

La enmienda del artículo 5°, inciso 2° ha dado origen a varios trabajos en que se interpreta su alcance dentro del ordenamiento jurídico chileno. Los tópicos que en ellos se discuten podrían agruparse de la siguiente manera: (i) La limitación al ejercicio del poder político: ¿está este ejercicio limitado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualquiera que ellos sean, o sólo por los que están consagrados en la Constitución y en los tratados ratificados por Chile y vigentes?; de ser la pregunta anterior contestada afirmativamente, se discute respecto de cuáles son estos derechos esenciales; (ii) Efecto producido por la enmienda sobre el valor jerárquico de los tratados de derechos humanos, problema que incide en la solución que se le dé a los posibles conflictos entre las normas de un tratado y las de una ley o las de la propia constitución; (iii) Los tratados que se consideraran incluidos en el artículo 5°: se discute, por una parte, si son todos aquellos que contengan alguna norma de derechos humanos o sólo los que tengan por objeto único o principal la consagración de estos derechos; por la otra, si la norma del artículo 5°, inciso 2°, se aplica sólo a los tratados que se encontraban vigentes en Chile al momento de la enmienda o cubre también a los se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a ella; (iv) Efecto producido por la enmienda en cuanto a las obligaciones de los órganos del estado; (v) El concepto de tratados «vigentes»: se discrepa respecto de si él se refiere a la vigencia conforme al derecho internacional o de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno⁷¹.

La diversidad de respuestas dadas a las interrogantes enunciadas más arriba muestra que el sentido de la disposición en estudio no es claro y que hay que recurrir a las reglas de interpretación disponibles con el fin de dilucidar este sentido. Para mayor claridad, parece conveniente fijar, en primer lugar, los elementos que se tendrán en consideración en la interpretación de la norma del artículo 5°, inciso 2°, enmendado en 1989.

⁷¹ Se han consultado a este respecto los siguientes trabajos: F. Cumpido, «Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos», en Instituto de Estudios Internacionales, *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Universidad de Chile, Santiago, 1991, pp. 191-197; R. Díaz A., «La Reforma al Artículo 5° de la Constitución Política» en *ibidem*, pp. 199-208; M.A. Fernández G., «La Reforma al Artículo 5° de la Constitución», en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 16 N° 3, 1989, pp. 809-825; A. Silva B., «Reforma sobre los Derechos Humanos», en *ibidem*, pp. 579-589; N. Panat K., «La Modificación del Artículo 5° de la Constitución Chilena de 1980 en Relación con los Tratados», en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Tomo II, Edueval, Valparaíso, 1990, pp. 585-605; C. Pinochet E., «Eficacia de la Elevación a Rango Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos», en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios N° 13, Universidad Diego Portales, Santiago, 1990, pp. 9-18; y A. Silva B., «Reforma al Artículo 5° de la Constitución de 1980», en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 17, N° 1, 1990, pp. 121-126. También se consultaron dos ponencias presentadas en octubre de 1991 al Congreso Multidisciplinario «El Derecho en el Siglo XX», en celebración de los 80 años de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y que no han sido aún publicadas: H. Nogueira A., «El Artículo 5° de la Constitución y la Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y C. Orrego, «Vigencia de los Derechos Esenciales que Emanan de la Naturaleza Humana y su Reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico Chileno».

2. Elementos para una interpretación del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución

a. El contexto político en torno a la reforma constitucional.

El primer elemento a considerar para la interpretación del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, es el contexto político en que se llevaron a cabo las negociaciones entre gobierno y oposición que trajeron como resultado la enmienda de varias de las disposiciones constitucionales. Las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. Los partidos de oposición al régimen de entonces habían tenido como una bandera de lucha la defensa de los derechos humanos y se habían percatado, con toda claridad, de la necesidad imperiosa de que existiera una garantía internacional que protegiera los derechos humanos cuando el estado los violaba o se negaba a protegerlos. Por otra parte, Chile se preparaba para el término del gobierno militar y el inicio de una transición a la democracia, con autoridades elegidas por sufragio universal y sujetas al imperio de la ley 1989 era, pues, el momento para actuar. Uno de los objetivos de los partidos de oposición era el asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable. Esta posición, por lo demás, aparecía compartida por el Partido Renovación Nacional, en ese entonces partidario del gobierno.

b. El objeto y propósito de la enmienda.

El segundo elemento dice relación con el objeto y propósito de la totalidad de la reforma constitucional y, en particular, de la enmienda específica al artículo 5°. En un documento preparado por una comisión técnica que actuó por encargo del Partido Renovación Nacional y de la Concertación de Partidos por la Democracia, se afirma que «la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos

La enmienda del artículo 5°, inciso 2° ha dado origen a varios trabajos en que se interpreta su alcance dentro del ordenamiento jurídico chileno. Los tópicos que en ellos se discuten podrían agruparse de la siguiente manera: (i) La limitación al ejercicio del poder político: ¿está este ejercicio limitado por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualquiera que ellos sean, o sólo por los que están consagrados en la Constitución y en los tratados ratificados por Chile y vigentes?; de ser la pregunta anterior contestada afirmativamente, se discute respecto de cuáles son estos derechos esenciales; (ii) Efecto producido por la enmienda sobre el valor jerárquico de los tratados de derechos humanos, problema que incide en la solución que se le dé a los posibles conflictos entre las normas de un tratado y las de una ley o las de la propia constitución; (iii) Los tratados que se consideraran incluidos en el artículo 5°, se discute, por una parte, si son todos aquellos que contengan alguna norma de derechos humanos o sólo los que tengan por objeto único o principal la consagración de estos derechos; por la otra, si la norma del artículo 5°, inciso 2°, se aplica sólo a los tratados que se encontraban vigentes en Chile al momento de la enmienda o cubre también a los se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a ella; (iv) Efecto producido por la enmienda en cuanto a las obligaciones de los órganos del estado; (v) El concepto de tratados «vigentes»; se discrepa respecto de si él se refiere a la vigencia conforme al derecho internacional o de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno.⁷¹

La diversidad de respuestas dadas a las interrogantes enunciadas más arriba muestra que el sentido de la disposición en estudio no es claro y que hay que recurrir a las reglas de interpretación disponibles con el fin de dilucidar este sentido. Para mayor claridad, parece conveniente fijar, en primer lugar, los elementos que se tendrán en consideración en la interpretación de la norma del artículo 5°, inciso 2°, enmendado en 1989.

⁷¹ Se han consultado a este respecto los siguientes trabajos: F. Cumplido, «Historia de una Negociación para la Protección y Garantía de los Derechos Humanos», en Instituto de Estudios Internacionales, *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Universidad de Chile, Santiago, 1991, pp. 191-197; R. Díaz A., «La Reforma al Artículo 5° de la Constitución Política», en *ibidem*, pp. 199-208; M.A. Fernández G., «La Reforma al Artículo 5° de la Constitución», en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 16 N° 3, 1989, pp. 809-825; A. Silva B., «Reforma sobre los Derechos Humanos», en *ibidem*, pp. 579-589; N. Panat K., «La Modificación del Artículo 5° de la Constitución Chilena de 1980 en Relación con los Tratados», en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Tomo II, Edceval, Valparaíso, 1990, pp. 585-605; C. Pinochet E., «Eficacia de la Elevación a Rango Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos», en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios N° 13, Universidad Diego Portales, Santiago, 1990, pp. 9-18; y A. Silva B., «Reforma al Artículo 5° de la Constitución de 1980», en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 17, N° 1, 1990, pp. 121-126. También se consultaron dos ponencias presentadas en octubre de 1991 al Congreso Multidisciplinario «El Derecho en el Siglo XX», en celebración de los 80 años de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y que no han sido aún publicadas: H. Nogueira A., «El Artículo 5° de la Constitución y la Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y C. Orrego, «Vigencia de los Derechos Esenciales que Emanan de la Naturaleza Humana y su Reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico Chileno».

2. Elementos para una interpretación del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución

a. El contexto político en torno a la reforma constitucional.

El primer elemento a considerar para la interpretación del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, es el contexto político en que se llevaron a cabo las negociaciones entre gobierno y oposición que trajeron como resultado la enmienda de varias de las disposiciones constitucionales. Las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. Los partidos de oposición al régimen de entonces habían tenido como una bandera de lucha la defensa de los derechos humanos y se habían percatado, con toda claridad, de la necesidad imperiosa de que existiera una garantía internacional que protegiera los derechos humanos cuando el estado los violaba o se negaba a protegerlos. Por otra parte, Chile se preparaba para el término del gobierno militar y el inicio de una transición a la democracia, con autoridades elegidas por sufragio universal y sujetas al imperio de la ley 1989 era, pues, el momento para actuar. Uno de los objetivos de los partidos de oposición era el asegurar de la mejor manera posible su sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable. Esta posición, por lo demás, aparecía compartida por el Partido Renovación Nacional, en ese entonces pariaario del gobierno.

b. El objeto y propósito de la enmienda.

El segundo elemento dice relación con el objeto y propósito de la totalidad de la reforma constitucional y, en particular, de la enmienda específica al artículo 5°. En un documento preparado por una comisión técnica que actuó por encargo del Partido Renovación Nacional y de la Concertación de Partidos por la Democracia, se afirma que «la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos»

*humanos*⁷². Para ello, se proponen enmiendas a los artículos 5, 38, 39, 41, 82 y 8 de la Constitución de 1980, explicándose la enmienda al artículo 5º como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país⁷³. Por consiguiente, la enmienda al artículo 5º de la Constitución, en el texto producto de las negociaciones, tuvo por objeto mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile.

c. El texto de la Constitución Política de 1980 y su historia legislativa.

Tal como se ha dicho anteriormente, la enmienda al artículo 5º tuvo por objeto reforzar la defensa de los derechos humanos en Chile. Esto implica que existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos. Una de estas normas es el artículo 1, que establece, reproduciendo el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que «*los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*», y agrega que «*el Estado está al servicio de la persona humana*»; la otra es el artículo 19 que asegura a todas las personas un sinnúmero de derechos y garantiza que ellos no podrán ser afectados en su esencia⁷⁴. Ciertamente la norma más relevante en este sentido es el propio artículo 5º, que disponía que el ejercicio de la soberanía estaba limitado por «*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*». Una somera revisión de las actas de las sesiones en que se discutieron estos preceptos y particularmente el artículo 5º antes de su reforma, es también útil como base para interpretar la nueva enmienda, ya que clarifica la concepción que los redactores de esa constitución tuvieron respecto de los límites del ejercicio del poder.

⁷² Ver Informe de la Comisión Técnica formada por Abogados, Especialistas en Derecho Constitucional y Cientistas Políticos designados por Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, de fecha 5 de abril de 1989, reproducido en C. Andrade G., *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp.276-290 (278).

⁷³ La redacción de esta disposición fue propuesta, como se advierte, en términos más amplios de los que en definitiva se acordaron. No hubo consentimiento por parte del gobierno del General Pinochet para incluir en el artículo 5º todas las normas internacionales que consagran o garantizan derechos humanos, sino solamente las normas contenidas en tratados. No hay documentación sobre la razón de este cambio.

⁷⁴ El profesor Humberto Noguera habla de «la concepción amónica y finalista que se desprende de la Constitución para asegurar los derechos humanos naturales», en la primera parte de su ponencia ya mencionada, supra nota 71.

d. El derecho internacional de los derechos humanos, al E.

Un último elemento a considerar es la constatación de que la consagración y protección de los derechos humanos no es un hecho producto exclusivamente de un sentir nacional, sino el resultado de un arrollador movimiento internacional, del cual Chile, y particularmente los proponentes de la enmienda y aquellos a los que les fue propuesta, estaban perfectamente conscientes y en el cual ellos se encontraban dispuestos a participar. Tanto es así, que con posterioridad al plebiscito de 5 de octubre de 1988 y en las postimerías de su régimen, el gobierno militar se apresuró a ratificar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de las Naciones Unidas y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cumplió con promulgar y publicar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y publicó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que había permanecido sin promulgación entre 1972 y 1976 y sin publicación desde 1976 hasta 1989.

Esta nueva posición ante los derechos humanos no se interrumpió con el advenimiento del régimen de transición a la democracia. Por el contrario, el nuevo gobierno prosiguió con más ímpetu aún la tarea de vincular a Chile con todas las normas internacionales en materia de derechos humanos y de someterlo al control regional e internacional que muchos de esos instrumentos consagran⁷⁵. El ratificar o adherir a todos estos instrumentos internacionales es una demostración contundente del deseo de Chile de incorporarse al desarrollo internacional de los derechos humanos, con todo lo que ello significa: un compromiso hacia la universalización y hacia el ininterrumpido progreso de los derechos humanos, lo que implica necesariamente no sólo aceptar las obligaciones internacionales derivadas de estos instrumentos, sino también aceptar guiarse en la interpretación de toda norma de derechos humanos por las reglas y prácticas internacionales que se han desarrollado desde 1948 en adelante, que exigen una interpretación dinámica y progresista de las normas referidas a consagrar y proteger estos derechos.

Teniendo estos elementos en consideración, intentaré una interpretación del artículo 5º, inciso 2º, que se conforme a ellos.

⁷⁵ El Gobierno del Presidente Aylwin impulsó la ratificación, entre otras, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y retiró las reservas a las dos convenciones contra la tortura, la adoptada dentro del sistema interamericano y la formulada dentro de las Naciones Unidas.

3. La interpretación del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución

- a. Límites al ejercicio del poder: los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana

Un punto de discusión respecto a la interpretación de esta norma es la determinación de la limitación al ejercicio del poder: ¿está ella constituida por los «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» o sólo por aquéllos que están consagrados en la propia Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes?

No tengo dudas en cuanto a que la respuesta es la alternativa más amplia. Un poderoso argumento para ello es recordar que esta limitación existía ya antes de la enmienda al inciso 2° del artículo 5°. El antiguo inciso 2° disponía: «*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*». Si la enmienda al inciso que se comenta tuvo por finalidad realzar y fortalecer los derechos humanos, mal podría concluirse que ella disminuyó la limitación para el ejercicio del poder político, estableciendo que sólo ciertos derechos esenciales iban a constituir límites.

Esta respuesta trae como lógica consecuencia el preguntarse por la definición de los «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», y, por sobre todo, por su enumeración. Tal como se explicó en la primera parte de este trabajo⁷⁶, los variados intentos para ponerse de acuerdo sobre un catálogo exclusivo y excluyente de derechos humanos han sido hasta hoy infructuosos. No es mi intención entrar en este trabajo en una discusión filosófica sobre este punto. Estimo que es suficiente saber que todo derecho esencial que emana de la naturaleza humana constituye un límite al ejercicio de la soberanía. Aquéllos que invocan derechos que no están consagrados en cuerpos legales, tendrán la dificultad de demostrar que ellos también son derechos esenciales, y el obstáculo será uno de evidencia o persuasión, pero no de inoponibilidad de dichos derechos a los órganos del estado por no encontrarse formalmente mencionados en la Constitución o en los tratados⁷⁷.

⁷⁶ Ver Capítulo II.1.

⁷⁷ El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce esto. Ver *supra*, Capítulo III.3.

También al comienzo de este trabajo advertí que los catálogos, nacionales o internacionales, constituirían un mínimo y que nada obstaba a que se adoptaran nuevos catálogos que consagrarán nuevos derechos. Esta posibilidad obedece al sentido último de la positivización de los derechos humanos. La existencia de catálogos de derechos humanos pretende proteger la dignidad humana; ésta se ve amenazada o violada constantemente y las formas que estas amenazas o violaciones toman son infinitas. Los catálogos de derechos, que pretenden establecer de manera inequívoca la calidad de humanos de determinados derechos, no agotan -ni pueden agotar- las modalidades que a lo largo del tiempo la protección de la dignidad humana debe tomar con el fin de castigar las infinitas formas de las violaciones y decorazonar las infinitas formas de las amenazas. Los catálogos no hacen sino consagrar aquellas modalidades de protección que en un momento determinado de la historia la sociedad identifica como las necesarias para ese lugar y época. Lo mismo sucede con las normas internacionales o nacionales que crean mecanismos de protección de estos derechos; la posibilidad de que ellas sean mejoradas, o adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar, siempre está presente.

Es claro, entonces, que la positivización de los derechos obedece al afán de hacer más fácil su ejercicio y goce y, por lo tanto, más adecuada su protección. Si la comunidad internacional, o la nacional, se ponen de acuerdo en que ciertos derechos son «humanos» o «esenciales», ellos podrán ser invocados por sus titulares sin necesidad de verse expuestos a probar su naturaleza; ella está ya determinada de antemano y de manera fehaciente.

El artículo 5°, inciso 2° de la Constitución no está ajeno a este fenómeno. Primero, establece como límite al ejercicio del poder los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualesquiera que ellos sean. Segundo, establece una certeza jurídica al reconocer constitucionalmente ciertos catálogos en los cuales esos derechos están consagrados: la propia Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Esta decisión tiene un sólido fundamento. En el primer caso, el más alto órgano estatal en materia de creación de normas, el órgano constituyente, ha llegado a la conclusión de que ciertos derechos merecen reconocimiento como derechos humanos; en el segundo, la comunidad internacional, con participación del estado de Chile, ha logrado un consenso en ese mismo sentido⁷⁸.

⁷⁸ Vale la pena recordar aquí la conocida frase del Lord Chief Justice Alverstone, quien expresó ya en 1905, que «todo aquello que ha recibido el consentimiento común de las naciones civilizadas debe haber recibido el asentimiento de nuestro país, y aquello a que hemos asistido con otras naciones en general puede ser llamado propiamente derecho internacional, y como tal será reconocido y aplicado por nuestros tribunales internos...» Citado por S. Benadava, *op. cit.*, *supra* nota 60, TP 10 y 11, nota 3.

Resumiendo, todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación a la soberanía. Los individuos que invoquen los derechos establecidos, ya sea en la Constitución, ya sea en los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, no tendrán que probar que estos derechos son humanos. Por el contrario, si pretenden invocar otros no contemplados en dichos cuerpos legales, tendrán la dificultad de demostrar que ellos también son derechos esenciales.

- b. La elevación de la jerarquía de los tratados internacionales que consagran derechos humanos

La enorme polémica que ha provocado la enmienda al inciso 2° del artículo 5° obedece principalmente al hecho de que, de manera casi uniforme, se considera que ella ha elevado los tratados internacionales que consagran derechos humanos a rango constitucional⁷⁹. Esta conclusión aparece para algunos como atrevida, lo que es comprensible si se considera que, durante muchos años, Chile estuvo ausente del inmenso desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y no tuvo tampoco oportunidad de percatarse a cabalidad de la cada vez mayor interdependencia en las relaciones internacionales en general, y la también cada vez mayor disminución del área de lo que se llama «la jurisdicción doméstica».

Mi posición es concordante con la de la mayoría de los autores. Estimo que la enmienda al inciso 2° del artículo 5° hizo una diferenciación entre los tratados en general y los que se refieren a derechos humanos y que esta diferenciación se traduce en que los últimos tienen categoría constitucional. Puedo mencionar varios argumentos que apoyan esta posición.

El primer argumento dice relación con el hecho de que el derecho internacional tenía validez en Chile desde antes de la reforma constitucional en estudio. Chile no estaba al margen de la comunidad internacional antes del 17 de agosto de 1989. Existían tratados internacionales celebrados entre Chile y otros estados, los que tenían validez legal en el país; los tribunales chilenos aplicaban el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho; Chile reconocía incluso el *ius cogens*, puesto que ratificó en

1981 la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyo artículo 53 establece la nulidad de los tratados que estén en oposición con él. En suma, el ordenamiento jurídico chileno no requería una *disposición* como la enmendada para el solo efecto de darle validez a los tratados internacionales que consagran derechos humanos. Ellos eran ya válidos desde antes⁸⁰.

De este modo, la enmienda tiene que haber tenido otro propósito y para ver cuál era éste se puede recurrir al contexto político dentro del cual se llevaron a cabo las negociaciones para la enmienda y los fines que allí se explicitaron. No parece ser posible rebatir la afirmación de que con la enmienda se quiso fortalecer la situación de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno con el fin de evitar hacia el futuro los problemas tenidos en Chile hasta la fecha en que el Presidente Aylwin asumió el poder en 1990. Si las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba -por lo menos- en una misma categoría que la ley⁸¹, un fortalecimiento sólo podía referirse a incorporar las normas internacionales sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales a la Constitución, elevando de tal manera la jerarquía de estas fuentes al rango constitucional. Esta incorporación tenía sentido puesto que los derechos consagrados en tratados internacionales no son necesariamente los mismos que los establecidos en el artículo 19 de la Constitución y porque, además, ellos se incorporan con un rico acervo jurisprudencial formado a lo largo de los años desde que empezaron a funcionar los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos.

Apoya esta posición, por otra parte, el texto de la Constitución de 1980 antes de la reforma y el por lo menos teórico papel principal que los derechos humanos tenían en ella⁸². Desde este punto de vista, también habría que concluir que, si en la letra de la Constitución y en su historia legislativa los

⁷⁹ Ver el Capítulo III de este trabajo donde se citan jurisprudencia y autores a este respecto. Creo útil recordar en este punto que, como la enmienda no tuvo por objeto dar validez interna al derecho internacional, el derecho consuetudinario -incluyendo el *ius cogens*- y los principios generales de derecho, siguen teniendo en Chile la misma validez de que gozaron siempre.

⁸⁰ En la sesión 47, de 20 de junio de 1974, el profesor Alejandro Silva B. señaló que le parecía que «debe quedar muy claro 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 dictan dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados...».

Esta observación del profesor Silva no parece haber sido explorada por los constitucionalistas chilenos. Ver *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 47, p. 14.

⁸¹ Véase, a modo de ejemplo, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 11, de 30 de octubre de 1973, p. 4; sesión 17, de 15 de noviembre de 1973, pp. 6-11; sesión 24, de 19 de marzo de 1974, pp. 2-5; sesión 26, pp. 11-12; sesión 46 de 18 de junio de 1974, pp. 3-4.

⁷⁹ Ver, en este sentido, F. Cumpido, p. 193; R. Díaz, p. 207; H. Nogueira, p. 3; y N. Panath, p. 585; *op. cit.*; todos, supra nota 71.

derechos humanos ocupaban un lugar muy importante: una mejora a ellos sólo podía traducirse en elevar el rango de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, que hasta ese momento tenían un lugar desmedrado en cuanto a su jerarquía respecto de otras normas generadas en el interior del país. La enmienda así entendida era un paso lógico y consecuente para hacer más efectiva la preponderancia de los derechos humanos frente al estado y para reflejar la igualdad de los derechos humanos.

La no aceptación por parte de algunos de este efecto que se dice tuvo la enmienda del inciso 2° del artículo 5°, se basa fundamentalmente en que la Constitución no alteró las normas de aprobación de los tratados, previa a su ratificación. Recurriendo a lo dispuesto en el artículo 50, N° 1, afirman que «los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa»⁸³. Pienso que es un error el sostener que una Constitución no puede establecer disposiciones diferentes para regular los tratados en general, por una parte, y los tratados de derechos humanos, por otra, sobre todo cuando hay diferencias tan substanciales en la naturaleza de los últimos comparados con los primeros. La diferencia más significativa que justifica una normativa distil es que estos tratados no generan derechos y obligaciones recíprocas entre los estados, sino que, por el contrario, crean, por una parte, obligaciones de los estados para con los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción, los que adquieran a su vez derechos en contra de los primeros; y conceden, por otra, derechos a los estados para reclamar ante las instancias internacionales correspondientes cuando un determinado estado parte ha presuntamente violado el orden público internacional sobre derechos humanos. Por ello se dice que los tratados de derechos humanos establecen, en rigor, un orden público internacional⁸⁴. También aquí se puede acudir a los elementos señalados en la sección V.2. para demostrar que el propósito de la reforma fue precisamente distinguir a los tratados de derechos humanos respecto del resto de los tratados, ya que aquéllos consagraban «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» y estos derechos son límites al ejercicio del poder.

⁸³ M. A. Fernández, *op. cit.*, supra nota 71, p. 818. En este mismo sentido, C. Orrego, *op. cit.*, supra nota 71, Capítulo V, páginas no numeradas.

⁸⁴ Véase en este sentido, Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (Arts. 74 y 75). Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, Serie A N° 2*, considerandos 29 a 33, pp. 34-36. Entre otras ideas, la Corte expresa aquí que «al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen ciertas obligaciones... hacia los individuos bajo su jurisdicción». La Corte cita, además, opiniones de otros órganos internacionales, como la Comisión Europea de Derechos Humanos, que estableció en un caso que el propósito de la Convención Europea es el de «realizar las fines e ideas del Consejo de Europa» y que ella establece «un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales y régimen de derecho».

Tan natural parece esta distinción, que también en el derecho internacional los tratados de derechos humanos no se rigen necesariamente por las normas que regulan los tratados multilaterales que se refieren a otras materias. Un sinnúmero de normas -como, por ejemplo, en materia de reservas o de interpretación- son diferentes y ha habido un repensar completo de las soluciones que el Derecho Internacional Público ha ofrecido hasta ahora en materia de derecho internacional convencional, parte del cual se ha explicado y expuesto en la sección II y III de este trabajo.

La enmienda al inciso 2° del artículo 5°, por lo tanto, modificó la jerarquía normativa de los tratados referentes a derechos humanos, elevándolos a rango constitucional y modificó, por ende, la manera en que la Constitución se entienda con nuevos modos de protección o nuevos reconocimientos formales de los «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», como se verá a continuación.

c. Los tratados que se consideraran incluidos en el artículo 5°, inciso 2°

Se presentan respecto de este punto dos problemas. El primero dice relación con el objeto del tratado: ¿se aplica la disposición en cuestión a todo tratado que contenga alguna norma de derechos humanos o sólo a los que tengan por objeto único o principal la consagración de estos derechos? La respuesta parece clara: si lo que se pretende reforzar por la Constitución son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el inciso 2° del artículo 5° debe incluir a todos los tratados que contengan alguna disposición que proteja a estos derechos. Por lo demás, el sentido de la norma es, en este aspecto, inequívoco, al hablar de «tratados internacionales», sin hacer distinción alguna. La posición de los órganos de supervisión del sistema interamericano también apoyan esta respuesta⁸⁵.

El segundo problema consiste en decidir si la norma del artículo 5°, inciso 2°, se aplica sólo a los tratados que se encontraban vigentes en Chile al momento de la enmienda o cubre también a los se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a ella, y se plantea en relación con las normas de

⁸⁵ Ver supra Capítulo II.1.

modificación de la Constitución. Los que se inclinan por restringir la aplicación del inciso 2° a los tratados ya vigentes al momento de la enmienda a dicho inciso en 1989, aducen en favor de su posición que la Constitución tiene mecanismos procesales de enmienda diferentes de aquéllos que se utilizan para aprobar los tratados; si se dijera que también quedan incluidos en el inciso 2° del artículo 5° los tratados que se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad al 17 de agosto de 1989 -fecha de publicación de la ley constitucional que enmendó este artículo- se estaría autorizando enmendar la Constitución por medios no contemplados en ella, lo que no parece posible⁸⁶.

Se dan aquí por reiteradas las razones mencionadas en el número anterior, por las cuales considero perfectamente posible que la Constitución contemple diversas maneras de enmienda a sí misma, atendida la naturaleza del asunto. La Constitución hace exactamente eso con respecto a los diversos tipos de leyes y no parece haber nadie que estime que ello no le está permitido. Por lo demás, si el límite al ejercicio del poder son «los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», los únicos tratados que podrán ser ratificados por Chile son aquellos que perfeccionen y refinen lo ya existente, y si hay acuerdo de la comunidad internacional, del Presidente de la República y del Congreso, no parece que el estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquél que se utiliza para el resto de las normas constitucionales.

Apojar una interpretación restrictiva llevaría a concluir que la enmienda al artículo 5° sería un obstáculo para el avance de los derechos humanos, al impedir que otros derechos puedan eventualmente ser también limitaciones constitucionales al ejercicio del poder. Esto no es aceptable. El propósito de la reforma fue «reforzar» la defensa de los «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» y esta defensa se refuerza cada vez que una nueva modalidad se agrega a las existentes con el fin de responder a nuevas amenazas a la dignidad humana, claramente posibles de prever dada la inmensa fertilidad del pensamiento humano. Si esto es así, todo nuevo tratado que mejore los catálogos de derechos humanos o los mecanismos de defensa ya existentes y que, por lo tanto, enriquezca el contenido del artículo 5°, inciso 2°, debe incorporarse automáticamente a esta norma, una vez que el tratado respectivo cumpla con los requisitos que ese inciso establece.

⁸⁶ En este sentido se pronuncia R. Díaz A., *op. cit.* supra nota 71, p. 207. Ver también Cristóbal Orrego, *op. cit.*, y M. A. Fernández, *op. cit.*, supra nota 71. Tal como se explicó en el número anterior, ambos sostienen, en realidad, que los tratados internacionales que consagran derechos humanos no tienen rango constitucional.

Por otra parte, la interpretación más acorde con el lugar que los derechos humanos ocupan en el sistema constitucional chileno y en el derecho internacional es la de entender que el inciso 2° del artículo 5° se refiere a todos los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. Hay que recordar, una vez más, que los derechos humanos son inherentes a la persona humana, universales, inalienables e imprescriptibles. Esto implica que no puede hacerse distinción entre los derechos, ya sea basada en una pretendida jerarquía o en la mayor o menor antigüedad que ellos tengan. Todos los derechos humanos son iguales. Si esto es así, una vez que la comunidad nacional o la comunidad internacional cataloga un derecho como humano, éste debe entrar a gozar de todas las prerrogativas de los ya existentes.

En suma, estimo que la enmienda de que se habla se aplica a todos los tratados internacionales referentes a derechos humanos, cualquiera que sea el momento en que ellos entren en vigencia y que, respecto de ellos, la Constitución flexibiliza su procedimiento de modificación⁸⁷.

d. Explicitación de las obligaciones de los órganos del estado en materia de derechos humanos.

Antes de la enmienda que se examina, el inciso 2° del artículo 5° disponía: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana». La enmienda agregó el siguiente párrafo:

«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».

Se ha explicado ya que el objetivo que perseguía la reforma era un fortalecimiento de la posición de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. Una manera de reforzarlos fue la de incorporar a la Constitución las normas de derechos humanos de los tratados internacionales. Otra consistió en explicitar en la propia Constitución ciertas obligaciones que los órganos del

⁸⁷ En este mismo sentido se pronuncia el profesor Nogueira. Ver *op. cit.*, supra nota 71, p. 3. Ver también C. Pinochet E., *op. cit.*, supra nota 71, p. 14.

estado debían cumplir respecto de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales. Estas obligaciones son, según el texto, respetar y promover tales derechos.

Respetar los derechos humanos puede ser entendido, de manera mínima, como la obligación de los órganos del estado de no violarlos. Sin embargo, la obligación de respetar comprende también el reconocer estos derechos de tal manera que su goce y ejercicio se hagan posibles, lo que implica el establecimiento de recursos para protegerlos y de otras normas destinadas a ese efecto, como por ejemplo la creación de tipos legales civiles o penales para proteger a los individuos de los actos de particulares.

La promoción es esencialmente activa⁸⁸. Requiere del estado la realización de actividades para dar a conocer la existencia de los derechos humanos, contribuir a que se genere en el país una cultura de derechos humanos y, además, perfeccionar constantemente su ordenamiento jurídico interno con el fin de posibilitar cada vez más el goce de estos derechos.

No se debe olvidar, tampoco, que los órganos del estado no están solamente obligados en virtud de este inciso 2º; también la ratificación de la Convención Americana sobre derechos humanos, de los Pactos Internacionales y de otras convenciones generan obligaciones para los estados, del mismo rango de los recién señalados⁸⁹.

Parece útil volver aquí sobre un punto tratado ya anteriormente y que dice relación con la determinación de cuáles son los «*órganos del estado*» que se encuentran vinculados por la obligación de respetar y promover los derechos humanos. Desde el punto de vista constitucional chileno, hay que advertir que el artículo 5º, inciso 2º no habla de los órganos del estado «*constitucionales*», sino que sólo de los órganos del estado. Se han dado diversas explicaciones sobre esta expresión en la teoría constitucional. Se distingue, por ejemplo, entre órgano y persona física que lo ejerce; otros distinguen entre órgano e institución, siendo el primero la persona física que ejerce la función y la institución el ente abstracto. Cualquiera que sea la nomenclatura que se use y las distinciones que se hagan, parece haber acuerdo en que es la función la que determina la calidad del órgano, de modo que todo aquél que ejerce una función

pública, está revestido de la calidad de «*órgano del estado*»⁹⁰. Esta posición concuerda con lo que al respecto establece el derecho internacional⁹¹, máxime en

el concepto de tratados «vigentes»⁹² que son aquellos que han entrado en vigencia en el orden interno únicamente».

Se discute, finalmente, si el inciso 2º del artículo 5º requiere que los tratados a los que se refiere deben estar vigentes de conformidad al derecho internacional, de acuerdo al ordenamiento jurídico interno, o de ambos. Hay por lo menos una opinión en el sentido de que lo que exige la Constitución es «*que el tratado haya entrado en vigencia en el orden interno únicamente*», no siendo necesario que el tratado esté vigente internacionalmente⁹³. Otros opinan también que se requiere la vigencia interna, pero, al parecer, dan por supuesto que esto sucede después que el tratado ha entrado en vigencia desde el punto de vista del derecho internacional⁹⁴.

Es útil recordar que para que un tratado esté vigente internacionalmente hay que estarse a las disposiciones del mismo, ya que cada tratado regula el número de ratificaciones que se necesitan para que entre en vigencia. Respecto a la vigencia interna del tratado, tanto la jurisprudencia como los tratadistas parecen concordar en que se requiere que el tratado esté promulgado y publicado⁹⁵. A pesar de ello, estimo, por una parte, que el ordenamiento jurídico chileno no ha resuelto adecuadamente el problema de la vigencia interna de los tratados en general y, por otra, que las razones que se dan para ello son menos contundentes si las aplicamos a los tratados que consagran derechos humanos.

⁸⁸ Ver P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, 3.ª edición revisada, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 168-174.

⁸⁹ Ver los considerandos respectivos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Godínez Cruz, supra Capítulo II.7.

⁹⁰ R. Díaz A., *op. cit.*, supra nota 71, p. 206.

⁹¹ C. Pinchot E., *op. cit.*, supra nota 71, p. 13-14. Ver también M. A. Fernández, *op. cit.*, supra nota 71, p. 822.

⁹² Ver supra Capítulo IV.3.

⁸⁸ A. Silva B., *op. cit.*, supra nota 71, p. 123.

⁸⁹ Ver a este respecto, supra Capítulo III.2.d.



El primer punto debe ser dilucidado en otro trabajo; en cuanto al segundo, estimo que el menor peso de los argumentos, al aplicarlos a los tratados de derechos humanos, deriva del hecho de que las obligaciones que estos tratados generan son para los órganos del estado y no para los particulares. No parece -insisto, desde el punto de vista de las obligaciones- que el tratado deba ser promulgado y publicado para que ellas puedan hacerse exigibles. Ciertamente que la promulgación y publicación de estos tratados presta una enorme utilidad a los particulares, puesto que sólo conociendo sus derechos estarán ellos en condiciones de ejercerlos, pero me pregunto si esta promulgación y publicación no deben mirarse sino como una obligación más de algunos de los órganos del estado, que como un requisito para considerar que los tratados están para ellos «vigentes».

No se debe olvidar tampoco, que los órganos del estado no están solos en la obligación de promulgar y publicar los tratados. Los particulares, y en especial los ciudadanos, tienen también la obligación de promulgar y publicar los tratados. Esta obligación es de carácter moral, pero no de carácter jurídico. Los ciudadanos no están obligados a promulgar y publicar los tratados, pero sí a respetarlos y a exigir que los órganos del estado los respeten y publiquen.

SECCION SEGUNDA

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES POR DE DERECHOS HUMANOS

La obligación de promulgar y publicar los tratados es una obligación moral, pero no de carácter jurídico. Los ciudadanos no están obligados a promulgar y publicar los tratados, pero sí a respetarlos y a exigir que los órganos del estado los respeten y publiquen. Esta obligación es de carácter moral, pero no de carácter jurídico. Los ciudadanos no están obligados a promulgar y publicar los tratados, pero sí a respetarlos y a exigir que los órganos del estado los respeten y publiquen.

1. Véase, por ejemplo, el artículo 1.º de la Constitución de 1978, que establece que los tratados y acuerdos internacionales que comprometan a España en materia de derechos humanos, una vez ratificados, se promulgarán y publicarán en el Boletín Oficial del Estado.