

REFORMA AL ARTICULO 5º DE LA CONSTITUCION DE 1980

Alejandro Silva Bascuñán

Profesor de Derecho Político y Constitucional

1. El ambiente nacional ha comprendido cabalmente que la primera de las enmiendas aprobadas en el plebiscito de 1989, recaída en el Art. 5º de la Carta, es quizás la más trascendental desde el punto de vista jurídico, y por ello la más digna de un estudio objetivo y profundo.

Entre los motivos que dificultan en este caso fijar con precisión el sentido y alcance de dicha modificación se cuenta el desconocimiento de los debates producidos en la génesis del texto.

Sólo cabe recordar que, propuesto inicialmente el precepto por la Concertación para la Democracia y por Renovación Nacional, y silenciado al comienzo por el Gobierno, aparece aceptado luego por éste sobre la base de sustituir la referencia a las “normas constitucionales que comprometan a Chile” por la de “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Nuestra historia institucional anotará, sin duda —al tratar de explicar que se incluyera esta reforma en la serie de las que generaron amplio consenso entre las consideradas como de ineludibles y de pronta aprobación en la búsqueda de la pacífica transición hacia el restablecimiento democrático—, la conciencia colectiva sobre la gravedad de los atropellos producidos a los derechos humanos durante la intervención militar acompañados del simultáneo quebrantamiento de obligaciones asumidas por nuestro país ante los demás Estados.

El análisis que la reforma del Art. 5º merece, por su trascendencia y proyecciones, requeriría un acopio de informaciones derivadas tanto del Derecho Constitucional Comparado como del Derecho Internacional Público. Nos encontramos aquí con un caso en que se pone, una vez más, de relieve la unidad del derecho y la necesidad que existe, para esclarecer cuestiones complejas, del aporte interdisciplinario que se oriente a aprovechar la ilustración proporcionada por diversas ramas de la ciencia jurídica.

Como una primera aproximación al tema por nuestra parte, al no ser infortunadamente internacionalista, nos limitaremos en esta oportunidad a reunir algunas anotaciones que se comprenden dentro del Derecho Constitucional.

2. Centrados en tal propósito, observamos para empezar que el cambio en comentario calza fielmente con la filosofía que inspira la Carta y resulta una proyección lógica que la perfecciona. Reconocer la acertada fundamentación de muchos de los preceptos de la Carta —que, por lo demás, en muchas partes prolongan lo mejor de nuestra tradición nacional— no pugna, a mi juicio, con la siempre presente apreciación desfavorable que mantenemos en cuanto a su génesis y a la defectuosa organización del sistema gubernativo que implanta a la luz, según creo, de los principios de una democracia contemporánea realmente participativa y solidaria.

Si —de acuerdo con el pensamiento del constituyente, afirmado en el comienzo de las “bases de la institucionalidad” (Capítulo I)— los hombres nacen

libres e iguales en derecho, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, ésta se organiza y estructura por los cuerpos intermedios, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, cuyos caracteres define y valores anota (Art. 1º), es consecuente el texto cuando, al confiar la soberanía a la nación, señala luego que el ejercicio de ésta “reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (Art. 5º).

Sentados tales principios rectores de la institucionalidad, que la preceptiva entra a desarrollar, el constituyente establece en seguida que la Carta obliga a toda persona, institución o grupo, que a ella deben someter su acción los órganos del Estado y que ninguna magistratura, persona o grupo pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución y de las leyes (Arts. 6º y 7º).

Tenemos, pues, que, de modo categórico y preciso, consagra la Ley Fundamental que para ella la soberanía, concebida tanto como poder, de que es titular el Estado como la facultad rectora de que dispone quien puede ejercer en la sociedad la suprema dirección del interés general, tiene como limitación los derechos que emanan de la naturaleza de la persona humana.

3. Pero, ¿cuáles son los derechos a que el constituyente se refiere y que admite estar por encima y por sobre su propia voluntad preceptiva?

Son ellos, sin duda, aquellos que provienen de los postulados precisamente proclamados, derivados de la dignidad, libertad e igualdad del hombre y de la estructura y fin de la sociedad. Ellos no están definidos con total perfección en documento alguno, no es obra humana establecerlos, y se precisan conforme a la ley que rige la creación del ser racional, enfrentada a las diversas situaciones en que se halle y que se aprecian según los conocimientos que va proporcionando el avance de la ciencia y en atención al desarrollo de la técnica.

4. Sin embargo, desde que adquiere primacía el constitucionalismo, los pueblos concuerdan en la conveniencia de procurar traducir en fórmulas escritas las conclusiones más ineludibles que brotan de constatar las exigencias que provienen de la naturaleza, para encauzar el comportamiento de los integrantes del cuerpo político en sus relaciones recíprocas, a fin de facilitarlas y de afirmar su observancia por quienes, teniendo autoridad, pudieran con más facilidad atropellarlas.

Se explica así que las cartas políticas contengan enunciación que tiende a hacerse cada vez más extensa, intensa y eficiente, de los derechos, libertades e igualdades de las personas y de los grupos, que los Estados no crean, ni establecen, sino que reconocen, aseguran, fijan sus límites y restricciones y consagran resortes jurídicos encaminados a hacerlos efectivos. “La Constitución asegura a todas las personas”, comienza diciendo, en términos análogos a los textos anteriores, el Art. 19 de la actual Carta. Ella esclarece que cuando el legislador encarga regular estas garantías no puede afectar los derechos en su esencia (Art. 19 Nº 26) y que la Corte Suprema puede declarar inaplicable para determinado caso un precepto legal contrario a la Constitución (Art. 80).

5. El propósito de buscar el fortalecimiento del respeto de los derechos naturales se observa constantemente en diversas formas en la actual Constitución y, si ésta, en tal orden, merece, infortunadamente, justos reparos —como aquellos que en alto grado recaen en torno al régimen de los estados excepcionales, felizmente superados también en buen grado por el reciente plebiscito—, es acreedora, a la inversa, a apreciaciones favorables en otros aspectos, como, por ejemplo, res-

pecto de la ampliación del campo del recurso de amparo (Art. 21) o en el definitivo establecimiento del recurso de protección (Art. 20).

6. Con lo dicho se puede, a mi juicio, comprender la razón y sentido de la reforma en examen en cuanto agrega al Art. 5º de la Carta, que se dio por aprobada en 1980, luego de limitar el ejercicio de la soberanía por los derechos naturales, que: "es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos..."

El cambio subraya así que "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" no son tan sólo límites de la soberanía, y que por tal motivo no pueden ser quebrantados por nadie, sino que además los órganos del Estado no pueden colocarse frente a ellos en una actitud simplemente pasiva, tomándolos como causa de restricción y vallas a su actividad, sino que deben respetarlos y promoverlos. Sólo de este modo estarán dichos órganos en condiciones de ayudar al cumplimiento del fin esencial de la organización jurídica de la sociedad, cual es contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible (Art. 1º, inciso 4º).

Se refleja en este punto de la reforma que glosamos el ansia nacional de comenzar una nueva etapa de convivencia cívica, en la que, dejadas atrás las gravísimas violaciones lamentadas, se vea la autoridad preocupada de favorecer dinámicamente el respeto del derecho de todos, pero en especial de la promoción que haga posible a los más débiles no sólo ser titulares de tales beneficios en la letra de las formulaciones, sino quedar provistos de medios para aprovecharlos y removidos los obstáculos que les impidan ejercerlos en la práctica.

7. El segundo objetivo del cambio que examinamos es, por cierto, el que abre las cuestiones más complejas que presenta, en cuya dilucidación ayudan, sin duda, las puntualizaciones hechas, pero en la que se observa la ausencia a que aludimos de los elementos interpretativos que suministra la gestación normal en la plena vigencia democrática.

El objetivo a que nos referimos es el que se persigue, agregando, a la mención ya hecha al deber del respeto y promoción de los derechos que emanan de la naturaleza, que ese deber se extiende tanto respecto de aquellos que están garantizados en el texto de la Constitución como de los que se garantizan "por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

8. Es indispensable tener presente que, en materia de tratados internacionales, el ordenamiento jurídico ha experimentado alteraciones tanto acerca de las bases contenidas en la Carta de 1925 como de las que en tal materia rigen en las relaciones de los Estados.

En el orden internacional, debe recordarse, en efecto, que se suscribió en Viena el 23 de mayo de 1969 la Convención sobre el derecho de los tratados que vino a promulgarse en Chile por Decreto Nº 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981. El Decreto citado deja constancia de que fue ratificada la Convención por la Junta de Gobierno mediante Decreto Ley 3.633 de 26 de febrero de 1981, y fue depositada su ratificación el 6 de abril de 1981 con dos reservas, relativas al principio de la inmutabilidad de los tratados y al cambio fundamental de circunstancias a que se refiere el Art. 62 del instrumento.

9. En cuanto a nuestro ordenamiento interno, la Constitución de 1980, que empezará su plena aplicación democrática el 11 de marzo del próximo año, pre-

senta diferencias importantes si se la compara con la Carta de 1925 reformada por Ley N° 17.284 de 1970 (Arts. 43, N° 5 e inciso 2º, 72, N° 16 y 78 b, letra a e incisos 2º, 3º y 4º).

La conducción de las relaciones políticas con las potencias extranjeras —ahora, también, con los organismos internacionales— sigue siendo atribución especial del Presidente de la República, tal como lo es la celebración de los tratados “que estime convenientes para el país”, sin perjuicio de que también, tal como antes, deban ser sometidos a la aprobación del Congreso (Arts. 32 N° 17, 50 N° 1; 61, incisos 2º al 5º, 82 N° 2 e incisos 4º, 5º y 6º).

Son, entre tanto, nuevos los incisos 2º y 3º del N° 1 del Art. 50:

“Las medidas que el Presidente de la República adopte a los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso a menos que se trate de materias propias de ley”.

“En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que durante la vigencia de aquél dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos 2º y siguientes “del Art. 61”, que se refieren al régimen de autorización por el Congreso al Presidente para dictar disposiciones con fuerza de ley.

Debe, en fin, mencionarse que es atribución del Tribunal Constitucional resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten en la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, a requerimiento del Presidente, de cualquiera de las Cámaras o de la cuarta parte de sus miembros en ejercicio (Art. 82 N° 2 e incisos 4º, 5º y 6º).

Los debates que tuvieron lugar en el seno de la llamada Comisión Ortúzar se desarrollaron en las sesiones 356, 365, 367 y 371 de mayo de 1978.

La negativa del Consejo de Estado, de dar a conocer las deliberaciones que tuvieron lugar en él, impide entender el motivo de los cambios que el texto sufre en su seno.

Exigía el texto de la Comisión Ortúzar la aprobación de los tratados por ambas Cámaras, pero correspondía darla primero al Senado, y si éste rechazaba no era considerado por la Cámara. Se añadían luego normas sobre los tratados de mera ejecución y sobre aquellos que confirieran atribuciones de carácter supranacional.

10. Será del caso precisar, más adelante, si quedan de algún modo vigentes después del 11 de marzo próximo las reglas sobre suscripción, ratificación y promulgación de los tratados contenidas en el Decreto Ley 247 de 17 de enero de 1974 y las que contempla la Ley N° 18.158 de 9 de septiembre de 1982 relativa a la publicación de acuerdos adoptados en cumplimiento de un tratado anterior.

11. Dentro del marco institucional recordado en las líneas anteriores deberá fijarse el alcance y darse cumplimiento a la voluntad manifestada en el último plebiscito, de extender el respeto y promoción, no sólo de los derechos garantizados directamente en la Constitución, sino también de los asegurados “por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Ha de puntualizarse, desde luego, que para determinar los documentos a los cuales se refiere el precepto, ha de observarse que los limita a aquellos que tengan la calidad de tratados. En el hecho, numerosas declaraciones y pronunciamientos de carácter internacional se han producido en relación con los derechos humanos. Ahora bien, y sin perjuicio de la mayor o menor obligatoriedad que puedan tener

para Chile como fuente de normativa o de hermenéutica, ha de reconocerse que el precepto en análisis está limitado a los tratados.

¿Qué concepto ha de darse al término tratado?

Nuestras Cartas anteriores detallaban diversas especies de tratados y ello generaba vacilación sobre el curso que debía darse a convenciones de distinta índole que los mencionados. La Carta de 1980 permite al Jefe del Estado estipular "los tratados que estime convenientes para los intereses del país". Creemos que, por su propia naturaleza, ha de otorgarse al término la significación que le atribuye el derecho internacional: en este caso, sin duda, la ya citada Convención de Viena, en cuyo Art. 2º se contempla cabalmente lo que entiende por tratado.

12. La disposición incorporada por el plebiscito no se extiende a todos los tratados celebrados por nuestro país, sino a aquellos que hayan sido ratificados y que, en virtud del canje de ratificaciones, en los de carácter bilateral, o del depósito de la ratificación u otras formalidades en los tratados multilaterales, generen el derecho de exigir su respeto en favor de las potencias u organismos con los cuales Chile ha querido ligarse mediante sus estipulaciones.

Luego, el mandato constitucional precisa que los tratados comprendidos en su normativa son los "que se encuentran vigentes".

Para determinar si un tratado específico está vigente según el derecho internacional tendrá que considerarse, nos parece, el respectivo documento y, en cuanto sean aplicables, las reglas que sobre el derecho de los tratados contiene la Convención de Viena. Excedería la esfera de esta exposición y de nuestra especialidad plantear cuestiones que requieran mayores profundizaciones en materia de relaciones internacionales.

13. Para tener por vigente, entre tanto, un tratado en nuestro ordenamiento interno, parece claro que no basta la mera ratificación. Recuérdese que, si en la Carta de 1925 como en la actual la aprobación de los tratados era atribución exclusiva del Congreso, el texto anterior disponía que tal aprobación se sometía "en el Congreso" a los trámites de una ley, en tanto que la norma hoy imperante precisa de modo general que "se someterá a los trámites de una ley".

Ahora bien, en el párrafo del Capítulo IV de la Carta dedicado al Congreso Nacional y que versa sobre la formación de la ley se prescriben para ésta la promulgación y publicación y se señalan los plazos en que deben cumplirse una y otra formalidad (Art. 72, incisos 2º y 3º).

Es inevitable recordar aquí, por ser causa en alto grado determinante de la introducción en el plebiscito del texto que se analiza, que no obstante haber sido promulgados por el gobierno militar en 1972 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en 1976 el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, convenidos ambos en 1966, vinieron a publicarse respectivamente el 30 de abril y el 30 de mayo del año en curso.

Tan pronunciado retardo se basó en la existencia y aplicación de normas del todo incompatibles con dichos Pactos. Al amparo de tales circunstancias, generadas por el propio régimen, los tribunales se sintieron impedidos de acoger acciones, recursos y reclamaciones sólidamente fundadas en la vulneración manifiesta de normas que, siendo obligatorias para Chile, se violaban impunemente en la esfera interior.

La promulgación y publicación de la ley, aunque integrando su proceso formativo, son formalidades ambas que caen en el campo del Ejecutivo. La promulgación supone el término de la intervención de los órganos colegisladores producido ya con la sanción si se trata de la ley, ya con la ratificación en los

tratados. Por la promulgación se fija el texto auténtico, se reconoce la fuerza obligatoria y se ordena dar cumplimiento. La publicación es, por su parte, indispensable para que llegue a conocimiento de quienes han de atenerse en su actuación a la sustancia ordenativa.

Desde la reforma que la Ley N° 17.284 de 1970 introdujo a la Constitución de 1925, sustancialmente reiterada en este aspecto por la actual, se han señalado plazos para decretar la promulgación y realizar la publicación de la ley.

Es evidente que si el Poder Ejecutivo atropella reglas perentorias de la ordenación constitucional, se crean los problemas jurídicos y políticos consiguientes, cuya gravedad se proyecta en este caso tanto en el campo internacional como en el interno.

En el orden externo, es siempre la Convención de Viena la que sirve de guía para esclarecer las repercusiones del conflicto que se crea cuando garantías cuyo cumplimiento puede exigirse en el orden internacional, incluso por los perjudicados, no se respetan y, al contrario, se violan en la vida interna de los Estados comprometidos.

Dispone el Art. 27 de la tantas veces citada Convención de Viena:

“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 Art. 46”, y éste agrega, en su número 2: “Una violación es manifiesta si es objetivamente evidente, para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

La consideración conjunta de las indicaciones que provienen del Derecho Internacional y de las que derivan del Derecho Constitucional es indispensable para plantear adecuadamente y tratar de resolver con acierto problemas tan trascendentales como son los que se relacionan con los derechos humanos, cuyo respeto es el cimiento de la paz en el interior de los Estados y en la convivencia, cada día más estrecha y exigente de la comunidad que forman todos los pueblos de la tierra.