

Nogueira, Humberto. Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En: *Ius et Praxis* 2 (2): pp. 9-43, 1997.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Humberto Nogueira Alcalá (*)

1. CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES.

Es necesario determinar el sentido y alcance que tienen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, ya que en nuestra Constitución Política de la República, no hay norma expresa que le dé una categoría determinada entre las fuentes del derecho, por lo que esto debe determinarse por vía interpretativa.

Para ello debemos partir del hecho de que en el ordenamiento jurídico nacional es, la Constitución Política, la única habilitada para determinar la existencia de otras normas, por lo que las normas de Derecho Internacional tendrían validez en la medida que la Constitución lo decidiera. Pero también la Carta Fundamental, como norma fundamental, puede remitirse a normas internacionales que le son indisponibles en su propia validez, que resultarán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la Constitución.

La soberanía no es sólo el principio fundamentador de la validez de las normas que integran un ordenamiento sino también su condición de norma fundamentadora de la aplicabilidad de normas jurídicas distintas de aquellas previstas directamente por el ordenamiento soberano para la producción de nuevas normas.

De estas dos categorías, la aplicabilidad es la única que comprende en todos sus términos la esencia del poder soberano, se hace posible tanto la explicación de la

(*) Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Central y de Talca. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

dinámica interna de los ordenamientos estatales como la conjunción de estos últimos con las normas del denominado Derecho Internacional¹

La aplicabilidad es la cualidad cuya consecuencia en una norma presupone como condición la validez, cuya generación transcurre por dos cauces normativos. El primero, directamente establecido por la Constitución, o el segundo, el diseñado por normas que sólo requieren de la Constitución para resultar aplicables en el ámbito regido por el ordenamiento estatal, pero no para disfrutar de validez.

Por regla general, se concibe la soberanía como categoría fundamentadora de la validez de las normas, por lo que la Constitución aparece como la única norma habilitada para decidir acerca de otras normas, por ello las normas procedentes del Derecho Internacional sólo disfrutarán de validez en la medida que la Constitución lo decidiera y siempre que las primeras no contradijeran los contenidos normativos de la Carta Fundamental. Esta posición, en principio correcta, no permite explicar otras vías de juridificación, ya que la Constitución como norma superior, puede remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez, como son las normas internacionales, siendo el Derecho Internacional el que determina su creación y validez, las cuales ya dotadas de validez, serán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la propia Constitución.

Así, las normas aplicables en un ordenamiento jurídico son necesariamente válidas, pero dicha validez que las convierte en normas aplicables se puede originar por vía interna del Estado, a través de los procedimientos normativos diseñados por la Constitución y en que sólo intervienen los órganos estatales, o se puede originar por sujetos jurídicos que pueden ser independientes en su existencia de la Constitución (tratados de adhesión) o que concurren con los constitucionalmente establecidos (tratados bi o multilaterales), pero que actúan a través de procedimientos regulados por normas jurídicas independientes de las del ordenamiento jurídico constitucional, siendo dichas normas válidas y sólo serán aplicables en el ámbito jurídico interno de los Estados si se verifican las condiciones que haya establecido la Carta Fundamental, remitiendo a otro sistema normativo que lo acepta como propio, la determinación de validez de las normas que se incorporan al ordenamiento que organiza la Constitución.

La Constitución precisa la posibilidad y el alcance de la remisión al Derecho Internacional, los órganos autorizados para realizarla, los procedimientos que deben

¹ Requijo Páges, Juan Luis. "Consideraciones en torno de las normas internacionales en el ordenamiento Español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 44, enero - abril, 1992, Madrid, España, pp. 43-44.

seguirse y los controles destinados a asegurar el cumplimiento de sus previsiones. La Carta Fundamental determina el proceso de integración o incorporación de la norma internacional al ordenamiento jurídico interno, lo que una vez concretado convierte a la norma internacional válida en norma internamente aplicable, la cual ya no es solamente norma internacional aplicable en Chile, sino norma integrante del ordenamiento jurídico chileno, vinculante y obligatoria para toda la población y para todos los órganos del Estado.

Así, tanto las normas creadas internamente como las incorporadas al ordenamiento jurídico interno, de acuerdo con las normas constitucionales, integran el ordenamiento jurídico, sin embargo, estas últimas son indisponibles al Estado en su existencia y validez.

Así, el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, presidido por la Constitución "se descompone en dos subsistemas normativos, uno de los cuales depende de la Carta Fundamental para producir normas válidas (el subsistema nacional), en tanto que el otro (el subsistema internacional) sólo lo hace para dotar a sus productos normativos de la necesaria aplicabilidad, cualidad esta última que, obviamente también reciben de la Constitución las normas internas"².

1.1. INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS AL ORDEN JURÍDICO NACIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

La Constitución chilena sólo se refiere a la incorporación de los tratados internacionales en los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Carta Fundamental. Los tratados se entienden válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento jurídico nacional cuando han sido negociados y firmados por el Presidente de la República (art. 32 N° 17), luego aprobados por el Congreso Nacional, utilizando para ello el trámite formal de las leyes (art. 50 N° 1), luego ratificados por el Presidente de la República (artículo 32 N° 17), y publicados en el Diario Oficial, de acuerdo con la jurisprudencia sostenida de la Corte Suprema de Justicia. A su vez, el mecanismo de control que establece la Constitución para los tratados y su incorporación al orden jurídico interno, es el control preventivo de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional a requerimiento de autoridad expresamente facultada para ello (art. 82 N° 2 de la Constitución).

² Requijo Páges, Juan Luis, Op. Cit., p. 47.

Si se cumplen todas las etapas o fases del proceso de incorporación del tratado, por los órganos y los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional, sin que el Tribunal Constitucional a través del control preventivo lo haya considerado inconstitucional, estamos en presencia de un tratado válidamente celebrado e incorporado al Derecho Interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio tratado, o de acuerdo con las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de la cual Chile es Estado Parte (artículos 54 y siguientes de dicha Convención), la cual al ser ratificada por el Estado de Chile y publicada en el Diario Oficial sin dejar de ser norma internacional es, a la vez, norma jurídica obligatoria y vinculante del ordenamiento jurídico interno de aplicación preferente frente a cualquier norma del orden jurídico interno.

No deja de sorprender que nuestra Constitución no prevé la participación del Congreso Nacional junto al Ejecutivo para acordar la denuncia de un tratado, basta la sola decisión del Presidente de la República, por lo que aparece más difícil incorporar un tratado que denunciarlo.

702 Puede sostenerse así que, la Constitución no fundamenta la validez de la norma internacional sino sólo su aplicabilidad. Una vez incorporada al Derecho Interno, la Constitución hace suya la norma internacional, como las normas que de ella puedan derivarse (art. 50 N° 1), en los términos y condiciones establecidas en el tratado, por lo que respecto de ellas, tampoco la Constitución actúa como condición de validez.

La Constitución sólo es norma superior de las normas internacionales, en la medida que estas últimas reciben de la Carta Fundamental su condición de normas aplicables. Las normas del Derecho Internacional integradas en el ordenamiento jurídico interno, forman parte del Derecho Chileno con el mismo título que cualesquiera de las normas elaboradas a través de los cauces de producción normativa directamente regulados y establecidos en la Carta Fundamental.

1.2. LA ESPECIAL FUERZA PASIVA DE LOS TRATADOS RESPECTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNAS.

Así la Constitución no es causa de la validez del tratado internacional, pero sí condición de su aplicabilidad, sin embargo, si incorporado el tratado al ordenamiento jurídico, posteriormente se modifica la Constitución, entrando la nueva disposición constitucional en conflicto con la norma internacional del tratado, la norma internacional no pierde validez ni aplicabilidad, teniendo una especial fuerza pasiva frente a la modificación constitucional, dada por los principios de los *cogens* denominados

pacta sunt servanda y *bonna fide* (cumplimiento de los tratados y buena fe, como base de la convivencia civilizada), como asimismo en la doctrina de los actos propios. De lo contrario, un Estado a través de una modificación a la Constitución podría alterar unilateralmente sus obligaciones e incluso sus fronteras con otros Estados.

A su vez, todo tratado internacional que se incorpora al Derecho Interno por decisión del propio Estado en el ejercicio de su soberanía representa un límite exterior o heterónimo que el Estado ratificante asume y se autoimpone, con el efecto de impedir que en el futuro se dicten normas violatorias de dicho tratado, así sean "normas constitucionales, lo que para tal supuesto implica que un tratado inferior a la Constitución funciona como un límite al futuro poder constituyente que introduce enmiendas a dicha Constitución" ¹

El tratado actúa desde fuera del Derecho Interno con calidad de límite exterior y, por la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), el Estado que se limitó libre y voluntariamente con ese alcance "no está habilitado para incluir después en su Constitución normas que contradigan su conducta internacional anterior" ²

A través de la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de un tratado internacional, el Estado compromete su soberanía, al obligarse a aplicar y dar eficacia jurídica interna a la norma internacional incorporada, con lo que el Estado unilateralmente no podría quitarle aplicabilidad y eficacia al tratado, salvo que recurra a su denuncia o a la pérdida de vigencia de él, todo ello conforme a las reglas del Derecho Internacional. Ello implica en la práctica que, un tratado incorporado válidamente al ordenamiento, siguiendo el procedimiento indicado por la Constitución a través de los órganos competentes constitucionalmente para ello, establecen un ámbito de contenido normativo de rango constitucional (constitución material, no formal), estableciendo una equivalencia de rango normativo, especialmente en los tratados sobre derechos humanos, tal como lo establece la Constitución en su artículo 5° inciso 2°.

En los casos que la Constitución reconoce la superioridad de los Tratados Internacionales por sobre ella, es la decisión del poder constituyente libre y voluntariamente expresada la que diversifica los niveles jerárquicos del orden jurídico del Estado y la que cede su rango superior a los tratados en que el Estado se hace parte,

¹ Bidart Campos, Germán. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ed. Lizar, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 259-260.

² Bidart Campos, Germán. Op. Cit., p. 260.

reconociendo la fuente de carácter internacional. En tal caso es el poder constituyente estatal el que así lo resuelve y determina que el tratado es superior a la Constitución al ratificarlo y permitir su ingreso al Derecho Interno.

La Constitución sigue siendo la fuente suprema y máxima del Estado, ya que ella ordena los niveles de prelación de cuantas normas forman parte del Derecho Interno y de los que derivan del Derecho Internacional y se incorporan al Derecho Interno. Así, la fuerza normativa de la Constitución no se relaciona con el lugar que la Constitución ocupa en la gradación jerárquica de las fuentes sino con el hecho de que ella es la que define la gradación jerárquica del orden jurídico interno, derivado también de ella como fuente suprema.

Es cierto que ello admite un procedimiento secundario de revisión o reforma de la Constitución más sencillo que los que estipula el capítulo XIV, pero no es menos cierto que los artículos 32 N° 17, 50 N° 1 y 5° inciso 2° son igualmente normas constitucionales, siendo por tanto, el propio constituyente, la propia Constitución, la que posibilita la utilización de este procedimiento secundario de revisión, no pudiendo olvidar, además, que el artículo 5° inciso 2° constituye parte de las Bases de la Institucionalidad, las cuales están dotadas de una especial fuerza normativa y preeminencia de principios y también lógica, frente al resto del ordenamiento constitucional. Ello se refuerza aún más en materia de derechos esenciales de la persona humana, ya que éstos constituyen un límite a la soberanía (art. 5° inciso 2°), es decir, al poder constituyente y a los poderes instituidos.

Es tarea del propio constituyente, a través de las normas constitucionales, permitir la incorporación en condiciones más dificultosas o más fáciles de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional. En el Derecho Comparado se establece que la incorporación al Derecho Interno de las normas internacionales debe realizarse, si se trata de materias constitucionales, con el quórum de la reforma o revisión de la Constitución. Dicho problema es sólo de aplicación de una adecuada técnica constitucional, pero no incide sobre la validez y eficacia de las normas internacionales válidamente incorporadas al ordenamiento jurídico nacional.

1.3. PÉRDIDA DE EFICACIA Y APLICABILIDAD DE LOS TRATADOS.

El Estado de Chile sólo puede excusarse del cumplimiento de un tratado internacional, cuando éste se ha celebrado en forma inválida, cuando el Estado no ha concurrido a través de las autoridades constitucionalmente establecidas para comprometer la voluntad del Estado en cada etapa prevista por la Constitución, o no se ha

seguido el procedimiento formal establecido por ella.

El Tratado Internacional no puede ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (art. 80 de la Constitución), primero por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (art. 27 de la Convención de Viena); segundo, porque los tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el artículo 82 N° 2, y en Derecho Constitucional, las diferencias de términos deben ser interpretadas siempre dándoles un sentido útil, de lo contrario, no se habrían establecido; tercero, porque el control de inaplicabilidad se refiere sólo a los aspectos de contenido de los preceptos legales no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico, competencia otorgada sólo al Tribunal Constitucional (artículo 82 N° 2); cuarto, por cuanto el control represivo de constitucionalidad busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación al caso particular, lo que es imposible en relación al tratado, ya que no depende su validez de la norma constitucional.

Es así que el control preventivo desarrollado por el Tribunal Constitucional tiene un carácter fundamental, por lo que es una mala técnica constitucional establecer sólo un control facultativo de constitucionalidad de las Convenciones internacionales, dicho control debería ser obligatorio, como lo son el control de los proyectos de leyes interpretativas de la Constitución y de leyes orgánicas constitucionales (art. 82 N° 1), lo que llevaría a la prohibición de celebrar un tratado internacional que entre en conflicto con las normas substentativas de la Carta Fundamental salvo que se aprobara por el quórum correspondiente a la revisión de la Constitución.

Mientras no haya un pronunciamiento de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional o no se haya obtenido la nulidad por la vía del artículo 46 de la Convención de Viena, mientras no se haya procedido a la denuncia del tratado por la vía internacional y éste deje de serle aplicable al Estado Parte, éste está obligado a su cumplimiento y las normas del tratado no pueden dejar de ser aplicadas por los órganos del Estado. Si finalmente el tratado deja de ser aplicable, lo que sólo puede decidir el Derecho Internacional, el tratado dejará de formar parte del Derecho Interno, salvo que las normas del tratado sean derechos esenciales de la persona humana, los cuales una vez reconocidos y garantizados ya no pueden desconocerse, ya que constituyen límites a la soberanía estatal (artículo 5° inciso 2°).

Todo ello no es más que consecuencia del ejercicio de la soberanía de acuerdo con las normas constitucionales previstas al efecto por el poder constituyente originario.

que es el que determina la idea de Derecho válida que defiende la Constitución y los órganos de control de constitucionalidad. No es el Derecho Internacional el que impone tales consecuencias jurídicas a la Constitución, sino que es la Constitución la que impone tales consecuencias respecto de las normas internacionales que son parte del ordenamiento jurídico interno.

El respeto del Estado de Chile y de sus órganos a los tratados válidamente celebrados, es condición indispensable para su mejor inserción en la comunidad internacional de naciones civilizadas y constituye una garantía para su propia seguridad como nación y su respeto como tal entre los Estados Constitucionales y democráticos de Derecho.

De acuerdo con los criterios y normas antes señalados, no es posible sostener, por ejemplo, que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son instituciones incorporadas por vía del tratado al ordenamiento jurídico chileno, en ambas instituciones, su carácter normativo deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico chileno deriva de los preceptos constitucionales, del mismo modo que su régimen de aplicación lo es de un principio internacional hecho propio por la Carta Fundamental. Así de la lógica del Convenio que es la lógica del Derecho Internacional asumida por el Derecho Interno, resulta con claridad que su articulado es parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son resoluciones de un órgano jurisdiccional chileno, lo que supone la obligación de asumir las decisiones de la Corte que declaren que un acto de los poderes públicos nacionales ha atentado contra las obligaciones emanadas del tratado, vale decir, ha conculcado alguno de los derechos humanos asegurados y garantizados por la Convención.

1.4. LA RELACIÓN ENTRE TRATADOS Y LEYES INTERNAS.

Para determinar el tipo de relaciones entre tratados y leyes es necesario considerar un doble criterio: por una parte, el de las consecuencias que sobre la validez de las leyes anteriores producen la incorporación de los tratados internacionales, por otra parte, el de los efectos derivados de la aplicación preferente de las normas de los tratados internacionales en relación a la aplicabilidad de las normas internas. La diversidad de criterios se debe a la distinta fuente de validez de las que reciben su existencia jurídica las leyes y los tratados, como asimismo, del hecho que ambos tipos de normas en lo que se refiere a causa de aplicabilidad, como, finalmente a la dualidad de regímenes de aplicabilidad: la ley al que dispone la Constitución, el tratado y su derecho derivado

al dispuesto por el Derecho Internacional e incorporado al Derecho Interno.

1.4.1. Los tratados y las leyes anteriores.

En relación a las leyes anteriores, el tratado las modifica en las materias a las que se refiere la norma internacional, ello se deriva de la decisión de los órganos constitucionales que, en virtud de la Constitución, determinan la sucesión de las normas internas válidas y la aplicabilidad de las normas internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico interno. Este efecto modificador o derogador de las leyes anteriores que versan sobre la misma materia surge de los propios artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Carta Fundamental, en la que interviene la participación de los órganos colegisladores que determinan la aplicabilidad e incorporación al Derecho Interno del tratado internacional, el que desplaza a las normas internas que entran en conflicto con el tratado aprobado por los propios órganos colegisladores.

Cabe señalar que este criterio es de general aplicación por la jurisprudencia de los tribunales de justicia, el aspecto que genera una reflexión especial es en relación con las leyes que requieren de quórum especial (leyes orgánicas constitucionales y leyes de quórum calificado), en la medida que serían modificadas o derogadas por los tratados que sólo requieren de mayoría simple para su aprobación por el Congreso, como lo dispone el artículo 50 N° 1 de la Constitución, lo que hace preguntarse acerca de la necesidad de que cuando un tratado verse sobre materias de ley orgánica constitucional o de ley de quórum calificado, debiera para aprobarse el tratado procederse a la utilización del quórum calificado respectivo. Frente a esta interrogante, cabe señalar que los preceptos legales tienen todos la misma eficacia y categoría de normas primarias, entre los cuales sólo opera el principio de reserva de materia, reservando ciertas materias la Constitución a su desarrollo legislativo por ley orgánica constitucional y otras por ley de quórum calificado, siendo el resto de competencia del legislador ordinario, pero ello no indica niveles de jerarquía entre leyes dentro del ordenamiento jurídico interno que el constituyente no estableció. En segundo lugar, es posible establecer que el artículo 50 N° 1 de la Constitución no estableció ninguna distinción, por tanto, donde la Constitución no distingue no es válido al operador jurídico establecer distinciones, con lo que es claro que la incorporación del tratado al ordenamiento jurídico interno en la forma establecida por la Constitución modifica o deroga cualquier ley anterior.

A su vez, también puede sostenerse que la autorización constitucional de incorporación de un tratado internacional al Derecho Interno trae aparejada la incorporación de las normas derivadas de dicho tratado, las que producen la deroga-

ción o modificación de las normas internas vigentes al momento de la incorporación de la norma derivada.

Así la incorporación de las normas internacionales por la autorización de la Constitución produce desde el momento mismo de su vigencia interna, la inaplicación de las normas internas que contravengan las normas del tratado incorporado válidamente al ordenamiento jurídico interno.

1.4.2. Los tratados y las leyes posteriores a su incorporación al Derecho Interno.

Las relaciones entre normas internacionales válidamente incorporadas al Derecho Interno y leyes posteriores, se rigen por el principio de la aplicabilidad, ya que ni unas ni otras se condicionan en su validez.

La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de buena fe y de cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de *ius cogens* codificados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados a la que hemos aludido reiteradamente y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, constituyendo una limitación implícita en el ordenamiento jurídico a todos los operadores jurídicos internos.

No se trata de un problema de jerarquía de los tratados sobre las leyes y sobre la Constitución, ya que el cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior, ello se debe a que las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional, limitándose el ordenamiento jurídico interno a determinar las condiciones de su aplicabilidad. Una vez autorizada su aplicabilidad por el Derecho Interno a través del procedimiento constitucional respectivo, es nuevamente el Derecho Internacional el que determina la forma en que deben ser aplicadas sus normas, siendo aplicable el principio del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que determina: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado", disposición que exige la aplicabilidad preferente de las normas internacionales sobre las normas internas.

Así el principio *pacta sunt servanda* determina la aplicabilidad de los tratados que vinculan a los Estados-partes mientras no se determine, internacionalmente, su inaplicabilidad. Por lo que incorporado un tratado al ordenamiento jurídico interno en forma válida, ninguna norma interna puede decidir su inaplicación ni su pérdida de validez.

No son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el Derecho Interno de que norma posterior deroga a la norma anterior, ni que la norma especial deroga a la norma general, ni que norma jerárquica superior derogue a la inferior, ya que tales principios sólo operan cuando la contradicción eventual producida entre dos normas puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las dos normas en conflicto su condición de normas válidas dadas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre con el caso de conflicto de una norma interna con una norma internacional.

Así no hay una prevalencia jerárquica entre leyes y tratados, por lo que ambas serán igualmente válidas aunque entren en conflicto, el tratado no determina la nulidad de la norma de Derecho Interno, sino que sólo prevalece la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna, porque así lo determina el Derecho Internacional, el que a su vez se aplica porque así lo han decidido los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la soberanía nacional (artículo 5º inciso primero de la Constitución), pero que debe ser aplicado conforme al Derecho Internacional, una vez que la Constitución haya autorizado su incorporación y aplicabilidad.

De esta forma, una ley interna de quórum especial u ordinaria cede necesariamente, aunque sea posterior, frente al tratado válidamente incorporado al Derecho Interno, lo que no significa afectación de la validez de la ley en el ordenamiento interno.

Por tanto, cuando se desee quedar fuera de la obligación de cumplir las disposiciones de un tratado, no hay que recurrir a la vía legislativa ni a la vía constituyente interna, para cuyo objetivo son ineficaces, sólo cabe recurrir a la vía internacional del procedimiento de denuncia del tratado de acuerdo con las normas del Derecho Internacional.

La prevalencia del Derecho Interno sobre las normas del Derecho Internacional válidamente incorporado al Derecho Interno, por más que se haga efectiva (lo que no implica que se haga válida), constituye una violación de normas internacionales incorporadas al Derecho Interno, y por ello, una transgresión al Derecho Interno y a la Constitución, un debilitamiento del Estado de Derecho y una afectación de la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile.

Celebrar un tratado internacional constituye un ejercicio de la soberanía por las autoridades que establece la Constitución, la que limita tanto la potestad constituyente como legislativa posterior, en algunos casos implica emprender un camino sin retorno, al comprometerse con normas irreversibles como son las referentes al aseguramiento

de derecho esenciales o las que constituyen una comunidad económica o política, como es el caso de la Unión Europea. Lo que exige de los órganos constitucionales respectivos, conciencia y seriedad en la toma de sus decisiones.

Así ante un tratado válido e incorporado al Derecho Interno por el procedimiento señalado por la Carta Fundamental y una ley interna posterior válida, el conflicto debe resolverlo el juez ordinario mediante la aplicación preferente del tratado, de lo contrario, quebranta el propio ordenamiento jurídico interno y sus reglas de aplicación, además de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Así lo entendió la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su sesión N° 367 de mayo de 1978, al reconocer la superioridad de los tratados sobre la ley, recogiendo lo que ya habían expresado los comisionados Alejandro Silva Bascuñán y Jaime Guzmán Errázuriz en la sesión del 20 de junio de 1974.

Se ha llegado a sostener por algunos autores¹ que "entre la ley y el tratado no hay una relación de jerarquía, sino más bien una distribución de competencias". Al respecto cabe señalar que esta situación establecida para las leyes por la Constitución no es extensible a los tratados internacionales ya que éstos no tienen un campo normativo acotado como los diversos tipos de leyes, éstos pueden regular cualquier materia dogmática u orgánica. El constituyente no ha delimitado su campo de acción. De esta manera, como sostiene Ignacio de Otto, "la relación entre el tratado y las leyes posteriores se basa sobre la base de reglas de aplicación". Un tratado no puede ser modificado por una ley, ciertamente, pero no significa que la ley contraria a un tratado en vigor sea nula, sino tan sólo que el tratado prevalece sobre ella. Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una particular resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, la nulidad de la ley posterior contraria al tratado"², como se reconoce expresamente por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en la sesión 371, página 2587 y 2588.

De esta manera, como lo señala gran parte de la doctrina comparada, posición que compartimos con otros autores nacionales, la resistencia de los tratados frente a la ley o el principio de intangibilidad de los tratados hace que estos últimos ocupen una

posición superior a la ley, construyendo un escalón supralegal.³

Klaus Stern nos dirá "cualquiera sea la teoría a la que se otorgue preferencia, en lo que hace a los efectos prácticos hay unanimidad acerca de que la regla de Derecho Internacional incorporada goza de primacía frente al Derecho Nacional"⁴.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se ha ido sustentando en el sentido de dar primacía a los tratados sobre la ley interna. Algunos ejemplos de ello constituyen las sentencias Lauritzen con Fisco de 1955; el caso de extradición activa de 1959 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LVI, 2º parte, sección cuarta, p. 66); el caso Embajada de la República de China (Fallos del mes, septiembre de 1969, pp. 223-224); el caso Presidente del Consejo de Defensa del Estado y Embajada de Cuba de 1975, p. 90; el fallo sobre ejercicio de las profesiones liberales (aplicación de la Convención México de 1902); los casos de aplicación de la Convención de Derecho del Niño en materia de libertad provisional (entre otros, sentencias Rol N° 19558-94, Corte de Apelaciones de Santiago); sentencia sobre prevalencia del Tratado del GATT sobre ley interna (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3.396-94, confirmada por Corte Suprema, sentencia de enero de 1995, Rol N° 24.344).

2. LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS O DERECHOS ESENCIALES.

Los Convenios o Tratados Internacionales deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del Derecho Internacional y de buena fe (*bona fide*), (*pacta sunt servanda*), regla de Derecho Internacional que se consideran *ius cogens*, y además Derecho Consuetudinario Internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 9 de abril de 1981, y establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio Derecho Interno

¹ Ver Sánchez Rodríguez, I.J., González Campos, I.D. y Sáenz de Santamaría, M.P., *Curso de Derecho Internacional Público* Oviedo, España, 1983, pp. 121 y ss.

² Cinculueña Montaner, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Tercera edición, Editorial Civitas, p. 132; "Los tratados tienen un valor superior a cualquier otra norma de Derecho Interno, incluida la ley [...] la aplicación preferente, incluso respecto de las leyes, se traduce en la previsión constitucional de que sus disposiciones no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, sino en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional."

³ Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, España, 1987, p. 814.

¹ Fiamma, Gustavo y Mohor, Salvador, "La jerarquía normativa de los Tratados Internacionales", diario *El Mercurio*, Cuzco D, p. 24, Domingo 4 de noviembre de 1994.

² De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España, 1987, p. 126.

para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado. A su vez, el artículo 31 de la misma Convención que codifica una norma de Derecho Consuetudinario Internacional, establece que un "Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin..."

El artículo 5° de la Constitución que establece la limitación de la soberanía por los derechos humanos "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

A su vez, la reforma constitucional de 1989, agregó a este inciso 2° del artículo 5° una oración final que introduce en el Derecho Interno a nivel constitucional una cláusula clara de incorporación de los tratados de derechos humanos a nivel constitucional incorporando el Derecho Internacional de Derechos Humanos a la Constitución, esta oración final es la siguiente: "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 encuentran vigentes".

2.1. LA CONCEPCIÓN ARMÓNICA Y FINALISTA QUE SE DESPRENDE DE LA CONSTITUCIÓN PARA ASEGURAR LOS DERECHOS HUMANOS NATURALES.

El artículo 5° de la Constitución de 1980, reformado en 1989 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un reforzamiento en la defensa de los derechos humanos, como asimismo, una alteración en la jerarquía normativa, al menos, en lo que se refiere a los tratados en materia de derechos humanos.

Esta perspectiva ha generado un fuerte debate en el ámbito de la cátedra de Derecho Constitucional sobre el sentido y alcance de la reforma del artículo 5° inciso 2° de la Constitución. En las próximas páginas desarrollaremos nuestro punto de vista sobre la materia, la que compartimos con otros académicos especialistas en el área.

Una primera afirmación que puede realizarse es que el constituyente estableció como fundamentos normativos, en materia de derechos humanos, los siguientes:

a.- Recoge la afirmación contenida en todas las convenciones sobre derechos humanos en el artículo primero, inciso primero de la Constitución de que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

b.- Establece en el inciso cuarto del artículo primero que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común". Dicha promoción debe realizarse y establece la misma disposición "con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

c.- Asume que el ejercicio de la soberanía, es decir, la potestad pública, incluido el poder constituyente derivado tiene límites y ellos son "los derechos esenciales de la naturaleza humana. Esta disposición establecida por el constituyente de 1980 fue reforzada en 1989, al establecer, el inciso segundo del artículo quinto, en su oración final: "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 encuentran vigentes".

d.- A su vez, el artículo 19, inciso primero señala "La Constitución asegura a todas las personas" los derechos que en tal disposición se enumeran; asimismo, el numeral 26 de dicho artículo expresa: "la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o contemplen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni promover condiciones, tributos o requisitos que impiden su libre ejercicio".

El constituyente, a través de estas disposiciones, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano, por tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales hechos y a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos.

Si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el solo hecho de ser personas, y por tanto, tales derechos tienen las características de ser universales, absolutos, alienables e imprescriptibles.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en su sesión 203 de mayo de 1961: "la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana", como asimismo, se reconoció que tales derechos no sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, "sino también los que formen parte

del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. Una afirmación similar hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5º, pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores.

Así la Constitución establece en el artículo 5º inciso 2º, en forma expresa dos modalidades de institucionalización de derechos naturales, la propia norma constitucional y el tratado internacional; siendo esta última la modalidad que permite incorporar a la Constitución material, los derechos naturales que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.

La primera modalidad implica la introducción de nuevos derechos o fortalecimiento de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma de la Constitución.

La primer modalidad implica la introducción de nuevos derechos o fortalecimiento de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma constitucional del capítulo XIV de la Constitución.

2.2. CONSECUENCIAS DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS MEDIANTE TRATADOS INTERNACIONALES.

Ratificado un tratado internacional en materia de derechos humanos, previa aprobación del Congreso, y siempre que el tratado se encuentra vigente en el ámbito internacional y nacional, ello produce las siguientes consecuencias en el ordenamiento jurídico nacional:

a) De acuerdo al artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, los derechos naturales asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlo y debiendo, todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.

Respetar los tratados establece el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado, como asimismo, por todas las personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado. Esta obligación es de carácter *erga omnes* o general, exigible incondicionalmente a todos los agentes

y órganos del Estado. Promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impedian el goce de los derechos.

Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5º de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, que establecen el deber de los Estados-partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso de Nicaragua-Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de los Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos convenios "en todas las circunstancias", lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los convenios dan expresión concreta.¹⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez-Rodríguez, en sentencia del 29 de julio de 1988¹¹, y del caso Godínez-Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989¹², consideró que el artículo 1º, párrafo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece para los Estados-parte la obligación de "respetar y garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los Estados-parte están obligados a "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"¹³. A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por la "falta de la debida diligencia para

¹⁰ Ver. Canedo Trindade, Antonio Augusto. "Desarrollo de las relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos en su amplia dimensión." Revista *IIDH*, N° 16, San José de Costa Rica, p. 52.

¹¹ Sentencia caso Velázquez-Rodríguez. Serie C, N° 4.

¹² Sentencia caso Godínez-Cruz. Serie C, N° 5.

¹³ Ver. Serie C, N° 4, párrafo 166, pp. 68-69. Serie C, N° 5, párrafo 175, p. 72.

prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”¹¹.

b) La vulneración de tales derechos humanos introducidos por vía del tratado internacional, constituye una transgresión tanto de la Constitución como del tratado internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes.

c) El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecidas por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente derivado del capítulo XIV de la Constitución.

Diversas Constituciones establecen procedimientos secundarios de reforma constitucional al autorizar la cesión de facultades o atribuciones que la Constitución encomienda a órganos nacionales por medio de tratados internacionales. A manera de ejemplo, pueden señalarse las Constituciones de Luxemburgo, artículo 49; Bélgica, artículo 25 bis; España, artículo 93. Incluso algunas Constituciones autorizan cesión de soberanía por simple ley, como ocurre con las Constituciones de Alemania, artículo 24; Italia, artículo 11; y Grecia, artículo 28.

La expresa autorización de tales cesiones o transferencias de poderes, implica un procedimiento tácito y secundario de reforma constitucional. Se sustraen competencias o atribuciones a órganos nacionales, cambiando o modificándose la estructura del poder en el texto de la Constitución, mediante un procedimiento diferente del señalado en las respectivas Constituciones para su reforma.

En el fondo, hay un reconocimiento, cada vez más fuerte, de la crisis de la soberanía y del Estado Nacional, de la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, todo lo que muestra y deja en evidencia una nueva estructuración del poder en la sociedad contemporánea. El constitucionalismo nacional, propio del Estado Nación, cede posiciones ante un constitucionalismo supranacional e internacional, del cual forman parte los órganos judiciales supranacionales y los internacionales que protegen los derechos humanos y a escala planetaria.

d) Incorporado el derecho o su protección por medio del tratado. éste adquiere aplicación inmediata, ya que si fuera necesaria reforma constitucional para ello, no se estaría cumpliendo el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos a todos los órganos del Estado, ya que quedaría a voluntad de dicho órgano acatar o no el mandato constitucional.

¹¹ Ver Serie C, N° 4, párrafo 172, pp. 70-71.
Serie C, N° 5, párrafo 181 y 182, pp. 73-74.

e) Una reforma constitucional sólo podría modificar un tratado en materia de derechos humanos, en la medida que implique una mayor protección y garantía de tales derechos, no pudiendo desmejorar su situación jurídica.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DE TRATADOS INTERNACIONALES.

La institucionalización de derechos humanos mediante tratado es más efectiva y radical que el que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos, ya que puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, el criterio para juzgar tales derechos, no es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado, que introduce el derecho, produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder constituyente derivado.

Por tanto, a través del tratado puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, en contradicción con normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos sobre aquellos que los desconozcan o en menor protección, en virtud de la norma que los derechos humanos naturales constituyen un límite a la soberanía, siendo deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos. En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente, además, con el tenor literal del artículo 5°, sino aquella que sostiene que el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana que es la que determina el derecho natural, por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que el propio constituyente, dejó constancia en la historia fidedigna del precepto, que el Estado debe asegurar y promover tales derechos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución, ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1° en armonía con artículo 5° inciso 2°, ambos textos constituyen bases esenciales de la institucionalidad).

Por otra parte, el tratado en materia de derechos humanos aparece mucho más

vinculado al carácter universal de los derechos humanos y permite, por esa vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humanas.

Ello no significa que los tratados en materia de derechos humanos queden fuera del control de constitucionales, sino que el criterio de dicho control debe tener como principio rector asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común que es la finalidad de la actuación del Estado (artículo 1° inciso 4°).

Así, un tratado en materia de derechos humanos sólo puede ser declarado inconstitucional por aientar o menoscabar la esencia de los derechos (artículo 1°, artículo 5° inciso 2°, artículo 19 N° 26), ya que al introducir un nuevo derecho se puede transgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado: por deteriorar los derechos ya incorporados a la Constitución, o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente.

Así, que la voluntad del constituyente es de otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento, jerarquía y modalidad de interpretación distinta a los otros tratados internacionales, siendo su jerarquía en el ordenamiento interno superior a la ley y al constituyente derivado, pero subordinado al constituyente originario, que estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos, y especificó que ellos limitaban la soberanía o potestad del Estado.

Todo ello implica la incorporación al Derecho Interno, entre otros tratados y convenciones en materia de derechos humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; la Convención Americana de Derechos Humanos o Convención de San José de Costa Rica, para sólo señalar los más importantes.

El criterio para juzgar la compatibilidad con la Constitución de los derechos institucionalizados por vía de tratado internacional, es el criterio de si con ello se refuerza o se mejora objetivamente la seguridad y garantía de los derechos esenciales, los cuales, siendo tales, constituyen un límite al poder constituyente y legislativo, por tanto, el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 N° 2, sólo podrá declarar si sus normas desmejoran la situación de los derechos esenciales ya asegurados o afectan negativamente el nivel de garantías que ellos ya tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal posición se encuentra una parte mayoritaria de la doctrina nacional, entre quienes puede señalarse a Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido, Santiago Benadava, Cecilia Medina, Rodrigo Díaz Albónico, Paulino Varas, Salvador Mohor, José Luis Cea, Natalia Panatt, Claudio Troncoso, Mario Calderón, Enrique Evans de la Cuadra, entre otros.¹⁵

2.4. EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS ES UNA CUESTIÓN DE JURISDICCIÓN CONCURRENTE O COMPARTIDA ENTRE LA INTERNA DE CADA ESTADO Y LA INTERNACIONAL.

Ello obliga al Estado a resolver las materias de derechos humanos de conformidad con el sistema internacional (universal o regional) del que el Estado es parte, lo que impone el deber a este último, de que tales derechos se hagan efectivos en su

¹⁵ Silva Bascuñán, Alejandro, "Reformas sobre Derechos Humanos", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 16, Universidad Católica de Chile, septiembre-diciembre, 1989.

Medina, Cecilia, *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1994.

Díaz Albónico, Rodrigo, *La reforma del artículo 5° de la Constitución Política*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1991.

Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Tercera Edición, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1994.

Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1993, p. 104, nota N° 6.

Mohor, Salvador, *Elementos de Juicio para la Interpretación del artículo 5° Inciso 2°*, Facultad de Derecho, Universidad Central, 1991, pp. 227 y ss. Posición contradictoria con su artículo en colaboración con Gustavo Fiumma del diario *El Mercurio*, del 4 de noviembre de 1994, Cuerpo D, pp. 24 y 25.

Varas Alfonso, Paulino, "El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución", XXIV Jornadas de Derecho Público, *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II, mayo a diciembre de 1993, pp. 725 y 729.

Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución", XXIV Jornadas de Derecho Público, *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II, mayo a diciembre 1993, pp. 695-704.

Panatt, Natalia, "La modificación del artículo 5° de la Constitución chilena de 1980, en relación con los Tratados", XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso, Editorial EDEVAL, Valparaíso, Chile, 1990, pp. 585-603.

Calderón Vargas, Mario, "Las inmunidades de jurisdicción y los derechos de la persona humana" en *Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán*, Ed. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1994, pp. 271 y 281.

Evans de la Cuadra, Enrique, "¿Hermetismo Constitucional?", diario *La Epoca*, Domingo 20 de noviembre de 1993.

jurisdicción interna como lo exige también nuestro artículo 5º inciso 2º de la Constitución. Así, es en el ámbito del Estado donde los derechos deben lograr efectividad, pero es el Derecho Humanitario Internacional y el Derecho Internacional de los derechos humanos el que determina las directrices dentro de las cuales el Derecho Interno tiene que resolver la materia concreta referida de derechos de la persona humana, en lo que se refiere a las personas que se encuentren sometidos a su jurisdicción.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas nos dice Verdross, se ha "roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional".¹⁴ Nuestro país es signatario de la Carta de Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios.

Cualquiera sea la posición que se tenga sobre la vinculación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es un hecho no discutible que la Declaración de Teherán de 1968, la hizo obligatoria para la comunidad internacional. A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es claramente obligatoria y vinculante también por la remisión que a ella efectúa el artículo 29 inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Ambas declaraciones son fuentes de derechos materialmente constitucionales.

2.5. LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS INCORPORADOS POR TRATADOS INTERNACIONALES.

Los derechos contenidos en los tratados en materias de derechos humanos forman parte de la Constitución material, constituyendo parte del plexo de derechos garantizados constitucionalmente y constituyen límites a la soberanía, es decir, al ejercicio del poder constituyente derivado y los poderes constituidos que ejercen las potestades públicas, así estos pueden sólo asegurar, garantizar y promover en mejor forma los derechos esenciales de la persona humana, pero jamás podrán afectar la esencia de los derechos ni disminuir su nivel de actual garantía constitucional, sólo podrán incrementarla hacia el futuro, lo que vale también para el constituyente derivado o instituido. Así lo determina el artículo 5º inciso 2º de la Constitución, en su oración final, por decisión del cuerpo político de la sociedad, actuando en ejercicio de la soberanía y como constituyente originario en el plebiscito de julio de 1989.

¹⁴ Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, España, 1967, p. 492.

El deber del Estado y de todos sus órganos de respetar y promover los derechos humanos encuentra sustento además en los contenidos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1 y 2 párrafo 2, y del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1 y 2.

En efecto, ambos pactos citados en el párrafo anterior establecen el deber de los estados no solo de respetar los derechos, sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción. A su vez, tales pactos internacionales establecen que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales, "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos. Entre "las medidas de otro carácter" deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente, las sentencias del Tribunal Constitucional, en cuanto son órganos del Estado y éste se ha comprometido a tomar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.

Así, las obligaciones que corresponden al Estado son de carácter múltiples o complejas, ya que el Estado debe reconocer los derechos, debe garantizarlos frente al propio Estado o a los particulares, debe crear las condiciones para el pleno goce de ellos, debe promoverlos, debe adoptar todas las medidas de naturaleza jurídica necesarias para hacerlos efectivos (adoptar, modificar o eliminar normas jurídicas internas, adoptar decisiones jurisdiccionales y administrativas, tomar decisiones políticas, etc).

Es de gran trascendencia que los tribunales de justicia y el propio Tribunal Constitucional busquen hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Como dice la Corte Constitucional de Colombia, "es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos Internacionales" (Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, C-109/1995 y 477/1995).

2.6. LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Ello no constituye una perspectiva aislada en el Derecho Comparado latinoamericano, normas similares se encuentran en la Constitución Argentina reformada en 1994, artículo 75 inciso 22, en la Constitución de Colombia de 1991, artículo 93; en la Constitución de Nicaragua de 1987, artículo 46.

Así, cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se rigen, por decisión del constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, nos lleva a plantear necesariamente la doctrina del bloque de constitucionalidad, en el cual se insertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma jerarquía de la Constitución, lo que significa, como señala Bidart Campos, que por imperio de la propia constitución esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, porque la propia Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido.¹⁷

De esta forma, podemos considerar que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros.¹⁸

Dicho bloque de constitucionalidad sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma.

El bloque de constitucionalidad supera la concepción formal de la Constitución y ésta se elastiza, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la Constitución.

Sea que el bloque de constitucionalidad se le confiere jerarquía supraconstitucional o constitucional (Francia, Brasil, Chile, Argentina, Colombia, Nicaragua, Guatemala) o subconstitucional, siempre su elaboración e integración tiene como base y fin su utilización como parámetro para realizar el control de constitucionalidad, es decir, como instrumento para interpretar, aplicar o desaplicar desde la Carta Fundamental las normas de carácter infraconstitucional. De forma tal que el bloque de constitucionalidad es uno de los elementos más básicos para realizar un juicio de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar y actuar en conformidad con él.

Un sistema de Derecho en un Estado Constitucional debe interpretarse de modo que logre su total plenitud a través de dos fuentes de retroalimentación: la interna de cada Estado y la internacional, lo que es aplicable en la materia que nos interesa tanto a la Constitución de 1925 como a la Carta Fundamental de 1980.

¹⁷ Bidart Campos, Germán, *Op. Cit.*, p. 263.

¹⁸ Ver Favoreau, Louis, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1990, N° 5; Rubio Llorente, Francisco, "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, Madrid, España, 1989.

El tema de los derechos humanos es una cuestión de jurisdicción concurrente o compartida entre la interna de cada Estado y la internacional, como señala Bidart Campos.

Ello obliga al Estado a resolver las materias de derechos humanos de conformidad con el sistema internacional (universal o regional) del que el Estado es parte, lo que impone el deber a este último, de que tales derechos se hagan efectivos en su jurisdicción interna como lo exige también nuestro artículo 5° inciso 2° de la Constitución. Así, es en el ámbito del Estado donde los derechos deben lograr efectividad, pero es el Derecho Humanitario Internacional y el Derecho Internacional de los derechos humanos los que determinan las directrices dentro de las cuales el Derecho Interno tiene que resolver la materia concreta referida de derechos de la persona humana, en lo que se refiere a las personas que se encuentren sometidos a su jurisdicción.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas nos dice Verdross, se ha "roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional" ¹⁹ "Nuestro país es signatario de la Carta de Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios. No podemos olvidar que Chile, junto a todos los demás Estados suscribieron la DECLARACION DE TEHERAN de 1968, a través de la cual se autovincularon para hacer efectivos los derechos humanos, cuyo artículo sexto señala lo siguiente: " Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertudes fundamentales".

3. DIFERENCIACIÓN ENTRE TRATADOS Y TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.

3.1. LA DIFERENCIACIÓN POR LOS INTERESES PROTEGIDOS.

En materia de tratados sobre derechos humanos, estos tienen características especiales que los diferencian de todo otro tipo de tratados, como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en ellos "los Estados contratantes no tienen

¹⁹ Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, España, 1967, p. 492.

intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención". "En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones" (opinión consultiva CID Recueil 1955, página 23). Esta concepción de los tratados de materia de derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos "no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, sino el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (opinión consultiva OC-82, Serie A N° 2, párrafo 29), fundamentos que hacemos nuestros.

A su vez, es necesario precisar desde la perspectiva del Derecho Convencional Internacional establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, el que se encuentra ratificado por Chile y vigente, establece en el artículo 61 que se excluye todo tipo de reciprocidad para las disposiciones relativas a protección de las personas en los tratados humanitarios, lo que se aplica también a las Convenciones de Derechos Humanos.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que "es un principio de Derechos de Gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes las disposiciones del Derecho Interno no pueden prevalecer sobre los de un Tratado" (Serie B N° 17, página 32) y que "un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes" (Serie A/B N° 44, página 24). Criterios interpretativos que compartimos ampliamente.

En materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección de los derechos de la persona humana, valor y principio fundamental y clave esencial para la interpretación de todo nuestro ordenamiento constitucional como también lo establece la Constitución Política de la República en sus artículos 1°, 5° inciso 2° y 19 N° 26, en una interpretación sistemática y finalista.

La interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional respecto de los derechos asegurados por los convenios o tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico chileno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, ha establecido la integración y la complementariedad de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos, al respecto señaló:

"En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a los Tratados han sido consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales tanto de ámbito universal como regional" (párrafo 41), agregando que "el propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte igualmente en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión" (párrafo 43) la doctrina ha afirmado en forma unánime la misma posición."

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que democracia y derechos humanos están vinculados intrínsecamente, en el preámbulo, cuando se sostiene que "el respeto de los derechos esenciales del hombre se ha de realizar "dentro del cuadro de instituciones democráticas". A su vez, el artículo 29 de la Convención Americana, prohíbe toda interpretación de la Convención que excluya otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

¹⁰ Monroy Cebra, Marco Gerardo. Los Derechos Humanos. Ed. Themis. Bogotá, Colombia, 1980, página 109.

Nikken, Pedro. La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo progresivo. Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, España, 1987, páginas, 47-58.

Nieto Navia, Rafael. Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Editorial IUDH-Universidad Yoveriana, Bogotá, Colombia, 1988, página 67.

Dunfee de Abranches, Carlos. Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Americanas sobre Derechos Humanos. Anuario Interamericano de Derechos Humanos. Washington. EEUU, 1968, página 6.

Gross Espiell, Héctor. La Constitución Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, página 19.

Ello se ve reforzado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a través de las opiniones consultivas 2 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 31; 5 del 13 de noviembre de 1985, párrafos 41 y 44; 8 del 30 de enero de 1987, párrafo 26; y 9 del 6 de octubre de 1987, párrafo 35.

Así en la OCS/85 se señala que "las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas (párrafo 44).

Así, el contenido del literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha establecido como regla hermenéutica que ninguna disposición de un tratado puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados". Una regla prácticamente idéntica está establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal regla llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a sostener en su opinión consultiva 1/82 que su competencia consultiva puede ejercerse respecto de toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cual sea su objeto principal, o de que sean partes o puedan ser partes del mismo tratado, Estados ajenos al sistema interamericano.

Hay así toda una estructura de principios y valores que, coordinados con el objeto y fin de los tratados de derecho humanitario (Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos complementarios) y los principios y tratados de Derecho Internacional de los derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos y Convenciones posteriores complementarias), deben cumplirse de buena fe. Ello implica que los silencios, los implícitos, y el amplio arsenal axiológico que los nutre, tiene un sentido de vigor aplicativo, directo e inmediato en el ordenamiento jurídico, atribuyéndole toda su fuerza y valor normativo.²¹

Dejar de cumplir con las normas internacionales en materia de derechos humanos implica un desconocimiento de esos derechos, que los Tribunales, como órganos del Estado, deben respetar y promover.

²¹ García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, España, 1991

Los tribunales de justicia no estarían dando cumplimiento al deber establecido en las Bases de la Institucionalidad, artículo 5º inciso 2º, si por acción o por omisión no aplican la normativa relativa a los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento constitucional o en los tratados incorporados válidamente al ordenamiento jurídico, principio hermenéutico que no sólo es válido para la Constitución de 1980, sino que también rige durante la vigencia de la Carta de 1925.

3.2. LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS.

El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el Derecho Interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, lo que equivale en Derecho Constitucional a los preceptos o normas operativas de la Constitución, es decir, las normas que debe considerar en forma directa y en primer lugar el juez o la administración para resolver cualquier asunto sometido a su consideración.

La norma autoejecutable se caracteriza por establecer un derecho en favor de la persona que tiene un interés legítimo en la aplicación del precepto cuya protección es elegible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas.

Como lo sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional, el caso Foster y Neilson, estamos en presencia de normas autoejecutables por sí mismas en un tratado, cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del Estado la aplicación de esa norma en su favor.

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el propio preámbulo explicita como fines de ese tratado, el establecer un régimen de "protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos", ello se refuerza con el artículo 1 de la Convención que señala "obligación de respetar los derechos. 1.- los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2.- Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano"

Así todos los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos son

e autoejecutividad directa, a menos que exista una estipulación expresa en la norma que condicione el cumplimiento de la norma al desarrollo de leyes subsecuentes.

Por tanto, el artículo 2° de la Convención Americana, que establece la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención, constituye una obligación complementaria, lo que no releva al Estado de la obligación de respeto y de garantía de los derechos que establece el artículo 1° de la Convención.

La autoejecutividad de la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-7 del 29 de agosto de 1986 sobre el derecho de rectificación o respuesta, en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención, a solicitud del gobierno de Costa Rica, en ella la Corte rechazó el argumento de la no autoejecutividad del artículo 14.1, en virtud de que "el sistema mismo de la Convención está dirigida a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" por lo que concluye que el derecho de rectificación o respuesta es internacionalmente exigible.

Jiménez de Arechaga ha establecido que, con el criterio antes señalado, confirmólo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "solamente carecen de autoejecutividad los artículos 13(4) sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; 17(4) sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derechos del niño a medida de protección; 21 (3) sobre prohibición de la usura; y 26, sobre derechos económicos, sociales y culturales".²²

Sobre la autoejecutividad de los derechos garantizados por la Convención Americana también hay jurisprudencia de Cortes Supremas de la región. Sólo a modo de ejemplo, puede citarse el caso de la Corte Suprema de Venezuela²³ que toca a la autoejecutividad del artículo 25 de la Convención Americana, que garantiza la acción de amparo constitucional de todos los derechos y la operatividad del artículo 49 de la Constitución de Venezuela que armoniza con ella, señalando:

"la norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación tanto por parte de

²² Jiménez de Arechaga, Eduardo: "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho interno", en Revista *IIDH*, enero/junio de 1988, San José de Costa Rica, p. 35.

²³ Sala Política Administrativa, caso Andrés Velázquez con Consejo Supremo Electoral. Citado por Carlos Ayala Corao, "El Derecho de los derechos humanos" en *Lecturas Constitucionales Andinas* N° 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1994, p. 61.

la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia Constitución, que establece:

"la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

"Considera la Corte que con esta declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquellos meras declaraciones retóricas sin contenido real".

"Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los tribunales de la República deben hacer uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 4° de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de los que provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia".

En un sentido similar la Corte Suprema Argentina creó el Amparo de derechos fundamentales por vía jurisprudencial en los casos de Siri y Kot.

Concordamos con nuestro colega y amigo Germán Bidart Campos en que el principio es el de presunción de operatividad de las cláusulas del Pacto, y sólo cuando de la redacción de la norma surge en forma clara que es programática, ella lo será.²⁴ Sin embargo, si la cláusula es programática, obliga al legislador a hacer lo que ella determina, si no lo hace fuera de incumplir una obligación internacional emanada de un Tratado estaría incurriendo en una especie de inconstitucionalidad por omisión.

Que el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación inmediata de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas "o de otro carácter" que sean necesarias para hacer efectivos los derechos (compete a los

²⁴ Bidart Campos, Germán, *La Interpretación del sistema de derechos humanos*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 185.

tribunales de justicia a través de sus sentencias, hacer efectivas esas medidas) lo que permite la aplicación ágil y eficaz de todo el sistema de derechos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, con su doble fuente de derechos, los reconocidos por vía normativa interna y los reconocidos e incorporados al orden jurídico nacional provenientes de la vía normativa internacional (principio de *ius cogens*, Derecho Consuetudinario y Derecho Convencional Internacional), dando plenitud al sistema de protección de derechos humanos en el sistema constitucional, permitiendo la retroalimentación y armonización de ambas fuentes de derechos.²⁵

3.3. LA APLICACIÓN DE LA FUENTE Y SOLUCIÓN QUE MEJOR PROTEJA LOS DERECHOS.

Un tribunal de justicia en un Estado Constitucional de Derecho, como lo era el vigente bajo la Carta de 1925 como el actual bajo el imperio de la Constitución de 1980, debe aplicar la regla hermenéutica que permite emplear correctamente la opción preferencial por la fuente y la solución que mejor favorezca la dignidad y los derechos de la persona humana, ya que, como lo sostienen viejos axiomas romanistas, todo el derecho está constituido por causa del hombre, y podemos agregar, para su dignificación, lo que implica el respeto, garantía y promoción de los derechos humanos, provenientes tanto de fuente interna, como de la fuente internacional válidamente incorporada al Derecho Interno.

El Derecho Interno de un Estado, a partir de la Constitución, y por decisión del constituyente, no podría ser entendido de otra manera, y así en la Carta de 1925, como en la Constitución de 1980, se exige la asimilación del mejor modo posible a la necesidad de congruencia entre la Constitución y el Derecho Internacional cuando entre ellos no existe contradicción. La interpretación jurídica hecha por el juez en jurisdicción interna debe esmerarse por "cerrar" el sistema "en armonía con la fuente internacional, de modo tal que en cada caso y en cada circunstancia aquella interpretación, auxiliada por la integración coherente de los vacíos normativos, rinda el beneficio más valioso para la persona humana".²⁶

El texto de un tratado sobre Derecho Humanitario Internacional o sobre derechos humanos forma parte de un contexto, "en el que su sentido integral se esclarece con

²⁵ Piza, Rodolfo y Trejos, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1989, pp. 117, 110 y 125.

²⁶ Bidart Campos, Germán, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna", Ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 1994, p. 13.

el objeto y el fin del tratado", principio hermenéutico que ha sido consagrado en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, la cual sistematiza principios interpretativos vigentes con anterioridad a la aprobación de dicho tratado.

Las normas de Derecho Interno y de Derecho Internacional de derechos humanos sólo "reconocen" y "aseguran" derechos, no los "constituyen", no los "crean", como lo señala expresamente la Constitución de 1980 en sus artículos 5° inciso 2° y encabezamiento del artículo 19, la constancia de los derechos en las normas escritas sólo significa vigencia normonológica, la vigencia sociológica radica en su cumplimiento y aplicación práctica, en su efectividad.

La interpretación de las normas referentes a derechos que conforman el orden jurídico puede presentar lagunas o vacíos y debe realizarse, por parte de los operadores jurídicos, especialmente por los jueces, mediante una apelación al conjunto de valores y principios, como el contexto histórico que alimentan a dicho ordenamiento jurídico como Estado de Derecho Constitucional Democrático, lo que permite llenar los silencios o las carencias normativas para darle plenitud al sistema de derechos.

A su vez, el operador jurídico debe siempre optar por la alternativa preferencial por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello, la dignidad de la persona humana. Este principio es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C.7/85, al establecer que si a una situación determinada le son aplicables dos normas diferentes provenientes de distintos tratados, debe prevalecer la norma que sea más favorable a la dignidad y protección de los derechos esenciales de la persona humana. Este principio hermenéutico es perfectamente válido para ser aplicable en el caso de normas de Derecho Interno y de Derecho Internacional de derechos humanos, debiendo preferirse la que mejor proteja los derechos humanos, porque el sistema en su integralidad lo exige, sea ello una norma explícita o implícita.

De esta fuerza vinculante de los derechos esenciales de la persona se desprende la invalidez de los actos o poderes públicos que los desconozcan o sean resultado de un procedimiento en el curso del cual ellos hayan sido ignorados.

3.4. LA INTANGIBILIDAD DE LOS TRATADOS EN MATERIAS DE DERECHOS HUMANOS.

Así, tanto la Constitución de 1980 se inserta en materia de Derecho Humanitario Internacional y Derecho Internacional de los derechos humanos, en un contexto

internacional que exige al Estado de Chile cumplir sus obligaciones internacionales libremente contraídas a través de las cuales ha autolimitado su soberanía. lo que es propio de todo Estado de Derecho, donde el Estado se regula por el Derecho, lo que los diferencia de los Estados autoritarios.

Así, los órganos constituidos y el poder constituyente derivado carecen constitucionalmente de competencia para modificar o derogar los tratados de Derecho Humanitario Internacional, como los tratados de derechos humanos, en virtud del principio de intangibilidad de los tratados, reconocido por el constituyente a través de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución.

Abonan esta tesis, las expresiones del Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señor Ortúzar, quien encontrando razón al señor Guzmán respecto de la intangibilidad de los tratados internacionales, señalando que le preocupa que en el futuro se interprete la expresión "fuerza de ley" como que el sistema institucional acepta que una norma legal pueda modificar los acuerdos con otros países, porque se destruiría la firmeza de la defensa chilena respecto a su intangibilidad y serían susceptibles de revisión los límites nacionales fijados por tratados (sesión 317, página 2587).²⁷

Los tratados internacionales son intangibles, en el plano interno, en cuanto su contenido no se oponga a la Constitución, como bien lo señala Alejandro Silva Bascuñán, en la sesión 364 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (página 2.453).

Hemos sostenido y concuerdan con nosotros Fiamma y Mohor, que el poder normativo interno, sea en su expresión constituyente y legislativa, no pueden modificar, ni derogar los tratados.²⁸

De tal forma, que la reforma de la Constitución por el poder constituyente derivado, que modificara un tratado internacional o lo derogara sería inconstitucional, quedando expuesto, previo requerimiento, a la declaración de inconstitucionalidad de parte del Tribunal Constitucional.

Chile se encuentra vinculada por la Constitución Política de la República y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuen-

²⁷ Fiamma, Gustavo y Mohor, Salvador, Op. Cit., p. 25.

²⁸ *Ibid.*

tran vigentes, teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo substraerse de tal obligación constitucional establecida en las Bases de la Institucionalidad, artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes, como asimismo, exponer la seguridad y el honor del Estado o de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de Derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la Carta Fundamental y de la Nación chilena.

4. MEDIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En el caso que los medios jurídicos internos de reparación de los derechos humanos no existan, se hayan agotado sin tener éxito o no sean tales medios efectivos, la protección de los derechos puede hacerse a través de los mecanismos internacionales.

Hay en este ámbito una fuerte interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público.

Al iniciar estas consideraciones debemos insistir en que el sistema internacional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario del correspondiente a los tribunales nacionales. En todo caso, cuando intervienen los organismos internacionales verifican la conformidad de todas las normas estatales, todo el Derecho Interno (desde la Constitución, pasando por las leyes, actos administrativos hasta llegar a las sentencias de los tribunales internos), a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, especialmente en materia de Pactos Internacionales o tratados en materia de derechos humanos.

En esta perspectiva, una sentencia de cualquier tribunal nacional puede comprometer el honor y la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno, si falta un asunto ignorando el Derecho Internacional de los derechos humanos o realizando una interpretación violatoria de un tratado en la materia. Ello se debe a que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).