

RANGO JURIDICO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO CHILENO*

Raúl Bertelsen Repetto

Profesor de Derecho Constitucional
Rector de la Universidad de los Andes

El rango jurídico de los tratados internacionales es un problema que en Chile ha cobrado particular relieve con la reforma introducida en 1989 al artículo 5^o, inciso segundo, de la Constitución Política, en virtud de la cual es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Sin embargo, el tema que nos ocupa es uno de aquellos asuntos que el Derecho Constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial ha debido enfrentar cada vez con más frecuencia. Dos factores confluyen en esta situación: la mayor valoración de los derechos humanos, tendencia esta que entre otras proyecciones de gran interés —una de las cuales es el establecimiento de medios jurisdiccionales adecuados para la protección de los derechos—, presenta la de las Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos y su valor para los Estados firmantes. El otro factor que ha llevado a las Cartas Fundamentales de algunos países a ocuparse del valor constitucional de los tratados internacionales es el de la formación de organizaciones supranacionales, creadas por tratados internacionales, en favor de las cuales los Estados signatarios se han comprometido a efectuar transferencias de competencias.

Aunque de estos dos factores uno sólo —el relativo al reconocimiento de derechos humanos en tratados internacionales— está presente en el debate sobre el alcance de la reforma constitucional de 1989 al artículo 5^o, inciso segundo, de la Constitución de 1980, conviene examinar el tratamiento que han dado al tema del rango jurídico de los tratados internacionales las principales Constituciones contemporáneas. Esta visión panorámica nos permitirá apreciar cuáles son las principales soluciones acogidas en las Leyes Fundamentales, marco en el que hay que insertar la fórmula chilena de 1989.

En Europa occidental el rango jurídico de los tratados internacionales y su relación con la Constitución ha tenido un impulso especial por el proceso de integración de la Comunidad Económica Europea. Era inevitable, en efecto, que en la medida que se quisiera otorgar efectivas atribuciones decisorias a las autoridades comunitarias, los tratados internacionales que así lo establecieran resultarían opuestos a las Constituciones de los países contratantes, ya que las materias transferidas a los órganos supranacionales caen usualmente dentro de

* Conferencia pronunciada en la Universidad Adolfo Ibáñez, en Viña del Mar, el 1^o de agosto de 1995.

las potestades que las Leyes Fundamentales asignan a los órganos estatales de rango constitucional. No es extraño, por consiguiente, que los países que han participado en la integración europea, al darse sus Constituciones las hayan redactado con vistas a facilitar su inserción en la misma, o bien han tenido que modificarlas para eliminar los obstáculos jurídicos que la impedian.

Pionero en esta tendencia es, probablemente, el artículo 24, párrafo 1, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. "La Federación —dice— podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales". De acuerdo con esta fórmula no bastaría lo dispuesto en un tratado internacional para operar, por esta sola circunstancia, la transferencia de soberanía, sino que para efectuarla se requiere de un específico acto de derecho interno como es la aprobación de una ley. Similar a la solución alemana es la seguida en Dinamarca, la cual, para hacerla factible, modificó en 1953 su Constitución, permitiendo en el artículo 20 que las atribuciones de que están investidas las autoridades del Reino conforme a la Constitución, puedan ser delegadas por ley a determinadas autoridades internacionales, siempre que ellas hayan sido creadas mediante un convenio con otros Estados, en condiciones de reciprocidad, y con el objetivo de promover la cooperación y el orden jurídico internacional.

España en 1978 sigue, en cambio, un orden inverso en el proceso de transferencia de soberanía a órganos supraestatales. Primero, según el artículo 93 de la Carta Fundamental, la ley, que debe ser ley orgánica, categoría parecida, aunque no idéntica a nuestras leyes orgánicas constitucionales, pues no está sujeta al mismo quórum de aprobación en las cámaras legislativas ni a un control obligatorio y preventivo de constitucionalidad, autoriza la celebración del tratado en que se atribuirá a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, y luego se acuerda el tratado. "Lo que diferencia a estos tratados de los restantes —ha explicado un constitucionalista español— es que con ellos el Estado se despoja de competencias legislativas, ejecutivas y judiciales en favor de una organización internacional, lo que explica por qué tales tratados están sometidos a la exigencia específica de ser autorizados por una ley orgánica" (De Otto, Ignacio: "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", Ariel, Barcelona, 1987, p. 123).

Bélgica, por su parte, introdujo en 1970 una nueva modificación a su vieja Constitución de 1831, la que está destinada a hacer posible la transferencia de competencias en favor de organismos supranacionales. Lo peculiar de la solución recogida en el artículo 25 bis es que indistintamente la ley o un tratado pueden confiar el ejercicio de poderes determinados a instituciones de derecho internacional público. La Constitución ha permitido, entonces, la transferencia de competencias de que gozan los órganos estatales, y ha abierto una doble vía para hacerlo.

En materia de derechos humanos también encontramos en algunas Constituciones referencias a disposiciones de orden internacional que los garantizan. En tal sentido, en el ámbito europeo, podemos citar las Cartas Fundamentales de Portugal y de España.

La Constitución portuguesa de 1976, en su artículo 16, norma que tiene por epígrafe "Extensión de los derechos", declara en el párrafo 1 que "los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables de derecho internacional" y de modo más específico en el párrafo 2 afirma que "los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados

e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

El último de los párrafos citados ha servido sin duda como fuente de inspiración del artículo 10, párrafo 2 de la Constitución española de 1978. Dice este precepto que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Existe un elemento común en las Constituciones de Portugal y España al acudir, como elemento de interpretación del ordenamiento jurídico interno sobre derechos humanos, a normas de derecho internacional. Pero estas normas, en la Carta portuguesa son únicamente las de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, mientras que en la española lo son las de esa misma Declaración y también las contenidas en cualquier tratado o acuerdo internacional sobre la materia que haya ratificado el Estado.

Hay que observar, sin embargo, que la remisión al derecho internacional como elemento de interpretación del derecho interno sobre derechos humanos no es tan amplia como parece a primera vista en la Constitución de España. Lo es, en efecto, en cuanto a las normas que pueden ser utilizadas como elemento de interpretación, que van mucho más allá de la Declaración de las Naciones Unidas; pero las normas a interpretar con auxilio del derecho internacional son sólo las constitucionales en España. Más aún, conforme a la acertada terminología que utiliza la Carta de 1978, “derechos fundamentales y libertades públicas” no son todos los derechos humanos, sino sólo los reconocidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución, cuyo carácter de verdaderos derechos subjetivos –salvo uno que otro caso– está fuera de discusión, mientras que los derechos que la generalidad de las Constituciones llama “derechos sociales” o “derechos económicos y sociales”, la Constitución española los agrupa en los artículos 39 a 52 como “Principios rectores de la política social y económica”, de modo que al no ser derechos fundamentales y libertades no cabe el recurso a los tratados internacionales como elemento de interpretación de las normas que los enuncian.

Es interesante igualmente llamar la atención sobre la referencia que hace la Constitución portuguesa al derecho internacional –y también a la legislación interna– como conjuntos normativos que pueden completar el elenco de derechos humanos reconocidos en el texto constitucional. Es claro, en todo caso, que esa remisión al derecho internacional no significa que las normas internacionales queden al mismo nivel que las constitucionales y que las modifiquen en caso de oposición, pues sólo pueden aplicarse en la medida que se conformen a ellas.

En América encontramos, asimismo, algunas Constituciones que contienen referencias a los tratados internacionales sobre derechos humanos. De ellas, la más interesante es quizá la de Colombia de 1991.

La Constitución se remite a los tratados internacionales en una triple perspectiva. Primero, para completar la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Ley Fundamental, acotando, al respecto, que la enumeración de derecho “no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (artículo 94); luego, a semejanza de España y Portugal, como elemento de interpretación de las normas constitucionales sobre derechos y deberes, las que “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por

Colombia" (artículo 93, inciso segundo) y, por último, en un punto específico, como factor de corrección del derecho interno: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno" (artículo 93, inciso primero). Esta superioridad de la norma internacional es, sin embargo, una excepción a la supremacía constitucional consagrada como uno de los principios fundamentales en el título I de la Carta de 1991: "La Constitución –leemos en el artículo 4º– es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Después de esta excursión de Derecho Comparado es el momento que nos preguntemos por la solución acogida en la Constitución chilena después de la reforma de 1989. ¿Qué rango jurídico tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos? ¿Idéntico a las normas constitucionales, como ha sostenido parte de la doctrina? ¿Inferiores a la Constitución y equivalentes a la ley, como afirma un buen elenco de autores? Ni la una ni la otra solución, sino una diversa que podríamos caracterizar como "infra" y "supra". "Infra", esto es, por debajo de la Constitución, pero "supra", por encima de la legislación y el resto de las normas jurídicas de derecho interno. Espero que mi exposición resulte convincente, pues, de otro modo, me expongo a recibir las andanadas críticas de los partidarios del *ius cogens* y del hermetismo constitucional simultáneamente.

Para ello es necesario un poco de historia. Recordar el establecimiento, en 1989, de la norma que ha suscitado tantos debates y que no es otra que la segunda parte del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política, en que dice: "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". Este punto de partida, a mi juicio, es clave para determinar el sentido del precepto en debate, pues este no es un precepto que surja aislado dentro de la normativa constitucional y por ello ni siquiera se entiende bien qué quiere decir con su sola lectura, sino que es parte de una disposición ya existente, la cual, además, se inserta armónicamente dentro del conjunto de la Constitución. Todos estos factores han de ser tenidos en cuenta para la debida interpretación del nuevo y discutido precepto.

Veamos, pues, qué disponía el artículo 5º de la Constitución de 1980 en su texto original. La norma, como es sabido, consta de dos incisos, lo que no es lícito analizar por separado ni interpretar con prescindencia del resto de la normativa constitucional. En el primero, la Constitución parte por declarar que "La soberanía reside esencialmente en la Nación", declaración de índole doctrinal relativa a la fuente de legitimidad del poder del Estado y que reafirma la posición tradicional del constitucionalismo chileno que se remonta nada menos que a 1818, cuando la primera de las Constituciones dictadas durante el gobierno de O'Higgins afirmara que a la Nación chilena, reunida en sociedad, pertenecía por un derecho natural la soberanía. Desde esa lejana fecha, las Cartas Fundamentales que hemos tenido no han dejado nunca de incluir una declaración similar, y nada tiene de extraño que la frase que he citado reproduzca literalmente el inicio del artículo 2º de la Constitución de 1925, y éste, a su vez, el comienzo del artículo 4º de la Constitución de 1833.

Las diferencias de la Constitución de 1980 con la tradición constitucional chilena aparecen, sin embargo, de inmediato en el inciso primero del artículo 5º. Lo usual –Constituciones de 1933 y 1925– era añadir, después de afirmar que

“La soberanía reside esencialmente en la Nación”, que ésta “delega su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece” (artículo 2° de la Constitución de 1925), con lo cual se daba a entender que la ciudadanía no ejercitaba de modo inmediato el poder radicado originariamente en la Nación.

La Carta del 80 innova. Dice que “Su ejercicio —el de la soberanía, como sabemos— se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”, lo que se ajusta, indudablemente, a la realidad política de una democracia predominantemente representativa como es la chilena, pero que no excluye, aunque sea en forma más bien tímida, algunas formas de participación propias de la democracia semidirecta. Y también se afirma inequívocamente que toda autoridad establecida en la Constitución, esto es, todo órgano del Estado de rango constitucional, sean o no electivos sus integrantes, al ejercitar sus atribuciones participa en el ejercicio del poder soberano del Estado.

El inciso primero finaliza, siempre refiriéndose a la soberanía, con la norma que dispone que “Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”. Es, asimismo, una disposición de profundas raíces en el constitucionalismo chileno, cuyo antecedente más próximo se encuentra en el artículo 3° de la Carta de 1925.

El inciso segundo del artículo 5° de la Constitución de 1980, por su parte, en el texto original de la misma, únicamente establecía que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Esta norma, como ocurre con tantas otras de nuestra Ley Fundamental, debe su redacción a los sucesivos órganos que intervinieron en su elaboración.

Su origen está en una de las ideas precisas propuesta por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en el Memorándum que dirigiera al Presidente de la República en agosto de 1978. Dice así, y les ruego que presten atención a su lectura, pues proporciona una clave importante para resolver el problema que nos ocupa: “La soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana”. Reténgalo, a los “derechos”, no a los “derechos esenciales” emanados de la naturaleza humana como diría finalmente el texto constitucional.

Oigamos ahora la explicación que daba la Comisión Ortúzar a su proposición:

“Si bien el poder soberano del Estado no tiene como límite a ningún ordenamiento positivo superior al que él crea, dentro de una recta concepción del hombre y de la sociedad debe estar limitado por los derechos naturales de la persona; y por ello se dispone que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana”.

Y luego añadía a modo de explicación: “Es así, por ejemplo, que aun cuando el derecho a la vida y a la integridad de las personas no figuraba en la Carta Fundamental de 1925, nadie habría podido sostener que quienes detentan el poder estatal como delegatarios de la soberanía estaban facultados para vulnerarlo o desconocerlo”. (Memorándum con “Proposiciones e Ideas Precisas” N° 29).

En otras palabras, la soberanía del Estado es inconciliable con la dependencia de sus órganos respecto a cualquier otro ordenamiento jurídico diverso al que él mismo crea. “La soberanía —como explica la propia Comisión de Estudios— se traduce en que el ordenamiento jurídico que nace del poder estatal no

deriva su validez de ningún otro ordenamiento jurídico superior al cual hubiera que reconocerle subordinación". Pero el poder estatal no es ilimitado en su ejercicio, puesto que lo enmarcan los atributos inherentes a la persona humana. El Derecho Natural limita el ejercicio de la soberanía. De ahí que en su anteproyecto de octubre de 1978, que no es –salvo ligeros retoques– sino la versión articulada de su Memorándum de agosto del mismo año con Proposiciones e Ideas Precisas, la Comisión de Estudio diga que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación su respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana" (artículo 5º, inciso tercero).

Pues bien, el Consejo de Estado recomendaría una mayor precisión en la propuesta de la Comisión de Estudios. La norma pertinente de su Proyecto, dado a conocer al Presidente de la República en julio de 1980, es igualmente el inciso tercero del artículo 5º, el que ahora difiere en una sola palabra –y no es una palabra ociosa– de la propuesta de la Comisión.

El ejercicio de la soberanía –afirma también el órgano asesor que en ese momento presidía el ex Presidente de la República Jorge Alessandri– reconoce como limitación su respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana, pero estos derechos que enmarcan el ejercicio del poder estatal son únicamente –y lo recalco– "los derechos *esenciales* que emanan de la naturaleza humana". No toda facultad propia de la persona humana, entonces, sino sólo las fundamentales, básicas, aquellas sin las cuales la existencia del hombre no es propiamente humana, son las que limitan el ejercicio de la soberanía. No cualquier atributo que se afirme como derecho natural del hombre cae, entonces, en esta categoría de derechos esenciales.

La precisión del Consejo de Estado, que tiene indudablemente el objeto de circunscribir la disposición propuesta por la Comisión de Estudios, fue acogida por la Junta de Gobierno y se tradujo finalmente en el inciso segundo del artículo 5º del texto aprobado en el plebiscito de 11 de septiembre de 1980. Es importante no perder de vista esta restricción sufrida por la norma constitucional aprobada, pues es a ella que se añade como complemento la nueva frase aprobada en la Reforma Constitucional de 1989. La actitud de respeto y promoción de los derechos humanos incluidos en tratados internacionales, impuesta a los órganos del Estado por la reforma contenida en la Ley Nº 18.825, lo es entonces referida a los derechos humanos esenciales contenidos en ellos.

La reforma constitucional de 1989 relativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos se inserta, pues, como añadido a una disposición ya existente, y no aparece como un precepto constitucional diferenciado. Aunque así hubiese sido, por lo demás, tal circunstancia no excusa la búsqueda de una interpretación armónica en el conjunto de las normas constitucionales, pero el primer paso a dar en la utilización del criterio sistemático como elemento interpretativo de un precepto es la inserción congruente de éste en el artículo ya existente al que se une.

Leamos, entonces, una vez más, el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política, tal como aparece redactado actualmente: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Este es el texto original cuya génesis y significado acabo de explicar. A esta disposición se añadió en 1989: "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".

Hay que reconocer que la oración agregada, en lo que se refiere al respeto y promoción por los órganos del Estado de los derechos humanos garantizados en la Constitución, es algo ociosa, ya que no hace sino reiterar otras bases de la institucionalidad que enmarcan la actuación de las autoridades conforme a la Carta Fundamental. Así, el inciso cuarto del artículo 1º, al definir la misión servicial del Estado y la promoción del bien común que se le encomienda, precisa que su actuación ha de efectuarse “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, y el artículo 6º, al consagrar la supremacía constitucional, indica que los preceptos de la Constitución son obligatorios de modo general, tanto para los particulares como para los integrantes de los órganos del Estado, y que éstos “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, motivo por el que les es exigible que respeten el artículo 19 de aquélla en sus diversos números. Su novedad, entonces, radica en el deber de los órganos del Estado cara a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y es el alcance de esta vinculación el que tenemos que determinar.

La reforma constitucional de 1989, y ésta es una de sus características de mayor relieve que, sin embargo, no siempre se recuerda, fue una reforma negociada, o si se prefiere, consensuada. El Gobierno del Presidente Pinochet, a través sobre todo de su Ministro del Interior, Carlos Cáceres, de una parte, y los dirigentes políticos de los partidos de la Concertación por la Democracia, con intervención de Renovación Nacional, fueron los grandes actores políticos, pero también tuvieron una actuación preparatoria la Comisión Técnica de Renovación Nacional y de la Concertación de los Partidos por la Democracia, lo que se recuerda muy a menudo, y un grupo de abogados asesores del Ministro del Interior que se reunieron en varias ocasiones con esa Comisión, y luego, por separado, hicieron una proposición al Ministro, lo cual tiende a olvidarse.

Tuve el honor, porque así me lo pidió el Ministro Cáceres, de integrar esa Comisión junto a su jefe de gabinete, Arturo Marín; al secretario del Consejo de Estado, Rafael Valdivieso, y a Hermógenes Pérez de Arce, y más de una vez he pensado que falta estudiar y exponer la reforma constitucional de 1989 desde la perspectiva del Ministerio del Interior, con todo lo que ello significa, pues la posición del Ministerio fue central en el difícil proceso que llevó a la aprobación de la reforma, y la actuación de su titular, clave, y me atrevo a decir —con algún conocimiento de causa— decisiva. Porque no sólo hubo negociación con los partidos políticos que entonces eran oposición, sino también debates dentro del Ejecutivo, conversaciones con el Presidente de la República y con los integrantes de la Junta de Gobierno, y en todo ello participó el Ministro del Interior.

El primer aspecto a considerar es que la proposición de la Comisión Técnica de Renovación Nacional y de los partidos de la Concertación por la Democracia era más amplia en la recepción de las normas internacionales sobre derecho humanos que la solución adoptada finalmente. Su texto consistía en agregar la siguiente oración al inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile”.

De haber prosperado el planteamiento expuesto, el deber de protección y promoción por parte de los órganos del Estado de los derechos humanos se habría extendido no sólo a los incluidos en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como fue la solución que prosperó en definitiva, sino

genéricamente a los recogidos en cualquier norma internacional que comprometera a Chile. Tal amplitud, me parece, es un indicio claro en cuanto al rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución chilena, pues el rango de éstos es el mismo que el que se planteó originalmente para esas indeterminadas "normas internacionales que comprometen a Chile", y creo que nadie podrá sostener que tales normas, que incluyen hasta resoluciones de organismos internacionales, de haber prosperado la propuesta a que me refiero, habrían sido de rango constitucional.

El Ejecutivo no aceptó la proposición de los partidos políticos y en el Mensaje de Reforma Constitucional que envió a la Junta de Gobierno redactó la alteración al artículo 5º, inciso segundo, en los términos que finalmente prevalecieron al ser aceptados por el órgano que ejercía el Poder Constituyente y que no era otro que la Junta de Gobierno. Y es aquí, en la tramitación del proyecto en los órganos de trabajo de la Junta, donde encontramos el dato que es decisivo para determinar el alcance con que fue aprobada la disposición constitucional objeto de nuestro análisis, dato que no ha sido mencionado en tantos artículos que se han escrito sobre el tema, sin que acierte a entender la causa de este silencio.

En el informe al proyecto de ley que "Introduce modificaciones a la Constitución Política de la República", enviado por la Comisión Conjunta a la Junta de Gobierno y firmado por el propio Almirante José T. Merino Castro, como Presidente de la Primera Comisión Legislativa, se contiene una precisión que es determinante. Al analizar la modificación contenida en el artículo único, número 1º, del proyecto del Ejecutivo, y cuya es, a la letra, la norma aprobada y hoy vigente, que dice "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", el informe explica primero su significado en los siguientes términos:

"Esta disposición reafirma el concepto de que el Estado está al servicio de la persona humana y que, por tanto, el ejercicio de la soberanía no puede vulnerar los derechos esenciales que emanan de su naturaleza. A la autoridad le corresponde, también, la promoción de los derechos humanos, los que, emanando de la naturaleza de la persona, no son establecidos por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlos y a describirlos, pudiendo las leyes y los tratados internacionales desarrollarlos sin afectar su esencia".

Este párrafo es particularmente rico en doctrina, pues, por una parte, reafirma la concepción del Derecho Natural como límite al ejercicio de la soberanía, y por otra, describe la función que, como derecho positivo de rango superior, compete a la Constitución Política en la regulación de los derechos humanos, función que está descrita primero en término negativos –"no son establecidos por la Constitución"– y luego en términos positivos –"se limita a reconocerlos y a describirlos"–. Además, es concluyente para estimar que los tratados internacionales no están en el mismo nivel, sino subordinados, como las leyes, a la Constitución, y de ahí que el papel que les corresponde es inferior: pueden "desarrollarlos sin afectar su esencia".

Pero hay todavía más en el informe de la Comisión Conjunta. Les ruego que presten atención al párrafo con que se cierra el acápite dedicado al artículo único, número 1º del proyecto:

“En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales”.

“No obsta —repito— a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales”. ¿Cabe, entonces, alguna duda que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables? Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena sobre la superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales.

El análisis, breve necesariamente para no alargar esta exposición, de las normas constitucionales concordantes con la oración añadida al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, confirma la conclusión a que hemos llegado sobre la subordinación a la Carta Fundamental de los tratados internacionales.

Varias son las disposiciones constitucionales cuyo significado es armónico con el artículo 5°, inciso segundo, sólo si éste se entiende en el sentido que hemos expuesto, esto es, que los tratados internacionales, incluso sobre derechos humanos, no pueden apartarse de las normas de la Carta Fundamental, y que, en cambio, no calzan con una interpretación el mencionado precepto que entendiera a dichos tratados como equivalentes a la Constitución. Entre otros, cabe citar el artículo 6°, inciso primero, que establece que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, conformidad que no podría predicarse de disposiciones contenidas en tratados internacionales contrarias a la Constitución; el artículo 24, que al definir genéricamente el ámbito a que se extiende la autoridad del Presidente de la República, la que “tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República”, precisa que lo es “de acuerdo con la Constitución y las leyes”, de conformidad a la Constitución que podría ser notoriamente distorsionada si a través de normas internacionales pudiera el Jefe de Estado lograr la alteración de las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos que, como es sabido, son los límites más significativos que enmarcan la actuación de los órganos del Estado y, sobre todo, el artículo 82 N° 2, que otorga competencia al Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, disposición esta que por su importancia requiere un breve análisis.

La norma que he citado aparece en nuestro Derecho Constitucional en la reforma aprobada mediante la Ley N° 17.284, de 23 de enero de 1970, a fines del Gobierno de Eduardo Frei Montalva, y de ahí pasa a la Constitución de 1980, sin haber sufrido modificación alguna en la reforma contenida en la Ley N° 18.825, de 17 agosto de 1989, que, entre otros muchos cambios introducidos al texto original de la Constitución de 1980, añadió la oración final al inciso segundo del artículo 5° cuyo alcance hemos intentado precisar, y también efectuó varias alteraciones al artículo 82 de la misma, que es la disposición que se ocupa de fijar las atribuciones del Tribunal Constitucional.

Los cambios introducidos al artículo 82 de la Constitución Política por la reforma de 1989 fueron varios: sustituyó el texto del N° 7 del inciso primero; derogó el N° 8 del mismo inciso, y modificó los incisos segundo, decimotercero

y decimocuarto, todo ello como consecuencia de la derogación del artículo 8° y la adición de los incisos sexto, séptimo y octavo al N° 15 del artículo 19, que configuran en la actualidad el ilícito constitucional en que pueden incurrir los partidos, movimientos y organizaciones políticas. Hubo, pues, cuidado en reflejar en las normas sobre atribuciones del Tribunal Constitucional los cambios introducidos en aquellas materias sobre las que inciden las atribuciones del Tribunal, pero en nada se alteró la facultad que le permite declarar la inconstitucionalidad de cualquier tratado internacional. Más aún, que yo sepa, nadie sugirió siquiera que se hiciera ajuste al N° 2 del artículo 82, que es la disposición en que se contiene esta atribución.

¿Es explicable esta omisión si realmente se hubiera dado a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango constitucional? A mi juicio, no; porque tal rango implica que dichos tratados no están subordinados a la Constitución y habría que haberlos exceptuado del control previo de constitucionalidad que, a su respecto, puede ser llamado a ejercitar el Tribunal Constitucional. Pero esto no se hizo, y en verdad, es inimaginable que lo hubiera hecho la Junta de Gobierno a la que la Comisión Conjunta, que analizó en su seno el proyecto del Ejecutivo y que le sugirió varios ajustes para engarzar armónicamente las reformas con la normativa constitucional, había advertido —como he dicho hace poco— que en relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos, la norma que se refiere a ellos “no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales”.

Existe, por consiguiente, control previo y control a posteriori de constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el primero en manos del Tribunal Constitucional cuando se suscite una cuestión de constitucionalidad por los órganos y personas habilitados para hacerlo, y el segundo a cargo de la Corte Suprema por la vía de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Si hay control es porque hay subordinación de una norma inferior —la de los tratados— a otra superior: la de la Constitución.

Si todavía existiera alguna duda sobre el rango jurídico de los tratados internacionales sobre derechos humanos respecto a la Constitución, voy a recordar la reforma constitucional de la Ley N° 19.055, de 1° de abril de 1991, sobre conductas terroristas. Dicha reforma, al menos en uno de sus puntos, tuvo por objeto alterar la normativa constitucional existente para permitir el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derecho Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, uno de los tratados internacionales sobre derechos humanos a que se refiere el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, y que habría sido innecesaria de tener sus normas rango constitucional.

Me refiero al artículo 4 del Pacto de San José, disposición relativa al derecho a la vida, que en su párrafo 6 dice que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la conmutación de la pena, la cual puede ser concedida en todos los casos. Esta norma, indudablemente, no se ajustaba al texto original del artículo 9° de la Constitución de 1980, que excluía absolutamente todo indulto para los condenados por conductas terroristas. Si la norma del tratado internacional hubiera tenido la misma fuerza que la de la Constitución, ésta habría sido tácitamente alterada por aquélla. Si hubo, en cambio, que alterar la disposición constitucional para permitir el indulto de los condenados a muerte por conductas terroristas, fue porque la Constitución prevalece por sobre las normas contenidas en tratados internacionales.

Sostuve anteriormente que en Chile, si bien los tratados internacionales sobre derechos humanos están subordinados a la Constitución, están por encima de las leyes y otras normas jurídicas de derecho interno. Es el momento, aunque sea con brevedad para no abusar de la paciencia de quienes me escuchan, que examinemos la superioridad frente a esas normas de las contenidas en los tratados internacionales.

La oración añadida al inciso segundo del artículo 5° reiteró, como hemos visto, el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados explícitamente en la propia Constitución, obligación que ya estaba establecida desde 1980 en otras normas de la Carta Fundamental, e innovó al establecer el deber constitucional de respeto y promoción cara a los derechos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. ¿Qué alcance tiene esta obligación? ¿Únicamente de inspirarse en las normas contenidas en dichos tratados al elaborar las normas legislativas de desarrollo de los derechos humanos? ¿O son normas vinculantes de modo inmediato, a salvo, naturalmente, su conformidad a la Constitución, de modo que todo órgano del Estado debe darles aplicación cuando actúa dentro de su competencia para resolver un asunto en que ellas son aplicables?

La solución más acertada, en mi parecer, es la última: son normas aplicables de modo inmediato cuando ello es posible, y tal situación ocurre cuando tienen un grado de precisión que permite hacerlo sin esperar el desarrollo normativo de derecho interno. La reforma de 1989 ha establecido, en verdad, dos deberes: respeto y promoción, y uno y otro tienen un alcance distinto.

En virtud del primero, existe la necesidad de conformarse a lo dispuesto en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, y ese deber recae sobre todo órgano del Estado, no únicamente sobre los órganos legislativos, de modo que todo órgano administrativo y todo tribunal, cuando haya de adoptar una decisión ha de acoger la contenida en el tratado internacional si ella estuviere en contradicción con una norma de derecho interno inferior a la Constitución. Lo que tiene que hacer, en tal caso, es una operación similar a la que tantas veces tienen que efectuar los órganos encargados de aplicar el derecho cuando han de determinar la norma jurídica que regula la situación o problema que los ocupa y que urge su decisión, y que, en la especie, consistiría en dar aplicación preferente a las normas de los tratados internacionales. No se trata, porque para ello los órganos no tienen competencia de anular normas de derecho interno contrarias a las de los tratados, sino de otorgar a las de éstos el primer orden de prioridad después de la Constitución.

El otro deber es el de promoción. Promover es facilitar, favorecer la obtención de un bien valioso para el ordenamiento jurídico y al que no ha podido accederse. Es una tarea que puede traducirse en múltiples cometidos, que van desde la dictación de una legislación que facilita el acceso a esos bienes hasta el otorgamiento de subsidios o prestaciones materiales. De modo típico es el papel que la Constitución otorga al Estado en materia de derechos sociales. Basta leer los N°s 9, 10 y 18 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, para apreciar qué actividades le corresponden al Estado para facilitar los derechos a la protección de la salud, a la educación y a la seguridad social, que es el contenido respectivo de las disposiciones que acabo de mencionar.

Frente a derechos de la misma índole contenidos en tratados internacionales que exijan una actividad de promoción para su efectividad, a los órganos del Estado corresponde el deber de facilitar su obtención y disfrute, pero no hay que

olvidar que esa actividad, como toda otra que el Estado emprenda en su misión genérica de promover el bien común en virtud del artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política, ha de efectuarse “con pleno respeto a los derechos y garantías” que la misma establece, y sólo por los órganos que tengan competencia, pues en caso contrario su actuación, conforme a lo dispuesto en el artículo 7º, inciso primero, de la Carta Fundamental, sería inválida. Son, lo sabemos, exigencias propias del Estado de Derecho, que es una de las bases de la institucionalidad.

Termino con una invitación, que pudiera ser acogida por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez como tema de alguno de los seminarios tan interesantes que realiza, o por los estudiosos del derecho público. Es la de emprender, caso por caso, esto es, analizando cada derecho humano por separado, la medida en que las normas de Derecho Natural, de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional, lo enmarcan. En los dos últimos siglos hemos estado habituados a trabajar con normas provenientes de una sola fuente: el Estado, pero en el pasado no fue así, como lo prueba la época del Derecho Común Europeo en que los juristas manejaban el Derecho Romano, el Canónico y los Derechos Nacionales, en la búsqueda de soluciones a los problemas que los ocupaban, y en el futuro tal parece que volveremos a enfrentarnos –quizá es más cierto decir que ya nos enfrentamos– con una pluralidad normativa. Enfrentémosla.