiene en el instrumento que contiene estos derechos esenciales, es decir, los tratados internacionales.

1. El significado del término "esencial"

En el inciso segundo del artículo 5º, en su primera oración, se dice que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Este inciso da para una riquísima discusión en relación a cuáles son los derechos que emanan de la naturaleza humana, a cómo es posible llegar a determinar aquélla y los derechos que de ella derivan. Sin embargo, nuestra atención quiere centrarse en el término "esencial", por las particulares consecuencias que

éste tiene en la materia que más adelante nos interesa abordar.

Frente a este término es posible tomar a lo menos dos posturas.

Una, que sostenga que la expresión "derechos esenciales" permite concluir que existen derechos que no son tales, es decir, derechos que emanan de la persona humana, que carecen del atributo de la esencialidad. De esta forma habría dos clases de derechos: aquellos esenciales y aquellos que no lo son. El fundamento de esta postura sería el propio texto del artículo en cuestión y la historia de la norma, pues la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución claramente rechazó colocar al término "derechos" el adjetivo "fundamentales", justamente para evitar que se pudiera hablar de unos derechos que tenían tal carácter y de otros que no, y fue el Consejo de Estado el que introdujo la diferenciación.

Una interpretación como la anterior permitiría deducir algunas conclusiones y plantear varias preguntas. Entre ellas las siguientes:

a) La soberanía tendría como límite sólo los derechos esenciales y no otros (aquellos que fueran considerados no esenciales) y los órganos del Estado tendrían la obligación de "respetar y promover" sólo esos derechos.

b) Obliga a distinguir tanto en el texto de la Constitución como en el de los tratados internacionales que contengan normas de derechos humanos entre aquellos derechos que son esenciales y los que no lo son.

c) Crea un grave problema práctico de interpretación para los órganos del Estado, ya que los derechos no esenciales, al no ser límite de la soberanía, podrían ser fácilmente restringidos, o, incluso, eliminados, obligando tanto al legislativo, al Tribunal Constitucional, como a la justicia ordinaria, a hacer la distinción cuando enfrenten un caso de reglamentación de un derecho. ¿Con qué criterios esos órganos del Estado van a efectuar la distinción?

La otra posición, que es la que compartimos, sostiene que el término "esenciales" debe entenderse como sinónimo de "fundamental" o de "derechos humanos", sin que sea la intención del constituyente el hacer una distinción para la cual no parece haber base en el texto fundamental¹⁴, entendido éste en su

integralidad y sistemáticamente, sin perjuicio de reconocer que hay derechos con mayor jerarquía, como por ejemplo, caso emblemático, el de la vida sobre el de petición o expresión (situación producida por las huelgas de hambre).

2. *¿Los derechos esenciales están sólo garantizados en los tratados internacionales de derechos humanos o en cualquier clase o tipo de tratado?*

Un segundo asunto que se presenta con la actual redacción de este inciso segundo es el referente a si los derechos de la persona humana que son límite a la soberanía se encuentran única y exclusivamente en aquellos tratados relativos a derechos humanos o si también es posible encontrarlos en otros tratados, como, por ejemplo, de integración económica o de protección de inversiones.

En favor de una tesis restrictiva se puede invocar la mayor seguridad jurídica que conlleva el tener en ciertos textos bien definidos los derechos considerados fundamentales. Esto facilita la tarea del intérprete y de los órganos del Estado, que son, en primera instancia, los llamados a respetar y promover tales derechos.

Sin embargo, pareciera que el texto del artículo no permite hacer esa interpretación restrictiva, ya que éste habla de tratados en general, sin restringirlos a una clase específica de aquéllos, los referentes a derechos humanos. De esta forma, nos parece que las normas de derechos humanos se encontrarían en cualquier tratado, sea cual fuere su materia.

Similar problema se presenta con la propia Constitución, ya que también se podría entender que los únicos derechos que ésta garantiza son aquellos contemplados en el capítulo III de la misma, siendo que es evidente que hay otros derechos que ésta explícita o implícitamente reconoce y ampara, como son, por ejemplo, el derecho de sufragio y el de optar a cargos de elección popular previstos en el artículo 13, capítulo II, o el derecho a la nacionalidad, reconocido implícitamente en el artículo 12 de la Constitución, pues este precepto consagra el derecho a reclamar por los actos o resoluciones que priven de la nacionalidad chilena, lo que prueba, entre otros elementos, que hay un derecho adquirido a la nacionalidad chilena por parte de quien impetere el reclamo.

¹⁴ Esta es la postura sostenida por Cecilia MEDINA en su trabajo, *op. cit.*, p. 45. Como bien recuerda Gastón Gómez, los artículos 6º y 7º de la norma fundamental obligan al respeto íntegro de ella y no de una parte solamente. Esto parece ser aún más evidente en lo concerniente a los derechos y garantías. Ver

Gastón GÓMEZ en "Constitución, Derechos Esenciales...", p. 97.

3. *¿Se podría incluir aquellos tratados en forma simplificada, es decir, aquellos que no requieren el acuerdo del Congreso, entre los tratados que garantizan derechos humanos?*

La ratificación es el acto por el cual el Presidente de la República manifiesta el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado internacional. El tratado requiere normalmente de una aprobación previa del Congreso. Sin embargo, en el caso de los llamados acuerdos en forma simplificada, es decir, aquellos que, según nuestra Constitución, han sido celebrados en cumplimiento de un tratado en vigor, éstos no requieren de aprobación del Congreso, salvo que trate materias de ley¹⁵. La cuestión que se presenta es precisar qué sucede si en aquellos acuerdos existen normas que garanticen derechos humanos. ¿Podría entenderse que éstos pueden llegar a constituir un límite a la soberanía, o una causa de derogación de las leyes contrarias a los mismos, un elemento imprescindible de la interpretación constitucional, sin que tales consecuencias puedan ser sometidas siquiera a la revisión del órgano legislativo?

Una tesis así de extensiva creemos que encuentra su limitación en el propio texto de la Constitución, el que releva al Presidente de la República de someter a la aprobación del Congreso aquellos acuerdos "a menos que se trate de materias propias de ley"¹⁶.

El asunto entonces radica en saber si una norma que garantiza derechos humanos puede ser entendida como "materia de ley". El artículo 60, Nº 20 de la Constitución creemos da una respuesta, al decir que son materias de ley toda "otra norma de carácter general y obligatorio que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

Si una norma de derechos humanos no puede ser calificada como de carácter general, obligatorio y que funde las bases de un orden jurídico, no vemos con facilidad que otra norma pueda, por su propia calidad intrínseca, hacerlo. Las normas de derechos humanos son por su propia esencia generales, ya que reconocen derechos que pertenecen a todos los se-

res humanos o, a lo menos, cuando son más específicas, a grandes categorías de aquéllos, como en el caso de las mujeres, los niños, o las minorías étnicas. Por otra parte, son sin duda de carácter obligatorio, a lo menos en todo Estado democrático de derecho, y sin duda que lo son en virtud de nuestro ordenamiento constitucional. Y también, ciertamente, deben estatuir las bases de todo ordenamiento jurídico, pues desde ellas se deben construir las demás normas procedimentales y de competencia que constituyen el derecho instrumental, al servicio, justamente, de las garantías fundamentales.

De esta forma, estimamos que por las razones antes señaladas y porque la propia importancia de la materia lo exige, todo acuerdo simplificado que incluyera normas de derechos humanos requeriría de la aprobación del Congreso Nacional.

4. *¿Qué se entiende por "vigencia" de los tratados internacionales?*

Al respecto, parecen haber a lo menos tres posiciones. Una, que entiende el término como refiriéndose a la vigencia interna del tratado, asimilándolo a una ley, y, por lo tanto, requiriéndose promulgación y publicación de acuerdo a las normas comunes a la ley, para que se estime como vigente¹⁷.

¹⁷ Esta es la postura de Miguel Angel FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 822, y de Alejandro SILVA BASCUÑÁN en su artículo "Reforma al artículo 5º de la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 17, Nº 1, 1990, p. 125. También Santiago Benadava sostiene que: "Los tratados internacionales sólo son aplicables como ley por los tribunales chilenos si han sido incorporados previamente al derecho nacional mediante su aprobación legislativa, promulgación y publicación en el Diario Oficial". De lo anterior se deduce que el tratado sólo tendría vigencia si se cumplen esos requisitos internos. Ver BENADAVA, "Las relaciones entre el derecho internacional...", p. 59. César Pinochet sostiene que el término "vigente" empleado en el artículo 5º reformado implica que el tratado no sólo debe haber cumplido los trámites internos de incorporación sino que además no debe haber sido denunciado por el Estado chileno. Agrega además que una interpretación que sostuviera la sola vigencia internacional iría en contra de lo que dispone la Constitución en relación a los trámites de ley que debe cumplir la aprobación de un tratado. Ver César PINOCHET, "Eficacia de la elevación a rango

¹⁵ El inciso segundo del artículo 50 de la Constitución Política dice: "Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley".

¹⁶ Artículo 50, Constitución Política de la República.

Otra postura señala que la "vigencia" se refiere a la entrada en vigor internacional del tratado, según las reglas del Derecho Internacional¹⁸.

Una tercera exige que la vigencia sea tanto interna como internacional¹⁹.

Tanto en el caso de que se adopte una u otra posición es posible plantear algunas interrogantes que parecen igualmente graves para estas tesis: ¿Qué sucede con las reservas que puede plantear el Presidente de la República, o con la denuncia del tratado? Si se considera que el tratado tiene rango constitucional, o aun legal, ¿puede el Poder Ejecutivo, en materias de derechos humanos, modificar o excluir los efectos jurídicos de las disposiciones de un tratado utilizando la reserva, o aún más, dejar sin efecto la totalidad de las garantías contenidas en él, por medio de la denuncia, por ser ambas dos facultades especiales del Ejecutivo?²⁰

constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos", Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 13, enero 1990, pp. 9-17.

¹⁸ Esta la posición de Cecilia Medina, la que argumenta que los tratados en general no son asimilables a leyes, por lo que no se les debe exigir los requisitos requeridos para ellas para que entren en vigencia. Además agrega que en el caso de los tratados de derechos humanos éstos obligan esencialmente al Estado, con lo que la promulgación y publicación no parecen requisitos necesarios para esa obligación. Ver Cecilia MEDINA, *op. cit.*, p. 53. La mejor defensa de la no necesidad de promulgación y ratificación en nuestra opinión está hecha en el trabajo de John DETZNER, "Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, 1988. Salvador Mohor sostiene, específicamente respecto a los tratados que reconocen derechos esenciales, que la Constitución ha reconocido esos derechos en forma independiente de su específica modalidad de instancionalización, por lo que lo único lógico desde una óptica iusnaturalista es que se entienda la validez exclusivamente en términos internacionales. Ver Salvador MOHOR, "Elementos de juicio...", p. 181.

¹⁹ Esta es la postura de Humberto NOGUEIRA, en "Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional...", p. 58 y de Gastón GÓMEZ, *op. cit.*, p. 99.

²⁰ Sobre este punto parece ser especialmente interesante la postura elaborada por Salvador Mohor en cuanto a que tanto la denuncia o el retiro serían actos inconstitucionales si de ellos deviniera una menor protec-

Decimos que la cuestión se presenta con la misma seriedad si se sostiene que el tratado tiene rango de ley o si es de rango constitucional, ya que en ambos casos, mediante la reserva o la denuncia, el Ejecutivo, por sí ante sí, dejaría sin efecto una norma de rango legal o una norma de rango constitucional que se refiere a garantías fundamentales.

Sin embargo, pese a estas importantes objeciones, hay también fuertes argumentos en torno a reservar al Ejecutivo la facultad de formular reservas. Así, se sostiene que si el Ejecutivo puede abstenerse de ratificar un acuerdo aprobado por el Congreso Nacional²¹, pues la ratificación es una facultad exclusiva de éste, con mayor razón podría formular reservas de las que no haya tenido conocimiento el Congreso, siguiendo un criterio a fortiori²².

Se ha sostenido también que la formulación o el retiro de reservas constituyen actos propios de las atribuciones especiales del Presidente de la República comprendidas dentro de la "Conducción de las Relaciones Internacionales"²³.

Y estos mismos argumentos pueden hacer- se extensivos respecto a la denuncia.

Sin embargo, el peligro de que por medio de estos actos se modifique o deje sin efectos normas de tanta importancia por el sólo arbitrio del Ejecutivo, tiene su resguardo en los propios instrumentos internacionales.

Los tratados de derechos humanos en general tienen un régimen de reservas más restrictivo que el común. Así, por ejemplo, el artículo 75 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al remitirse a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ha restringido la admisibilidad de las reservas de acuerdo al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982) a sólo aquellas que no sean incompatibles con el objeto y fin

ción de los derechos humanos. Ver Salvador MOHOR, *op. cit.*, p. 183.

²¹ Una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, previstas en el artículo 32, N° 17°, es la de concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes.

²² Sobre esto ver a Ramiro BROTONS, "Derecho Internacional Público", volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 234.

²³ Esta es por lo demás la tesis planteada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en oficio dirigido a la Contraloría General de la República, de fecha 6 de septiembre de 1990, con ocasión del retiro de las reservas a la Convención de la Tortura.

del tratado, entendiéndose por tales "a aquellas que afectan la esencia de la protección de los derechos humanos garantizados en la Convención o que desvirtúen o hagan ineficaz o inaplicable el sistema de protección regional o lleven a suprimir la posibilidad de proteger un derecho garantizado por la Constitución (Opinión Consultiva OC-3/83)"²⁴.

A su vez, respecto a la denuncia, el artículo 78 de la Convención Americana la admite sólo luego de cinco años de entrada en vigor de la Convención mediante un preaviso de un año y aun así el Estado no se desliga mediante esa denuncia de las obligaciones respecto a los hechos acaecidos antes de la fecha a partir

de la cual la denuncia comienza a producir efectos jurídicos²⁵.

Con todo lo anterior sólo hemos querido avanzar algunos puntos en la interpretación del este artículo, que tanta importancia tiene en nuestro sistema constitucional. Estamos ciertos que esta breve revisión levanta más dudas que certezas, pero es nuestra esperanza el que el trabajo de los profesores e investigadores del Derecho irá logrando una mejor comprensión del mismo, para así poder efectuar una más eficaz y fuerte defensa de los derechos y garantías de todos, que tal fue el ánimo de la reforma de 1989 apoyado con el voto tan unánime de la ciudadanía.

²⁴ Héctor GROSS ESPIELL: "La Convención Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, página 199.

²⁵ Héctor Gross: *op. cit.*, p. 205.