

Alberto León Gómez  
Loretta Ortiz  
César Landa  
Claudio Nash

# LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

SERIE DEMOCRACIA Y JUDICATURA

*La incorporación de los instrumentos  
internacionales de derechos  
humanos en el ámbito nacional:  
La experiencia chilena*

Claudio Nash Rojas\*

### Introducción

Una cuestión necesaria al comenzar el análisis de la incorporación de la normativa internacional de derechos humanos en los sistemas internos es delimitar su campo de estudio. Primero, debemos considerar que la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno busca determinar cómo estas normas se incorporan al sistema jurídico interno y con qué jerarquía lo hacen; ambas cuestiones son centrales para permitir que las personas recurran ante las instancias nacionales a fin de exigir del Estado el cumplimiento de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. De acuerdo con los sistemas comparados, es la constitución política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno, toda vez que éstas ya están validadas por el derecho internacional público. Ésta será una decisión político-normativa del Estado.

---

\* Profesor del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Ello nos lleva a una segunda consideración. Si bien la forma en que la Constitución resuelve la incorporación de las normas internacionales es una prerrogativa del Estado, esta incorporación, en sus aspectos procesales y de jerarquía, en ningún caso le permitirá al Estado evadir su responsabilidad internacional.<sup>1</sup> En efecto, ante la comunidad internacional el Estado no podrá invocar sus normas internas—incluida la Constitución—para justificar violaciones de sus obligaciones internacionales. En materia de derechos humanos esto trae importantes consecuencias, toda vez que el Estado deberá responder ante los órganos de control internacional por violaciones de los derechos humanos, sin que pueda pretender excepciones alegando que de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno el tratado se ubicaba en una determinada jerarquía en su pirámide legal, ni tampoco alegando la separación de poderes u otra excepción de carácter interno.

Por último, es necesario tener presente que en el derecho constitucional comparado los Estados han debido resolver dos cuestiones en materia de recepción: la forma de incorporación de las normas internacionales y la jerarquía de las mismas. En particular, la segunda de estas cuestiones cobra especial importancia en materia de derechos humanos, toda vez que la jerarquía determinará la resolución de conflictos entre normas a partir del principio del control de

<sup>1</sup> Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

supremacía y cómo éstas situaciones pueden ser resueltas sin que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

En el sistema interamericano las normas relativas a derechos humanos se incorporaron a la normativa interna a través de diversos mecanismos. Siguiendo la formulación propuesta por Dutilitzky,<sup>2</sup> podemos distinguir cláusulas interpretativas,<sup>3</sup> cláusulas que reconocen derechos implícitos,<sup>4</sup> cláusulas que establecen procedimientos especiales,<sup>5</sup> cláusulas declarativas, preámbulos, política exterior, actuación de órga-

<sup>2</sup> A. Dutilitzky, "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en *Estudios especializados de derechos humanos*, Tomo I, San José Costa Rica, IIDH, 1996, pp. 129-166.

<sup>3</sup> Colombia, artículo 93 (segundo párrafo). "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"; Perú, Cuarta Disposición Final y Transitoria. "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

<sup>4</sup> Colombia, artículo 94: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe interpretarse como negación de otros derechos que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

<sup>5</sup> Argentina, artículo 75.22: establece un quórum de dos terceras partes para que un tratado de derechos humanos adquiera jerarquía constitucional; Paraguay, artículo 142, al denunciar un tratado de derechos humanos se debe seguir el mismo procedimiento que para enmendar la constitución.

nos del Estado, procesos de integración.<sup>6</sup> En cuanto a las cláusulas que establecen jerarquías constitucionales, podemos distinguir aquellas que determinan los tratados y las declaraciones a nivel constitucional,<sup>7</sup> otras que sólo dan dicho rango a los catálogos de derechos,<sup>8</sup> aquellas que establecen mecanismos de protección constitucional,<sup>9</sup> protección de derechos en particular<sup>10</sup> y cláusulas que establecen jerarquías supralegales.<sup>11</sup> De esta forma, es posible observar un amplio arsenal de soluciones constitucionales relativas a la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno. Con base en estos antecedentes generales procederemos a estudiar la situación en el sistema chileno.

### Recepción de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico interno chileno

Cuando hacemos referencia a la recepción, estamos examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las mismas. Corrientemente se explica que la estructura jerárquica de las fuentes del derecho chileno coincide con la Constitución Política de la República,<sup>12</sup> que es seguida, en ese orden, por las leyes,<sup>13</sup> los reglamentos y los decretos, sin mencionar siquiera a los tratados.

#### Procedimiento de adopción de los tratados

Según la Constitución, los tratados internacionales son negociados, firmados y ratificados por el presidente de la

<sup>6</sup> Ecuador, artículo 17. "El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos".

<sup>7</sup> Argentina, artículo 75.22: los instrumentos internacionales que enumera tienen jerarquía constitucional.

<sup>8</sup> Nicaragua, 1987, derechos consagrados en diversos instrumentos que al efecto se enumeran.

<sup>9</sup> Amparo y hábeas corpus.

<sup>10</sup> Honduras, artículo 119, párrafo segundo, derechos de los niños a la luz de los instrumentos internacionales.

<sup>11</sup> Venezuela, el artículo 23 señala que los tratados relativos a los derechos humanos prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas más favorables sobre su goce y ejercicio.

<sup>12</sup> La Constitución Política de Chile fue aprobada mediante un plebiscito en el año 1980 y entró en vigencia el 11 de marzo de 1981. Fue objeto de una reforma sustantiva en el año 1989, como parte del proceso de transición a la democracia a través de la Ley 18.825, publicada en el *Diario Oficial* del 17 de agosto de 1989.

<sup>13</sup> Dentro de éstas también se contemplan los decretos con fuerza de ley que operan mediante una delegación de funciones legislativas en el presidente; y decretos ley; que son normas dictadas por el ejecutivo en regímenes de facto, cuando éste ha asumido en los hechos la función legislativa, como sucedió en tiempos de la dictadura militar. Muchos de ellos han mantenido su vigencia hasta el día de hoy.

república, el Congreso sólo puede aceptarlos o rechazarlos antes de su ratificación. El procedimiento ante el Congreso "se someterá a los trámites de una ley".<sup>14</sup> Este procedimiento puede además incluir un examen del Tribunal Constitucional, si así es requerido.<sup>15</sup>

En uso de su atribución, el Tribunal Constitucional conoció de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),<sup>16</sup> en el que interpretó el artículo 50 en cuanto a la disposición que establece que el proyecto por el cual se aprueba un tratado, para autorizar al presidente a que lo ratifique o acceda a él, "se someterá a los trámites de una ley".

En los considerandos 17 y 25 el Tribunal Constitucional afirma que el proceso de incorporación del tratado al ordenamiento jurídico nacional es idéntico al de una norma de rango legal, y postula la división de la votación del proyecto de acuerdo con la naturaleza de sus normas. Estimamos que estas consideraciones no tienen en cuenta que el acto por el cual el Congreso aprueba un tratado es un acuerdo, no una ley, y que una vez se incorpora no adquiere el carácter de tal, sino de tratado, una categoría de normas diferente a la ley. Cuando se publica lo que se anuncia es el decreto promulgatorio y el texto del tratado, y no se publica el acuerdo, que se menciona sólo como información de que el presidente cumplió con obtener la aprobación del Congreso antes de ratificar.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Constitución Política, artículos 32, inc. 17 y 50, 1.

<sup>15</sup> Constitución Política, artículo 82.2.

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, rol 309.

<sup>17</sup> Para otros argumentos, ver los del Gobierno de Chile.

Con respecto a la posibilidad de que los tratados puedan someterse a una revisión de constitucionalidad, existe una explicación lógica: si un tratado no ratificado contiene normas diferentes a las de la Constitución, es obligación del Estado, para ratificarlo, enmendar la Carta, puesto que los tratados deben cumplirse de buena fe. La tarea del Tribunal, entonces, es advertir al Congreso de la necesidad de hacer modificaciones constitucionales para así no incurrir en responsabilidad internacional.

### Incorporación

La incorporación al ordenamiento jurídico es diferente según sea el tipo de norma internacional de que se trate. En cuanto a los tratados internacionales, no hay norma. Ello nos obliga a remitirnos a la práctica judicial de los tribunales internos, los que en general resolvieron que el tratado internacional adquiere vigencia interna sólo mediante la promulgación por decreto del presidente de la república y la publicación del decreto y del texto del tratado en el *Diario Oficial*.<sup>18</sup> En lo que respecta a la costumbre internacional y los principios generales, tampoco existe una norma que

<sup>18</sup> Ésta fue una materia muy debatida durante el gobierno militar (1973-1989) porque, pese a que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) estaba ratificado, los tribunales se negaron a aplicarlo, toda vez que éste no estaba promulgado, ni publicado en el Diario Oficial. De esta manera nuestros tribunales aplicaron una norma de protección (conocimiento de la ley) en perjuicio de las personas, impidiendo el uso de la legislación internacional en la protección de sus derechos. Véase J. Dezner, *Tribunales chilenos y derecho internacional de los derechos humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos*

se pronuncie sobre el particular, por lo que nuevamente hemos de remitirnos a la práctica judicial. En general, se sigue la tesis de la incorporación automática, sin necesidad de un acto especial de recepción estatal.<sup>19</sup>

### Jerarquía

En lo referente a los tratados internacionales no hay una norma constitucional que la regule, por lo que es la jurisprudencia la que fija su valor.<sup>20</sup> Al respecto, la jurisprudencia más reciente se inclina por admitir la prevalencia de un tratado internacional en el que Chile es parte sobre una ley interna, ya sea ésta anterior o posterior a tal tratado, es decir, se optó por la tesis de la suprallegalidad.<sup>21</sup> En lo relativo a la costumbre, si un precepto legal chileno se remite expresamente al

*humanos en el derecho interno chileno, Comisión Chilena de Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos*, Santiago, Academia de Humanismo Cristiano, 1988.

<sup>19</sup> Para el tema de la incorporación hemos seguido un estudio jurisprudencial del profesor S. Benadava, "Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", en Avelino León Steffans (coord.), *Nuevos enfoques del derecho internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 9-59.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.* Véase también C. Medina, "El derecho internacional de los derechos humanos", en C. Medina y J. Mera, *Sistema jurídico y derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales No. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 27-84. Para una versión actualizada véase C. Medina y C. Nash, "Manual de derecho internacional de los derechos humanos para defensores públicos. Sección doctrina",

derecho internacional, es indudable que los tribunales deben aplicar estas normas en ausencia de remisión expresa de la ley; los tribunales chilenos atribuyen, casi invariablemente, validez jurídica al derecho internacional; por último, en caso de contradicción entre una norma consuetudinaria o un principio general de derecho y una disposición legal interna, la jurisprudencia progresiva de la Corte Suprema es que ésta será resuelta en favor de la norma internacional.<sup>22</sup> Al efecto la Corte Suprema señaló: "Que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos".<sup>23</sup>

La jerarquía de los derechos humanos.

### El artículo 5. 2 de la Constitución

En principio, la recepción y la incorporación de los tratados de derechos humanos no tiene problemas diferentes de los de la recepción del resto de los tratados.

en *Documentos oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, No. 1, diciembre 2003, pp. 17-102.

<sup>22</sup> Benadava, ob. cit., nota 19, p. 28. En el mismo sentido, H. Nogueira, "Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución chilena", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios No. 27, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1993, pp. 55 y ss.

<sup>23</sup> Corte Suprema, caso Lauritzen con Fisco, citado en Nogueira, "Los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución Chilena", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Seminarios N° 27, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1993, p. 55.

Hay, sin embargo, una diferencia fundamental en la posición de los derechos humanos contenidos en tratados sobre la materia dentro del ordenamiento jurídico chileno, que es importante examinar para saber cómo se solucionan los posibles conflictos entre dichas normas de un tratado y las de una ley o las de la propia Constitución.

La diferencia entre las normas de los tratados en general y aquellas de derechos humanos contenidas en tratados se empezó a discutir como consecuencia de la enmienda introducida al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política del Estado, disposición que establecía: "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", y a la cual se le agregó la siguiente oración: "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".<sup>24</sup>

La enmienda del artículo 5.2 de la Constitución presenta varios problemas de interpretación. Los autores discuten sobre determinados aspectos de la misma,<sup>25</sup> aquí se hará un análisis de la enmienda tomando un punto centrado en algu-

<sup>24</sup> El artículo 5 fue enmendado por el artículo único, No. 1, de la Ley de Reforma Constitucional 18.825, del 17 de agosto de 1989.

<sup>25</sup> A. Silva B., "Reforma al artículo 5o. de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17, No. 1, Universidad Católica de Chile, 1990, pp. 121-126; H. Nogueira, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, Nos. 2 y 3, Universidad Católica de Chile, Tomo I, mayo-agosto de 1996, 1996, pp. 341-380.

nos aspectos:<sup>26</sup> 1) la jerarquía de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales; 2) la aplicación de la enmienda a los derechos humanos contenidos en tratados que entren en vigencia con posterioridad a la reforma constitucional de 1989; y 3) el efecto producido por la enmienda en cuanto a las obligaciones de los órganos del Estado en materia de derechos humanos. Para este análisis se considerarán algunos antecedentes que ayudan a iluminar el problema: el contexto político existente en el momento de la reforma, y el objeto y propósito de la misma, las disposiciones sobre derechos humanos ya existentes en la Constitución de 1980 y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, hay que recordar que 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 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 tales derechos 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. Uno de los objetivos de los partidos de oposición al régimen de entonces era asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para

<sup>26</sup> Esta parte del trabajo está basada en Medina, ob. cit.

una futura democracia estable. Esta posición, por lo demás, aparecía compartida por el partido Renovación Nacional, en ese entonces seguidor del gobierno. En un documento preparado por una comisión técnica que actuó por encargo del mencionado partido 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",<sup>27</sup> y para ello se proponen enmiendas, entre otros artículos, al 5 de la Constitución de 1980, explicándose esta enmienda como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país.<sup>28</sup> Por consiguiente, está claro que la enmienda que se examina en el texto producto de las negociaciones, tuvo por objeto mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile.

<sup>27</sup> Ver Informe de la Comisión Técnica formada por abogados, especialistas en derecho constitucional y científicos 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*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 276-290 (278).

<sup>28</sup> 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 5 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.

En segundo lugar, hay que tener presente que antes de dicha enmienda existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos.<sup>29</sup> Ciertamente, la norma más relevante en este sentido era el propio artículo 5, que disponía que el ejercicio de la soberanía estaba limitado por "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Una reforma que intentara reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba.

En tercer lugar, hay que considerar que la consagración y protección de los derechos humanos no es un hecho producido 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. Teniendo estos elementos en consideración, podemos dar respuesta a los diversos problemas de interpretación enunciados más arriba.

#### La jerarquía de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales

La enorme polémica que provocó la enmienda al artículo 5.2 obedece principalmente al hecho de que, de manera casi uniforme, se considera que ella elevó los tratados internacionales que consagran derechos humanos a rango constitucional.<sup>30</sup> Un análisis cuidadoso del texto constitu-

<sup>29</sup> Ver artículos 1 y 19, No. 26 de la Constitución.

<sup>30</sup> Medina, ob. cit., p. 64.

cional, sin embargo, obliga a hacer una precisión: lo que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente dichos, sino el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir.

Si se examina atentamente la Constitución de 1980, a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, se llega a la conclusión de que "los derechos esenciales de la naturaleza humana" son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, del texto del artículo 5.2 puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a ellos como "tales derechos" (en clara alusión a la primera oración del inciso 2).

Está claro que, en estricto derecho, no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. La enmienda obedeció, tal como se dijo en el acápite anterior, a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en cómo se aplicaría la Constitución en el futuro.

Estimamos, pues, que la enmienda al inciso segundo del artículo 5 reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, y agregó rango constitucional a los dere-

chos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catálogo con su acervo de jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos.

Otro argumento para sustentar esta conclusión está en el hecho de que las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba —por lo menos— en una misma categoría que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los mismos. 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. 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 éstos, donde quiera que estuvieren consagrados.

La no aceptación por parte de algunos de este efecto de la enmienda se basa fundamentalmente en que la Constitución no alteró las normas de aprobación de los tratados para prepararlos para su ratificación —que, como decíamos, es la única regulación sobre el punto— lo que conduciría, por la incorporación automática a la Constitución de los derechos humanos de los tratados, a una posible reforma de la Constitución por un procedimiento diferente y menos oneroso que el que ésta prevé. Esto lleva a afirmar, apoyados

en el artículo 50.1, que "los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa".<sup>31</sup>

Esta afirmación, que como puede verse, no tiene una base sólida de sustento positivo, sino que se funda sólo sobre la idea de que la Constitución debe, necesariamente, enmendarse por medio de un solo procedimiento, puede rebatirse haciendo presente que no existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o la naturaleza de lo que se quiere modificar.<sup>32</sup> En este caso, existen razones poderosas para sostener que es explicable que una constitución disponga un procedimiento de enmienda diferente cuando ella se refiere a la incorporación de nuevos derechos humanos o a una ampliación de los ya existentes. Si hay acuerdo de la comunidad internacional, del presidente de la república y del Congreso para incorporar nuevos derechos humanos, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquel que se utiliza para el resto de las normas constitucionales.

<sup>31</sup> M. A. Fernández G., "La Reforma al artículo 50 de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, No. 3, Universidad

Carólica de Chile, 1989, p. 818.

<sup>32</sup> Nogueira, ob. cit., pp. 343-345.

### Aplicación de la enmienda a los derechos humanos contenidos en tratados que entren en vigencia con posterioridad a la reforma constitucional de 1989

Otro aspecto que se discute respecto de la modificación del artículo 5.2 tiene relación con la posibilidad de aplicarla sólo a los derechos humanos consagrados en los tratados que se encontraban vigentes en Chile al momento de la enmienda, o también a los contenidos en tratados que se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a ella. La objeción a una interpretación amplia de este inciso se basa también en el problema de una modificación constitucional flexible, que no se ajusta al procedimiento de los artículos 116 a 119 de la Constitución.<sup>33</sup>

Los argumentos dados anteriormente son válidos para dar respuesta a esta objeción. Apoyar 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. 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, toda nueva mejora de los catálogos de derechos humanos que enriquezca el contenido del artículo 5.2, debe

<sup>33</sup> En este sentido se pronuncia M. A. Fernández, ob. cit.

incorporarse automáticamente a esta norma, una vez que el tratado respectivo cumpla con los requisitos que ese inciso establece.<sup>34</sup>

### El efecto producido por la enmienda en cuanto a las obligaciones de los órganos del Estado en materia de derechos humanos.

La enmienda que se examina agregó al artículo 5.2 la obligación para los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales a la naturaleza humana. Esta regla es un nuevo fortalecimiento de la posición de los derechos humanos por medio de la explicitación en la Constitución de ciertas obligaciones que los órganos del Estado debían cumplir respecto de los derechos humanos garantizados en la Carta y en los tratados internacionales. Desde el punto de vista del derecho internacional, estas obligaciones existen para el Estado desde que éste se hace parte de un tratado. Es importante, sin embargo, que dicha obligación internacional se haya consagrado en el ámbito constitucional, ya que su infracción dará lugar, no sólo a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Chile, sino también a un ilícito constitucional que puede ser recurrido internamente mediante los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico chileno.

Finalmente, es útil señalar que el artículo 5.2 no habla de los órganos "constitucionales" del Estado, sino sólo de los órganos del Estado. Parece haber acuerdo en que es la función la que determina la calidad del órgano, de modo

<sup>34</sup> En este mismo sentido se pronuncia el profesor Nogueira, ob. cit., p. 354.

que todo aquel que ejerce una función pública está revestido de la calidad de "órgano del Estado".<sup>35</sup> Esta posición concuerda con lo que al respecto establece el derecho internacional.<sup>36</sup>

### Efectos de los tratados internacionales de derechos humanos en la función jurisdiccional

Los órganos integrantes del poder judicial chileno son, tal vez, los más reacios a aplicar normas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, a pesar del mandato explícito del artículo 5.2 de la Constitución Política de la República. Eso dicho, esta tendencia no es uniforme a través de los tribunales de justicia de distinta jerarquía, siendo los superiores los que emplearon una interpretación más restrictiva de normas internacionales y de situaciones que merecían su aplicación. Por otra parte, llama la atención que la aplicación de normas internacionales a litigios internos por los tribunales varía también de acuerdo con el trata-

<sup>35</sup> P. Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, tercera edición revisada, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 168-174.

<sup>36</sup> En sendas sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 169.

"Conforme al artículo 1.1 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo".

do en cuestión. Por ejemplo, existe un consenso bastante generalizado en cuanto a la aplicación de normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, mientras que dicho acuerdo aún no se establece respecto de ciertas normas de la Convención Americana. Como consecuencia de esto, puede observarse que la interpretación del alcance del artículo 5.2 de la Constitución Política para cada caso particular quedó en manos de los jueces de instancia, sin que exista una línea jurisprudencial clara al respecto.

A continuación se ilustrará lo afirmado a través del examen de determinadas sentencias emitidas por tribunales chilenos de distinta jerarquía.

#### Tribunal Constitucional

Tres sentencias se destacan en esta materia: la primera, de fecha 30 de octubre de 1995, trata la inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre "Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo";<sup>37</sup> la segunda, de fecha 4 de agosto de 2000, versa sobre la inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes;<sup>38</sup> y la última, dictada el 8 de abril de 2002, se refiere a la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.<sup>39</sup>

La sentencia del Tribunal Constitucional que estima mos de relevancia al tratar este tema es la que versa sobre la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, instrumento básico de la Corte Penal Internacional.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 1995, rol 226.

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2000, rol 309.

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2002, rol 346.

<sup>40</sup> Idem.

Más allá de lo resuelto respecto del Estatuto en cuestión, en sus considerandos 59 a 75, en un *dictum* esta sentencia detalla la postura del Tribunal Constitucional respecto a por qué los tratados internacionales sobre derechos humanos estarían en una posición subordinada a la Constitución, pero no se refiere a la jerarquía de los derechos humanos contenidos en los tratados, que es lo esencial en la protección de los derechos humanos en Chile.<sup>41</sup>

#### Cortes de Apelaciones

Las Cortes de Apelaciones fueron los primeros tribunales superiores de justicia en dar aplicación interna a tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sin duda, uno de los pasos más importantes dado por la Corte de Apelaciones de Santiago en materia de la aplicación de tratados internacionales a litigios internos se relaciona con la aplicación, a partir de 1994, de las Convenciones de Ginebra a casos en donde tribunales de primera instancia habían aplicado la Ley de Amnistía<sup>42</sup> para sobreseer definitivamente causas de violaciones de los derechos humanos cometidas durante los primeros años de la dictadura militar.

Fue a partir de las sentencias dictadas en los casos Videla,<sup>43</sup> Uribe y Van Jurick<sup>44</sup> que esta Corte se adhirió a la

<sup>41</sup> La sentencia comentada fue adoptada con la disidencia parcial del ministro Figueroa y la disidencia total del ministro Libedinsky.

<sup>42</sup> D.L. No. 2191 de 1978.

<sup>43</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1994, rol 13.597-94.

<sup>44</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 1994, rol 38-683-94.

línea jurisprudencial que afirmaba que las condiciones imperantes dentro de Chile, luego del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, implicaban que el país se encontraba en un estado de guerra interna y que por ende los derechos reconocidos por las Convenciones de Ginebra eran plenamente aplicables a los combatientes y civiles involucrados en dicho conflicto ya que esos convenios se encontraban plenamente vigentes en Chile desde el 20 de abril de 1951.<sup>45</sup>

Paradójicamente, una de las aplicaciones más progresistas de la normativa internacional sobre derechos humanos a conflictos internos se hizo por la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver el sobreesimiento por demencia de Augusto Pinochet.<sup>46</sup> A fin de examinar si las exigencias del debido

<sup>45</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, nota 43, que en su considerando undécimo establece:

“Que, siendo los convenios de Ginebra, normas obligatorias para el Estado de Chile desde abril de 1951, y teniendo sus disposiciones una protección de los derechos humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflicto entre fuerzas organizadas de carácter armado internas al Estado, situación esta última vigente en el país en 1974, como consta del fundamento 2, de acuerdo con lo cual y teniendo presente los argumentos del fundamento 3 y 4, con relación a la aplicación de las normas de los Tratados Internacionales, en especial, de aquellos que garantizan derechos humanos, éstos prevalecen sobre las normas legales anteriores o posteriores de carácter interno, mientras el Estado de Chile no haya denunciado los convenios internacionales por medio del procedimiento establecido en ellos mismos.”

<sup>46</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 9 de julio de 2001, rol 28.075-2001.

proceso se cumplieran respecto del procesado, la Corte no sólo aplicó el Código de Procedimiento Penal sino también el nuevo Código Procesal Penal,<sup>47</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>48</sup> La conclusión de este análisis fue:

Que a la luz de los derechos que al inculpado reconoce y otorga el ordenamiento nacional e internacional recordado en el considerando 12° (...) esta Corte llega también a la conclusión que el señor Augusto Pinochet no se encuentra en un estado de capacidad mental que le permita ejercer con eficacia los derechos que le otorgan las garantías judiciales de las que debe gozar en todas las etapas del procedimiento en relación al debido proceso (...).<sup>49</sup>

Luego, al tratar el tema de la supremacía constitucional y el alcance del artículo 5, inciso primero, de la Carta Fundamental, la Corte afirmó que:

(...) ante varias interpretaciones posibles de la ley, debe considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resulta-

<sup>47</sup> *Ibíd.*, considerando 19, que establece que “lo que implica una clara, explícita y categórica voluntad del legislador, en cumplimiento del mandato superior del artículo 5 inciso 2 de la Carta Fundamental, en orden a cauterizar de modo efectivo las disposiciones que en favor de los procesados establece el instituto jurídico procesal del ‘debido proceso’”.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, considerando 12.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, considerando 14.

do de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguardia de los derechos humanos fundamentales; fuentepilar primaria en que se asienta el orden jurídico. Pilar del principio, en cuanto a la superior salvaguardia de los derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5 Inciso 2 de la Ley fundamental (...).<sup>50</sup>

De esta forma, es evidente el valor constitucional que tienen para la Corte los derechos humanos en este fallo. El razonamiento se concluye en los siguientes términos:

(...) estima esta Corte [que al resolver como lo hace] se habrá ceñido estrictamente en ello a la naturaleza de los hechos investigados en esta causa, a la luz de las nuevas orientaciones del derecho Constitucional y Procesal modernos, recogidas precisamente en el nuevo Código Procesal Penal, caracterizadas tanto en lo simplemente doctrinario cuanto en diversos otros actos legislativos concretos encaminados a la protección de los derechos humanos como bienes superiores del hombre o inherentes a la dignidad de las personas, cual es por excelencia el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.<sup>51</sup>

Hay que señalar que la Corte Suprema,<sup>52</sup> conociendo de este caso, revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones y en su lugar dictó una nueva sentencia en la que, no obstante concluir que el imputado debía ser sobreseído, varió la argumentación sustancialmente y sostuvo que la legisla-

<sup>50</sup> *Ibíd.*, considerando 16.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, considerando 23.

<sup>52</sup> Corte Suprema, rol 2986-01, sentencia del 1 de julio de 2002.

ción procesal previa a la reforma contenía elementos suficientes para garantizar el debido proceso de ley.<sup>53</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño, y en especial el concepto de "interés superior del niño", recibió una amplia aceptación por las cortes de apelaciones del país, que no vacilan en aplicarla tanto en causas que versan sobre adopciones, alimentos, tuición y custodia, como en causas penales,<sup>54</sup> sin perjuicio de que su aplicación no ha sido siempre satisfactoria y muchas veces sólo es retórica.

Cabe destacar el fallo de un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la situación en que se encontraba un grupo de jóvenes recluidos en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, y del trato y los castigos a que podían ser sometidos.<sup>55</sup> La sentencia ordena adecuar "la medida cautelar de la prisión preventiva a las disposiciones internacionales ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes",<sup>56</sup> fundándose en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad incorporadas a la normativa interna de Gendarmería.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> *Ibíd.*, considerando 9.

<sup>54</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de junio de 1998, rol 166-98; Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de mayo de 2002, rol 1670-2001; Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de enero de 2002, rol 4903-2000, entre otros.

<sup>55</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol 53.423-2002 (segunda sala).

<sup>56</sup> *Ibíd.*, considerando 10.

<sup>57</sup> Decreto Supremo No. 553, del 7 de junio de 2001.

Por último, un caso interesante en el que la jurisprudencia utiliza la Convención sobre los Derechos del Niño para aplicar la normativa penal interna, en materia de fijación de penas, se planteó de la siguiente forma:

Conforme lo disponen el artículo 5 apartado 2 y el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño en relación con el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, es deber de los órganos del Estado, y dentro de ellos, del poder judicial respetar y promover los derechos esenciales garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes y conforme al ya referido, el encarcelamiento de los menores debe utilizarse tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.<sup>58</sup>

Si bien es posible discutir ciertos elementos, en particular terminológicos, nos parece interesante que la Corte vincule la Convención sobre los Derechos del Niño directamente con el mandato del artículo 5 de la Constitución, y de ahí extraiga consecuencias directas para la función judicial.

En todo evento, no podemos dejar de mencionar que la jurisprudencia nacional en esta materia, si bien recoge conceptos y cita normas relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño, lo hizo sólo como un argumento de refuerzo, pero no ha dado el paso de resolver cuestiones conforme a esta Convención con preeminencia a la normativa nacional, paso absolutamente pertinente y necesario

<sup>58</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de enero de 2002, rol 4903-2000.

para adecuar la normativa nacional a los nuevos estándares internacionales.

#### Corte Suprema

La Corte Suprema chilena no se muestra tan dispuesta como la Corte de Apelaciones de Santiago a aplicar las Convenciones de Ginebra sobre el decreto ley de amnistía en las causas por violaciones de los derechos humanos ocurridos en los primeros años de la dictadura militar.

Esta línea jurisprudencial se mantuvo hasta septiembre de 1998 cuando, al resolver el recurso de casación en el fondo interpuesto en el caso Poblete Córdoba, la Corte Suprema estableció en su considerando décimo que:

En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe corregirse por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo con los principios del derecho internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos.<sup>59</sup>

Más adelante, en el año 2000, la Corte confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazaba la solicitud de extradición de Manuel Contreras y

<sup>59</sup> Corte Suprema, 9 de septiembre de 1998, rol 469-98.

Eduardo Iurriaga Neumann basándose en derechos procesales reconocidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana.<sup>60</sup>

En el polémico caso respecto de la comercialización de la llamada "píldora del día después", la Corte Suprema se basó en lo expuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana para determinar que, dado que dicho fármaco operaba luego de la concepción, y por ende terminaba con la vida intrauterina, se debía prohibir su comercialización en el país.<sup>61</sup>

Un fallo reciente en esta materia marcó un gran paso en la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a tratados de derechos humanos. Con ocasión del caso sobre la desaparición forzada de don Miguel Ángel Sandoval Rodríguez,<sup>62</sup> la Corte Suprema sostuvo en el año 2004:

[Y] en cuanto el Pacto [se refiere a los convenios de Ginebra de 1949] persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos (considerando 35).

<sup>60</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2000, rol 3-2000; Corte Suprema, 8 de noviembre de 2000, rol 3863-00.

<sup>61</sup> Corte Suprema, 30 de agosto de 2001, rol 2186-2001.

<sup>62</sup> Corte Suprema, 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004.

Sin duda este fallo es destacable, en especial porque reconoce a los tratados de derechos humanos como un límite incluso al poder constituyente, elevando con ello la categoría de estos tratados en relación con la visión restringida manifestada por el Tribunal Constitucional en el fallo al cual hemos hecho mención.

Para concluir, podría decirse que los tribunales chilenos están todavía lejos de cumplir con su rol de garantes de los derechos humanos establecidos en los tratados en general. Por lo común, cuando garantizan derechos humanos, lo hacen basándose exclusivamente en el catálogo constitucional; si hay progreso en los tratados que no se refleje en la Constitución, tienden a no aplicarlos; y, finalmente, no utilizan la interpretación hecha por la jurisprudencia internacional de las normas internacionales que son, ahora, parte del ordenamiento jurídico chileno.

#### Efectos de los tratados en la responsabilidad internacional del Estado

Tal como lo hemos señalado en la introducción, la forma en que el Estado decida sobre los mecanismos de recepción de las normas internacionales en el ámbito interno no es relevante a la hora de determinar la responsabilidad internacional del mismo. En efecto, el órgano internacional de control lo que hará será determinar si el Estado como un todo cumple o no sus obligaciones internacionales, sin considerar los elementos de orden interno propios de la organización de su aparato.

En el caso de Chile esto cobró especial relevancia a partir de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *La última tentación de*

*Cristo*.<sup>69</sup> En este caso, la Corte determinó la responsabilidad del Estado por la sola existencia de una norma constitucional que era violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13, sobre prohibición de censura previa). Es interesante revisar el razonamiento de la Corte y los efectos de la sentencia en Chile. La Corte señaló:

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independiente de su jerarquía, que violen la Convención Americana, es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por tanto, determina los actos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

En cuanto a las obligaciones que asume el Estado al ratificar un tratado internacional, y en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte señala:

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ratificó un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la

<sup>69</sup> Corte IDH, caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73.

obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

Es relevante constatar que estas medidas que el Estado debe tomar, conforme lo preceptuado en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se limitan a las medidas legislativas, sino a toda otra medida. De forma tal que la manera en que los tribunales interpretan las normas, y la efectiva aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos en el orden interno, son obligatorias y en caso de no actuar en forma respetuosa de estas obligaciones, se hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Así lo destaca la Corte:

89. Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada re-

forma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*.

En cuanto al efecto en Chile de la mencionada sentencia de la Corte Interamericana, ésta se tradujo en la aprobación final de la eliminación en el ámbito constitucional de la censura cinematográfica. La historia de la ley muestra que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados respecto a este proyecto se citaron como antecedentes relacionados con el proyecto el artículo 19 numerales 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 numerales 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14 numeral 3 del Protocolo de San Salvador.<sup>64</sup> Dentro de las conclusiones del informe citado se establece que: "Hay que señalar, además, que tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto de San José de Costa Rica el derecho a la libertad de expresión artística se encuentra consagrado —y en

<sup>64</sup> Historia de la Ley 19.742, reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación, y que consagra el derecho a la libre creación artística. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile, 2001. Ley 19.742, *Diario Oficial*, 25 de agosto de 2001, p. 32.

mejor forma— en el instrumento latinoamericano, pues se especifica claramente la no censura previa sino responsabilidades *a posteriori*".<sup>65</sup>

#### Normas con carácter de *self executing*<sup>66</sup>

Un tema final, las normas autoejecutables contenidas en los tratados de derechos humanos, calidad que sin duda poseen las normas de la Convención sobre Derechos del Niño, deben ser aplicadas una vez que el tratado es dictado, sin esperar que haya una reforma expresa de la legislación interna.

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno pueden consagrar derechos subjetivos, permitir restricciones a los mismos o poner límites a la naturaleza o extensión de tales restricciones. En todos estos casos, tales normas tienen, por lo general, un carácter de autoejecutables o *self-executing*, esto es, no requieren que se adopte legislación interna adicional para que tengan plena vigencia. Si tales normas se contraponen con aquéllas de derecho interno, estas últimas quedarán derogadas tácita u orgánicamente y, en todo evento, deberán ser aplicables con preferencia respecto de las normas contradictorias internas.

En cambio, las normas de los tratados de derechos humanos que tienen un carácter meramente programático, o bien, que establecen una obligación de tipificar determinados delitos por parte de los Estados o una obligación de

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 34.

<sup>66</sup> En este sentido, véase J. Zalaguet y C. Nash, "Proceso, penal y derechos humanos", en *Revista de Derecho Procesal*, No. 20, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 61-97.

adecuar la legislación interna en algún otro sentido, requieren de una acción adicional, de tipo legislativo o de políticas públicas, y no tienen, por tanto, carácter *self-executing*.

### Los derechos fundamentales: un punto de encuentro entre los sistemas normativos

A mediados del siglo XX se desarrolló en el constitucionalismo europeo una "teoría integral de los derechos fundamentales" que se caracteriza por una visión de los derechos desde lo normativo y desde la praxis de la protección judicial; se construye sobre la idea de valores que son reconocidos como derechos individuales en los textos constitucionales, y que son comprensivos no sólo de normas sino también de principios.<sup>67</sup>

Los derechos humanos incorporados a la Constitución buscan no sólo limitar el poder del Estado, también imponen obligaciones positivas, tanto de prestaciones, como obligaciones de organización y adecuación del aparato estatal para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales. La centralidad de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución implica un efecto legitimador del poder soberano y de su ejercicio, así como una limitación a la soberanía (art. 5 de la Constitución).<sup>68</sup>

A la luz de este modelo normativo, los derechos fundamentales en el sistema constitucional chileno serían:

<sup>67</sup> G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002; A. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984.

<sup>68</sup> Peces-Barba, ob. cit., p. 57; Pérez Luño, ob. cit., pp. 47-49.

Los establecidos en la enumeración del artículo 19 de la Constitución Política.

Los establecidos por las normas *ius cogens* y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Aquellos que puedan desarrollarse a futuro (Corte Suprema, 30 de octubre de 1995).

Al estar en las bases de la institucionalidad, todos estos derechos constituyen el parámetro de conformidad de acuerdo con el cual deben ser interpretados todos los actos del Estado (función legitimadora), y deberían ser objeto de medidas de protección por parte del aparato estatal (función de protección).

Por tanto, una visión actual de los derechos fundamentales debería ser el punto de partida de la integración de los derechos garantizados en el catálogo de derechos y aquellos consagrados en el ámbito internacional. Dicha integración no sólo debería ser normativa, sino también práctica al momento de aplicar los derechos e interpretar su contenido y alcance. La enmienda al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución chilena reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, y elevó al rango constitucional a los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por ese país con todo su acervo: jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos.