



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Andrade Geywitz, Carlos

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 1989 AL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 5º DE LA  
CONSTITUCIÓN. SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Ius et Praxis, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 375-401

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790119>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 1989 AL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN. SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Carlos Andrade Geywitz (\*)

### RESUMEN

El trabajo analiza la aprobación, disposiciones constitucionales y vigencia de la Constitución de 1980, además del contexto en que se negociaron y concretaron las 54 reformas constitucionales de 1989. Fijando el análisis en la reforma constitucional específica al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, interpretando su sentido y alcance.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derechos Humanos. Derechos Fundamentales.

### ABSTRACT

This article analyzes the approval, contents and application of the 1980 Chilean Constitution, as well as the context in which the 54 amendments of 1989 were negotiated and passed. Emphasis is given to the interpretation of article 5, subsection 2 of the Constitution.

Chile. Constitutional Law. Human Rights. Fundamental Rights.

---

(\*) Ex-Profesor de Derecho Constitucional e Historia Constitucional de Chile, Universidad de Chile. Ex-Profesor Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales.  
Artículo recepcionado el 15 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 30 de abril de 2003.  
Correo electrónico: carlos.andrade@mi.cl

## I. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980 HASTA LA REFORMA DE ELLA, LEY N° 18.825, PUBLICADA EN EL *DIARIO OFICIAL* DEL 17 DE AGOSTO DE 1989

En el *Diario Oficial* del 12 de agosto de 1980, se publicó el Decreto-Ley N° 3.465. Su artículo 1° dispuso que en conformidad con lo dispuesto en el artículo final del Decreto-Ley N° 3.464, de 1980, convócase a plebiscito para el día 11 de septiembre de 1980, destinado a pronunciarse sobre la “Nueva Constitución Política de la República de Chile, incluidas sus disposiciones transitorias, según el texto fijado en el mencionado decreto-ley, publicado en el *Diario Oficial* del 11 de Agosto de 1980”

Conforme lo dispone el Artículo 2° “Votarán en el señalado plebiscito todos los chilenos mayores de dieciocho años de edad, incluso los analfabetos y los no videntes, y podrán votar los extranjeros mayores de edad que tengan residencia legal en Chile la que se acreditará mediante la respectiva cédula de identidad de extranjería”, “la participación de los chilenos será obligatoria (Art. 3°)”. Según el artículo 8° “las personas convocadas al plebiscito votarán en uno de los locales antes indicados, cualesquiera que sea el lugar del territorio en que se encuentren ese día”.

El inciso final del artículo 20, Título V “Escrutinio por Mesas” dispone, textualmente, “Las cédulas que aparecieran en blanco, sin la señal que hubiere podido hacer el votante, serán escrutadas a favor de la preferencia “SÍ”.

El resultado nacional de plebiscito, proporcionado el día 13 de octubre de 1980 por el Colegio Escrutador Nacional, fue el siguiente:

### RESUMEN NACIONAL<sup>1</sup>

| VOTACIÓN NACIONAL | VARONES          |            | MUJERES          |            | TOTAL GENERAL    |            |
|-------------------|------------------|------------|------------------|------------|------------------|------------|
|                   | CANTIDAD         | %          | CANTIDAD         | %          | CANTIDAD         | %          |
| SÍ                | 1.878.995        | 61,02      | 2.242.072        | 70,23      | 4.121.067        | 65,71      |
| En Blanco         | 45.543           | 1,48       | 38.269           | 1,20       | 85.812           | 1,33       |
| Total SÍ          | 1.924.538        | 62,50      | 2.280.341        | 71,43      | 4.204.879        | 67,04      |
| Total NO          | 1.072.264        | 31,82      | 821.156          | 25,72      | 1.893.420        | 30,19      |
| Nulos             | 82.674           | 2,68       | 90.895           | 2,83       | 173.569          | 2,77       |
| <b>TOTALES</b>    | <b>3.079.476</b> | <b>100</b> | <b>3.192.592</b> | <b>100</b> | <b>6.271.868</b> | <b>100</b> |

<sup>1</sup> Bulnes Aldunate, Luz. **Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, anotaciones y Fuentes.** Editorial Jurídica de Chile, abril, 1978.

a) Decreto Supremo N°1.064 publicado en el *Diario Oficial* del 12 de noviembre de 1973. Designa Comisión para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una Nueva Constitución Política del Estado.

b) Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (octubre de 1978).

c) Constitución Política de la República, aprobado por el Consejo de Estado (1980).

Bulnes Aldunate, Luz; Soto Kloss, Eduardo; Verdugo Marinkovic, Mario y Fiamma Olivares, Gustavo.

Se sostuvo oficialmente que a la Constitución de 1980 “no se le cambiaba ni una sola coma(,)”.

Trataremos, brevemente de explicar cómo fue posible que a ella se le introdujeran 54 reformas, en 1989 antes del término del Gobierno Militar.

Podríamos señalar, el tiempo transcurrido desde el Golpe Militar, el desgaste del Gobierno Militar, la actividad de los partidos políticos y de los chilenos por volver a la democracia, la violación de los derechos humanos, repudiados nacional e internacionalmente. La Organización de las Naciones Unidas desde 1974 emite informes especiales acerca de la situación de los derechos humanos en Chile, por la Comisión de Derechos Humanos.

Citaremos, brevemente, Resolución de la Asamblea General, noviembre de 1974, pidiendo al Gobierno de Chile respetar plenamente la Declaración de los Derechos Humanos. Se aprobó por mayoría de 90 votos a favor, 8 en contra y 26 abstenciones:

Creación del Grupo de Trabajo, ad hoc, para investigar e informar acerca de la situación de los Derechos Humanos en Chile, febrero de 1975.

Resolución de la Asamblea General, diciembre de 1975, que aprueba el Informe y condena al Gobierno de Chile por violación a los derechos humanos, como asimismo le solicita la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar los derechos humanos básicos y las libertades fundamentales. Se aprobó por una mayoría de 95 votos a favor, 11 en contra y 23 abstenciones.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de NU, febrero de 1976, que manifiesta su malestar por la violación de los derechos humanos. Ésta se aprobó por una mayoría de 26 votos a favor, 2 en contra y 4 abstenciones.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1977, que aprobó el Informe del Grupo de Trabajo y condenó al Gobierno de Chile y le formuló observaciones. Se aprobó por una mayoría de 96 votos a favor, 14 en contra y 25 abstenciones.

Informes del Relator Especial para Chile de los años 1983 a 1989 inclusive, el Relator Especial estuvo de visita 4 veces en Chile.

Resoluciones de la Asamblea General Naciones Unidas, sobre la base de los respectivos Informes del Relator Especial y de la Comisión de Derechos Humanos, en su caso emitieron condenas al Gobierno de Chile, por la situación de los derechos humanos en el país y pidieron la adopción de medidas al respecto”<sup>2</sup>.

El 1 de abril de 1987 el Papa Juan Pablo II, vino a Chile en visita oficial. Leemos en el Informe de la Comisión que presidió don Raúl Rettig G. que “participó en actos masivos en Santiago y en diversas regiones del país, entregando un mensaje de paz y amor y compromiso con respecto a la dignidad de la persona que, ampliamente difundido a través de los medios de comunicación conmovió a gran parte de la población”.

Estuvo el Santo Padre en Santiago, Valparaíso, Punta Arenas, Puerto Montt, Temuco, Concepción, La Serena y Antofagasta.

En la Cepal, su lapidaria admonición “los pobres no pueden esperar. Los que nada tiene no pueden aguardar un alivio que les llegue por una especie de rebalse de la prosperidad generalizada de la sociedad”<sup>3</sup>, golpeó la conciencia de muchos chilenos y nos dejó el desafío de “construir en la región una economía de solidaridad”.

El Papa Juan Pablo II se reunió con los jóvenes en el Estadio Nacional “Lugar de competencias, pero también de dolor y sufrimiento en épocas pasadas” los invitó a “trabajar por una sociedad más justa y les dijo que “la fe en Cristo nos enseña que vale la pena defender al inocente, al oprimido y al pobre, que vale la pena sufrir para atenuar el sufrimiento de los demás”<sup>4</sup>.

La Constitución de 1980 aprobada consta de 3 partes: 1) La Constitución de 1980; 2) Las 29 Disposiciones Transitorias, y 3) La designación como Presidente de la República.

---

<sup>2</sup> Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación Tomos 1, 2 y 3. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Reedición de diciembre de 1996.

<sup>3</sup> Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo 2, p. 760.

<sup>4</sup> Alywin Azócar, Patricio, **El reencuentro de los Demócratas. Del Golpe al triunfo del No.**, Ediciones B. Chile S.A., 1998, pp. 324-327.

Disponen las Disposiciones Transitorias:

“Décimo Tercera”.- El período presidencial, que comenzará a regir a contar de la vigencia de esta Constitución durará el tiempo que establece el artículo 25. (8 años). Durante este período serán aplicables, todos los preceptos de la Constitución, con las modificaciones y salvedades que se indican en las disposiciones transitorias siguientes.

“Décima Cuarta”.- Durante el período indicado en la disposición anterior continuará como Presidente de la República el actual Presidente, General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte, quien durará en ese cargo hasta el término de dicho período”.

La disposición Vigésima Séptima dispone: Corresponderá a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros, titulares, proponer al país, por la unanimidad de ellos, sujeto a la ratificación de la ciudadanía, la persona que ocupará el cargo de Presidente de la República en el período presidencial siguiente al referido en la disposición décimo tercera transitoria, quien deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 25, inciso primero de esta Constitución, sin que le sea aplicable la prohibición de ser reelegido contemplada en el inciso segundo de ese mismo artículo. Con ese objeto se reunirán noventa días antes, a lo menos, de la fecha en que deba cesar en el cargo el que esté terminando en funciones. La designación será comunicada al Presidente de la República, para los efectos de la convocatoria a plebiscito.

Si transcurridos cuarenta y ocho horas de reunidos los Comandantes en Jefe y el General Director señalados en el inciso anterior, no hubiere unanimidad, la proposición se hará de acuerdo con lo prescrito en el inciso segundo de la disposición decimoséptima transitoria y el Consejo de Seguridad Nacional comunicará al Presidente de la República su decisión, para los mismos efectos señalados en el inciso anterior.

El plebiscito deberá efectuarse no antes de treinta ni después de sesenta días de la proposición correspondiente y se llevará a efecto en la forma que disponga la ley”.

La proposición de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros, titulares propusieron al Presidente de la República, General Augusto Pinochet Ugarte, Comandante en Jefe del Ejército.

Se abrió una relativa actividad política y social, “En el curso del mes de julio el General Pinochet hizo declaraciones reveladoras de su intención de perpetuarse en el

---

poder. Dando a entender que el plebiscito previsto en las disposiciones transitorias de la Constitución del 80 sólo era una formalidad, habló de un período de 16 años” y señaló: esto va a continuar más allá del 89. No vamos a entregar el poder por puro gusto”<sup>5</sup>

El 1 de octubre de 1966 se publicó en el *Diario Oficial* La Ley Orgánica Constitucional N° 18.556, Inscripciones Electorales y Servicio Electoral. Director del Servicio fue designado don Juan Ignacio García.

El 25 de febrero se abrieron los registros electorales. El General Augusto Pinochet fue el primero en inscribirse. Igual actitud adoptaron sus colaboradores y adherentes.

La Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos N° 18.603, se publicó en el *Diario Oficial* el 23 de marzo de 1987.

Hay que recordar la campaña para inscribirse en los Registros Electorales; el atentado contra el General Pinochet, el ingreso de armas en Carrizal Bajo, las leyes sobre Tribunal Calificador de Elecciones y sobre Inscripciones y Servicio Electoral, promulgadas a fines de 1985 y en octubre de 1986, respectivamente, Pinochet en Arica, a comienzos del año, expresó que el plebiscito había instituido en la Constitución para que “después de ocho años se le preguntara al pueblo si estaba conforme o no con lo que había hecho el Gobierno”. Agregó “Nosotros, señores, no hemos terminado la tarea”.

Antes del plebiscito hubo una relativa difusión de lo que estaba en juego en el plebiscito. “Nuestro acceso a los medios de comunicación (se refiere a la Concertación), era bastante restringido. Toda la televisión y la mayoría de los radios estaban prácticamente cerrados para nosotros. Las grandes cadenas periodísticas *El Mercurio* y *La Tercera* no ocultaban su preferencia por la opción gubernativa. En el ámbito de la radiodifusión compensábamos esta inferioridad por la amplia cabida que le daban <sup>6</sup> los radios Cooperativas y Chilena. En la prensa escrita, *La Epoca* fue el gran medio a través

---

<sup>5</sup> El 1 de octubre de 1986 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley Orgánica Constitucional N° 18.556, Inscripciones Electorales y Servicio Electoral. Director del Servicio fue designado don Juan Ignacio García.

El 25 de febrero se abrieron los Registros Electorales. El General Augusto Pinochet fue el primero en inscribirse. Igual actitud adoptaron sus colaboradores y adherentes.

La Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos N° 18.603, se publicó en el *Diario Oficial* del 23 de marzo de 1987.

del cual pudimos expresarnos diariamente, así como en las Revistas *Hoy*, *Cauce* y *Apsi* en forma semanal”<sup>6</sup>

El significado del NO en el plebiscito, con música contagiosa, fue “Chile, la alegría ya viene”

En un programa del Canal 13 de la Universidad Católica, “De Cara al País”, Ricardo Lagos interpeló al Presidente Pinochet apuntándolo con el dedo índice, a través de la cámara, le expresó: “Primero dijo Ud. General Pinochet que habría metas y no plazos. Después General Pinochet, tuvo plazos y planteó su Constitución del 80. Le voy a recordar, General Pinochet mostrando un recorte de prensa que en el día del plebiscito de 1980, Ud. Dijo que “el Presidente Pinochet no será candidato en 1989”. Y ahora le promete al país otros 8 años con torturas, con asesinatos, con violación a los derechos humanos. Me parece inadmisibles que un chileno tenga tanta ambición de poder”

Son días, semanas, meses de actividad política inscripciones, nacimiento e inscripción de partidos políticos, manifiestos, declaraciones, etc., que debemos omitir, por la naturaleza de este trabajo, pero que sirven, son antecedentes entregados, para la comprensión del tiempo política y social que se vive en Chile en los días previos al plebiscito.

El Tribunal Calificador de Elecciones, informó que el escrutinio del plebiscito realizado el 5 de octubre de 1988, habían votado 7.251.943 electores.

El 97,72 de los ciudadanos inscritos en los Registros Electorales.

El NO triunfó con el 54,7% de los sufragios, contra el 43,01% del SÍ.

La Carta Constitucional de 1980, originaria, en su Capítulo XIV “Reforma de la Constitución Política”, estableció 3 distintos procedimientos para reformarla.

Los proyectos de reforma de la Constitución “podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso, con las limitaciones que se señalan en el artículo 62.

---

<sup>6</sup> Aylwin Azócar, Patricio, **El reencuentro de los Demócratas. Del Golpe al triunfo del No**. Ediciones B. Chile S.A., 1998.



**1<sup>er</sup> procedimientos: Art. 116, inciso 2º**

“El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio”.

**2º procedimientos: Art. 118**

“Las reformas constitucionales que tengan por objeto modificar las normas sobre plebiscito prescritas en el artículo anterior, disminuir las facultades del Presidente de la República, otorgar mayores atribuciones al Congreso o nuevas prerrogativas a los parlamentarios, requerirán en todo caso, la concurrencia de voluntad del Presidente de la República y de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, y no procederá a su respecto el plebiscito”

**3º procedimiento: Inciso 3º**

“Los proyectos de reforma que recaigan sobre los capítulos I, VII, X y XI de esta Constitución (Bases de la Institucionalidad, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y Consejo de Seguridad Nacional), deberán para ser aprobadas, cumplir con los requisitos señalados en el inciso anterior. Sin embargo el proyecto así despachado no se promulgará y guardará hasta la próxima renovación conjunta de las Cámaras, y en la primera sesión que éstas celebren deliberarán y votarán sobre el texto que se hubiere aprobado, sin que pueda ser objeto de modificación alguna. Sólo si la reforma fuere ratificada por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso se devolverá al Presidente de la República para su promulgación. Con todo, si este último estuviere en desacuerdo, podrá consultar a la ciudadanía para que se pronuncie en plebiscito”

El artículo 119 de la Carta de 1980 disponía que “la convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ambas Cámaras insistan en proyecto aprobado por éstas, y se ordenará mediante decreto supremo que fijará la fecha de la votación plebiscitaria, la que no podrá tener lugar antes de treinta días ni después de sesenta, contando desde la publicación de dicho decreto.

Transcurrido este plazo, sin que el Presidente convoque a plebiscito, se promulgará el proyecto que hubiere aprobado el Congreso”...

Como se sabe el estudio Constitución fue muy dilatado en el tiempo; la Comisión que la estudió, fue creada por Decreto Supremo N° 1.064, publicado en el *Diario Oficial* del 25 de octubre de 1973; el anteproyecto elaborado por ella, fue emitido en octubre

de 1978 y el Informe del Consejo de Estado, en 1980.

## II. REFORMA DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El texto del artículo 5° era el siguiente:

“Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas, y también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.”

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”

El 5 de abril de 1989, la Comisión formada por Abogados especialistas en Derecho Constitucional y Cientistas Políticos designados por Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, entregó su Informe.

“La Comisión actuó por encargo de los Partidos Renovación Nacional y de la Concertación de Partidos por la Democracia, para lograr el máximo de acuerdo acerca de las modificaciones básicas en la Constitución de 1980, de modo que en ella se exprese un amplio consenso, pero se entendió que las opiniones de sus miembros se hacían a título personal y que los acuerdos adoptados no obligaban a los partidos mandantes.

La Comisión estuvo integrada por Enrique Barros, José Luis Cea, Oscar Godoy, Carlos Reymond (luego subrogado por Miguel Luis Amunátegui) y Ricardo Rivadeneira, quienes fueron nombrados por Renovación Nacional, y por Carlos Andrade, Francisco Cumplido, Juan Enrique Prieto, Alonso Veloso y José Antonio Viera Gallo, designados por la Concertación de Partidos por la Democracia.”

En el Informe se establece : “3.- La reforma propuesta persigue robustecer la Garantías Constitucionales. En este sentido se entienden las siguientes normas:

“a ) La nueva formulación del artículo 5° refuerza el deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país.”

El texto aprobado es del tenor siguiente:

## **Artículo 5°**

Se sustituye el inciso segundo del artículo 5° por el siguiente:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que emanan de la persona. 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”

En un discurso del Ministro de Interior, Carlos Cáceres C., Viernes 28 de abril, contiene las proposiciones del Gobierno de Reforma de la Constitución Política del Estado.

Expresó: “En pocos meses más, el pueblo de Chile deberá adoptar decisiones cuyas consecuencias tendrán un hondo significado para su futuro.

La Constitución de 1980 ha convocado a toda la ciudadanía para elegir en Diciembre próximo, Presidente de la República y miembros del Congreso Nacional, y entrar así de lleno a la aplicación de normas que configuran una renovada democracia”.

En su discurso se refirió a “Posición de Independencia”, “Evitar repetir los errores”, “Perfeccionamiento y diálogos”; “Los perfeccionamientos”; “Realismo”; “Democracia sólida y consenso” y finalmente “Responsabilidad”.

De la parte de su discurso “sobre las perfecciones no se propone ninguna modificación a la redacción del artículo 5°.

Reunida la Comisión Técnica Renovación Nacional – Concertación, con fecha 15 de Mayo de 1989, se consideraron la proposición sobre reformas constitucionales del Gobierno dada a conocer por el Ministro del Interior don Carlos Cáceres, la fórmula sugerida el 10 de mayo en curso por Renovación Nacional y otras propuestas sobre la materia, adoptándose los siguientes acuerdos:

“12. Artículo 5° de la Constitución.

“La Comisión Técnica insiste en agregar al inciso segundo de esta disposición, la siguiente oración:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometen a Chile”.<sup>7</sup>

En el Grupo de Estudio Constitucionales (“Grupo de los 24”), nacido a la vida pública el 31 de julio de 1978, al estudiar el proyecto de Constitución de 1980, advirtió la omisión del Capítulo XIV de la Carta de 1980.

Pasó inadvertido para los miembros de la Comisión de Estudio, del Consejo de Estado, de los miembros del Poder Legislativo de la Junta de Gobierno, Asesores, etc. esta gravísima omisión. En el Capítulo XIV los quórum para reformar la Carta era muy altos. Eran las famosas cláusulas pétreas, que la hacían casi inmodificable.

Entonces la Oposición al Gobierno Militar, la Concertación de Partidos por la Democracia, que habían rechazado la postulación presidencial del General Pinochet, podría por el quórum más simple “en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio”, modificar el Capítulo XIV “Reforma de la Constitución” y, posteriormente todos los artículos de ella, especialmente las disposiciones menos aceptadas.

Hemos tratado, muy brevemente, omitiendo muchos hechos, de los días y años trascendentales, lo hemos hecho convencidos que es cierto y sabio el refrán que sostienen que “Las cosas cuando son conocidas, se dan por sabidas, por sabidas se callan y por calladas se olvidan”

Valga, entonces, esta explicación del por qué hemos tratado de explicar cómo pudo ser modificada la Carta de 1980.

Hemos resumido, a nuestro juicio, los principales hechos, sin olvidar, por cierto, que terminaba el Gobierno Militar, surgido después del Golpe de Estado de 1973.

Francisco Cumplido, en su presentación “Historia de una negociación para la protección y garantía de los Derechos Humanos”, destacó que:

---

<sup>7</sup> Andrade Geywitz, Carlos, **Reforma de la Constitución Política de la República de Chile**, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Julio de 2002, pp. 278 y ss.

“La aludida reforma fue el resultado del trabajo de una Comisión Técnica designada por la Concertación de Partidos por la Democracia, de la que formó parte el que habla. Además intervino en la negociación de un acuerdo de reforma constitucional con representantes del Partido Renovación Nacional y del gobierno anterior”...

En cuanto al artículo 5° de la Constitución se acordó introducir la reforma genérica que permitía que los tratados internacionales sobre derechos de las personas ratificados por Chile y vigentes se incorporarán a la legislación chilena con rango constitucional”.

Destacó...“Hay sí un problema al respecto de la discusión o debate habido al interior de la Comisión de Negociación Política no hay Actas, sino solamente la proposición explícita de la reforma acordada.”

Para la mejor comprensión del tiempo histórico en que se reforma la Constitución, vale recordar que la DECIMA OCTAVA Disposición Transitoria, disponía “Durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria, la Junta de Gobierno ejercerá, por la unanimidad de sus miembros, las siguientes atribuciones exclusivas:

- a) Ejercer el Poder Constituyente sujeto siempre a la aprobación plebiscitaria, la que se llevará a efecto conforme a las reglas que señale la ley”. Entonces, era ir avanzando en la democratización de la Carta, aceptar las proposiciones que esperar que esas reformas que se pretendía introducir a la Carta de 1980, pudieran ser estudiadas por el Congreso Nacional, que se elegiría.

El Tribunal Calificador de Elecciones entregó el resultado oficial del plebiscito celebrando el domingo 30 de Julio, en que la ciudadanía aprobó mayoritariamente las 54 reformas constitucionales propuesta para enmendar la Constitución Política de 1980.”

“T. Aprueba : 6.069.449 (857%) T. Rechazo: 581.605 (8,21%).

En el *Diario Oficial*, del 17 de agosto de 1989, se publicó la Ley N° 18.825, que modifica la Constitución Política de la República de Chile. Se establece que la “Junta de Gobierno de la República de Chile, ejerciendo el Poder Constituyente, sujeto a ratificación plebiscitaria, ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de reforma de la Constitución Política de la República de Chile”.

Inciso 2° del Artículo 5°:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Derechos esenciales.

Enrique Evans de la Cuadra, que fue miembro de la Comisión “para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado y sus leyes complementarias” en su obra **Los Derechos Constitucionales**, Tomo II, 1986, página 527, expresa: “El inciso 2° del artículo 5° la Carta de 1980, preceptúa en un texto cuya perspectiva en la acción del Poder Judicial son aún inéditas, que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Esta no es una aspiración programática de la Constitución. Es un precepto que obliga y que coloca a la intangibilidad de esos derechos aún por encima de la letra de la supremacía de la Constitución.”

Don Alejandro Silva Bascuñán define así el porque de la reforma; “Dice: Se refleja en este punto de la reforma constitucional de 1989 que glosamos, el ansia nacional de comenzar una nueva etapa de convivencia cívica, en la que, dejadas atrás las gravísimas violaciones a los derechos humanos producidas durante la intervención militar, se inspire la autoridad de la preocupación de favorecer decididamente el derecho de todos y, en especial, su promoción, a fin de que sea posible a los más débiles no sólo ser titulares de tales beneficios en la letra de las formulaciones, sino provistos de los medios que le permitan aprovecharlos, y para ello remueva los obstáculos que en la práctica les impidan ejercerlos”<sup>8</sup>.

En la obra **Constitución, Tratados y Derechos Esenciales**, editada por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Ediciones Nacionales, 1994, la destacada Abogada Cecilia Medina Quiroga, especialista de Derechos

---

<sup>8</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, **Tratado de Derecho Constitucional**, Tomo IV, La Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 112.

Humanos, en la Sección Primera de la citada obra trata “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico chileno”. Expresa: “Al contrario de lo que sucede en la doctrina, sin embargo, al adoptar y ratificar diversos tratados internacionales la comunidad jurídica ha sido capaz de ponerse de acuerdo en utilizar la expresión derechos humanos en el sentido de “derechos inherente o, a de la esencia de la persona humana” y, segundo en decidir que derechos humanos ella reconoce como tales. En cuanto a lo primero, hay varios tratados generales de derechos humanos que expresan claramente la idea que la única condición necesaria para ser titular de estos derechos es la de ser persona humana, al usar de manera intercambiable las expresiones “derechos humanos”, “derechos esenciales de la persona humana. El preámbulo de la Convención Americana sobre “Derechos Humanos” lo hace al justificar su catálogo de derechos humanos diciendo que obedece a su propósito de “consolidar en este Continente... un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre y reconociendo que ellos “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana” También usan la expresión en ese mismo sentido, los preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Todos los cuales expresan en términos similares que el establecimiento de un catálogo de derechos humanos obedece “al reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalterables de todos los miembros de la familia humana (página 5).

### **Tratados**

La Constitución de 1980 en materia de tratados internacionales establece entre las Atribuciones del Presidente de la República la de “Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la consideración del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere”.

El Artículo 50 “Atribuciones del Congreso”, en su N°1, dispone: “Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la Repúbli-

ca antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado, en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, al 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 segundo y siguientes del artículo 61”

El Artículo 82 de la Carta de 1980 trata “las atribuciones del Tribunal Constitucional y su N° 2° dispone: “Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

La Convención sobre Derecho de los Tratados, suscrita en Viena, el 23 de mayo de 1969 fue promulgada en Chile por Decreto N° 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial* del 22 de junio de 1981”.

Su Artículo 2° N°1, letra a) dispone que “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación oficial”.

Conforme a sus disposiciones “todo Tratado en vigor obliga a las partes”; debe ser cumplido por las partes de buena fe; “que una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado Artículo 27 de la Convención”

“Es esta una consecuencia lógica del hecho que los tratados internacionales estén, por definición, regidos como ya se señalara, por el Derecho Internacional y no por el Derecho Interno de los Estados. Lo es, además, del principio jurídico de que no puede existir obligación si su cumplimiento depende de la mera voluntad del obligado.

“Por otra parte, es necesario destacar que la disposición no efectúa distinción



alguna con respecto a la naturaleza o jerarquía de la norma interna que se pretende invocar. Basta que sea Derecho Interno para que resulte inaceptable como justificación del incumplimiento y no vale para tal efecto el argumento de que se trate, por ejemplo, de un precepto constitucional.

Esta afirmación no implica de modo alguno que el Derecho Interno de un Estado no pueda subordinar los Tratados a los preceptos de su Constitución Política. Al respecto debemos recordar que ningún Estado está obligado a celebrar un tratado internacional, y que su incorporación a tales pactos depende exclusivamente de su voluntad”<sup>9</sup>.

Los artículos 31 a 34 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, disponen que un “Tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y su fin”

Por su parte el artículo 34 de la Convención dispone “Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo de las partes”.

El Artículo 27 es importante, por cuanto señala que las partes de un tratado no pueden invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

### **Tratados de Derechos Humanos**

Cecilia Medina en su estudio “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico”, afirma, en la página 16 “No hay una norma que defina cuando un tratado puede recibir el predicado de ser “de derechos humanos”, pero ha habido en este punto una respuesta de un órgano jurisdiccional internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue requerida por el Gobierno del Perú para que, ejerciendo jurisdicción consultiva interpretara la expresión “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos”, utilizada en el artículo

---

<sup>9</sup> Pfeffer Urquiaga, Emilio, “Jerarquía, naturaleza, vigencia y eficacia de los Tratados Internacionales en nuestro ordenamiento jurídico” (XXX Jornada de Derecho Público. Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Escuela de Derecho, noviembre de 1999)

64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para definir la competencia consultiva de la Corte. Esta evacuó la Consulta sosteniendo que dicha expresión comprendía “toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados americanos, con independencia de ser bilateral o multilateral, de cual sea su objeto principal o que sean o puedan ser partes del mismo Estado, ajenos al sistema interamericano”.

Reiteremos que el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre los derechos de los Tratados, dispone que “un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” “destaca que Pedro Nikken, profesor venezolano de Derecho Internacional y Juez de la Corte Internacional de Derechos Humanos sostiene que esta regla “abre un cauce para una interpretación evolutiva de sus preceptos” y “para lo que podría llamarse una interpretación humanitaria”

La Corte Internacional de Justicia, tratando de caracterizar los tratados de derechos humanos ha sostenido que “los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencias, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones. (Opinión Consultiva CID Recueil 1955, página 23.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que estos instrumentos “no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, sino en el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. (Opinión Consultiva OC-82. Serie A N° 2, párrafo 29)

### **Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**

Ratificación según la Convención de Viena es “el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (Artículo 2º, N°1, letra b).

El artículo 16 de la Convención sostiene “Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse: a) su canje entre los Estados contratantes; b) su depósito en poder del depositario; o c) su notificación a los Estados contratantes o al depositario, así se ha convenido”.

Conforme al artículo 11 “El consentimiento de un Estado de obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación la aceptación la aprobación o la adhesión o cualquiera otra forma que se hubiera convenido.

Se formaliza la ratificación en nuestro país, por un documento firmado por el Presidente de la República y por el Ministro de Relaciones Exteriores, en que se deja constancia del acuerdo celebrado por él y la aprobación del Congreso Nacional.

El Artículo 102 de la Carta de Naciones Unidas dispone:

1. “Todo tratado y todo acuerdo internacional concertado por cualesquier miembro de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible.”
2. Ninguna de las partes de un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas”.

Don Alejandro Silva Bascuñán sostiene “a nuestro juicio, deben entenderse como tratados vigentes, todos aquellos ratificados por nuestro país, y que mantengan ese vigor según el derecho internacional, aún cuando no se hayan cumplido respecto de ellos los trámites internos de promulgación y publicación. Estos trámites deberán, sin embargo, disponerse cuanto antes como consecuencia del deber constitucional el Estado, tal como, por su lado, los particulares afectado por el incumplimiento de esas formalidades

y la sociedad en general quedan, a nuestro juicio, habilitados para requerir la ejecución de tales formalidades y hacer efectivas consiguientemente de inmediato, las responsabilidades de toda especie proveniente de la infracción y atropello del ordenamiento jurídico chileno<sup>10</sup>.

### **Jerarquía de los Tratados**

En la Sección Segunda “Bases de la Institucionalidad, redactada por el Profesor Humberto Nogueira Alcalá, de la obra **Derecho Constitucional**, cuyos autores son Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá<sup>11</sup> al tratar las “consecuencias de la institucionalidad de derechos humanos mediante tratados en Chile, textualmente se expresa:

c) “El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento de reforma constitucional establecida por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente del Capítulo XIV de la Constitución”.

Y, también que c) La Constitución no determina expresamente el rango de los Tratados Internacionales en ninguna de sus disposiciones. La Constitución sólo sostiene que los tratados deben someterse a los trámites de una ley, pero no dicen que tengan rango de ley. Así el problema corresponde dilucidarlo al intérprete de la Constitución.

Cecilia Medina Quiroga, en su estudio **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento Jurídico Chileno**<sup>12</sup>, sostiene que “la no aceptación por parte de algunos de este efecto, se basa fundamentalmente en que la Constitución no alteró la norma de la aprobación de los tratados, previa a su ratificación a lo dispuesto en el artículo 50 N° 1 afirman que “los tratados solo son leyes en el rango de la pirámide normativa. Pienso que es un error sostener que una Constitución no puede establecer diferencias para regular los tratados en general, por una parte, y los tratados de derechos

---

<sup>10</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, **Tratado de Derecho Constitucional**. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 16.

<sup>11</sup> Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, **Derecho Constitucional**, Tomo I Editorial Jurídica de Chile, Tomo I y 2, 2ª edición, 1977, pp. 126 y 129.

<sup>12</sup> Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, **Constitución, Tratados y Derechos Esenciales**, pp. 48 y 49.

humanos por otra, sobre todo cuando hay diferencias tan sustanciales en la naturaleza de los últimos comparados con los primeros“ y concluye: “La enmienda al inciso 2º del artículo 5º, por lo tanto modificó la jerarquía normativa de los tratados referentes a los derechos humanos, elevándolos a rango constitucional y modificó, por ende, la manera en que la Constitución se enriquecería con nuevos modos de protección o nuevos reconocimientos formales de los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Sostiene Cecilia Medina... “Si lo que se pretende reforzar por la Constitución son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el inciso 2º del artículo 5 debe incluir a todos los tratados que contengan alguna disposición que protejan a estos derechos. Por lo demás, el sentido de la norma es, en este aspecto inequívoco, al hablar de “tratados internacionales”, sin hacer distinción alguna. La posición de los órganos de supervisión del sistema internacional también apoyan esta respuesta”.

Entregaremos algunas opiniones de este tema tan importante como controvertido, para posteriormente, dar nuestra opinión.

Don Alejandro Silva Bascuñán sostiene que “la afirmación de que nuestra Carta de reforma, en virtud del tratado ratificado, en cuanto a éste pugne con ella, es inaceptable, porque la Constitución Política del Estado sólo puede modificarse siguiendo las reglas de procedimiento fijadas en ella misma y sus preceptos rigen permanentemente respecto a todas las situaciones que se presenten en el devenir de la sociedad política, en tanto que los tratados son acuerdos que por su propia naturaleza, son de carácter temporal, ya que, aún cuando estipulados por término indefinido, pueden ser desahuciados. Por otra parte, muchos de ellos se celebran con determinado Estado y no con la comunidad internacional y la misma materia objeto de un tratado puede ser reglada en términos distintos en tratado convenido con un Estado diverso”.

“Así pues, repetimos, si al precepto del tratado se le concede una fuerza jurídica superior a la del ordenamiento interno, ello no ocurre en pugna con nuestra Constitución, si no precisamente en virtud de ella, que expresamente coloca a derechos de tal trascendencia por encima y sobre el propio ordenamiento jurídico”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, **Tratado de Derecho Constitucional**, Tomo IV, Constitución de 1980, Bases de la Institucionalidad Nacional y Ciudadanía, Justicia Electora, Editorial Jurídica de Chile, pp. 128-129.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de abril de 2000, que “acoge la petición de inconstitucionalidad planteada en el requerimiento de fojas 1 se declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa”.

Redactó la sentencia la Ministro Señora Luz Bulnes Aldunate y la disidencia el Ministro Marcos Libedinsky Tschorne”

El Párrafo VI de la Sentencia trata de “La jerarquía de los tratados”.

59° “Que, por la reforma constitucional de 1989, se modificó el artículo 5° de la Constitución Política, agregando un inciso segundo. Esta disposición dice: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

60° “Que, como consecuencia de esta reforma se ha suscitado una controversia respecto a la interpretación que debe darse al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución.

La nueva redacción ha llevado a algunos a pretender que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental.

“Dada la estrecha relación entre este tema y el que se analiza en esta causa, se hace necesario dilucidar esta controversia, máxima cuando en la fundamentación de las observaciones formuladas por el Presidente de la República subyace la idea que el derecho internacional convencional sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución.

61° “Que, con anterioridad a la reforma de 1989, había opinión unánime en el sentido que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de la supremacía constitucional.

62° “Que, en este aspecto, es relevante recordar que, aunque parezca obvio, la

norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental.

63° “Que, la historia fidedigna de la dicha norma corrobora el aserto anterior.

En el informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, se dejó expresa constancia que:

“En virtud de este número se agrega una oración final al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que dice: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

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, emanado 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 desarrollarlos sin afectar su esencia.

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

“Lo anterior nos permite afirmar que no estuvo en la mente del constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiera afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, había consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado.

“Comentando este informe, el Profesor Raúl Bertelsen, en su trabajo “Rango Jurídico de lo Tratados Internacionales en el Derecho Chileno” (*Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3, Tomo I, p. 219) dice: “¿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 declarados

inaplicables?. Nada se innovó en 1989, por consiguiente, en la solución tradicional chilena sobre superioridad de las normas constitucionales sobre las de los tratados internacionales”.

64° “Que, con anterioridad a la reforma de 1989 este Tribunal, en sentencia del 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales.

65° “Que, este criterio fue confirmado en acuerdo de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sobre Reforma a la Constitución Política de la República de 1980, de noviembre de 2001, en el que se hizo expresa mención al contenido del N° 46, antes citado y expresó:

“En relación a la propuesta referida a los tratados que modifiquen materias reguladas por la Constitución, se acordó, sin embargo, dejar constancia que la Comisión confirma el criterio ya definido en un informe evacuado en el año 1963, en el cual, respondiendo a una consulta de la Sala (Boletín S N° 139-10) señaló, coincidiendo con el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 21 de diciembre, que no procede enmendar la Constitución por la vía de un tratado internacional” (Pp. 349-350).

66° “Que, para la interpretación de la reforma constitucional en análisis, tiene gran importancia esta afirmación de la Comisión, pues para determinar el sentido del artículo 5°, inciso segundo, utiliza el mismo criterio de un informe de 1963 y deja constancia, en esta forma, que la Constitución prevalece sobre los tratados que se refieren a derechos humanos.

67° “Que, con posterioridad a la reforma de 1989, este propio Tribunal en sentencia de 4 de agosto del año 2000, Rol N° 309, señaló que “si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esta clase de leyes “(considerando 17°).

Si las distintas materias del tratado deben respetar los quórum de aprobación o rechazo que indica el artículo 63 de la Constitución Política, resulta que es indudable la absoluta sujeción de los tratados internacionales a la Carta Política;



68° “Que, sobre el particular, el profesor Lautaro Ríos, señala: “Ninguna Constitución contempla el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2° del artículo 5° de nuestra Carta, que tiene manifiestamente otro alcance como ya vimos, la desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre DD.HH. con la suprema jerarquía normativa de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregando al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados sobre DD.HH., tuvieran rango constitucional per se.

“Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de la reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

“Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma constitucional quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria, además, si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre DD.HH: y su eventual carácter modificatorio de la Constitución.

“Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañado de la modificación de los artículos 80, 82 N° 2, y del Capítulo XIV de la Constitución” (Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos, en *Gaceta Jurídica* N° 215, 1998, p. 13).

69° “Que, sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden modificar la Constitución, conducen a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (artículo 82, N°2, de la Constitución ) y el control posterior (artículo 80 de la Constitución) ¿pues qué sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico de la Constitución?;

70° “Que, igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el Capítulo XIV de la Ley

Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Llegaríamos al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de los tres quintos o de los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma;

71° “Que, el sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5° de la Constitución, es que el Constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber de los órganos del Estado, respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino que también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

72° “Que, si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5° inciso segundo, de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre la de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile;

73° “Que, las disposiciones constitucionales que llevan a la conclusión anterior son las siguientes:

El artículo 6°, inciso primero, que consagra el principio de supremacía constitucional:

Artículo 6° Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

El artículo 82, N° 2, que autoriza el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, cuando así lo solicitaren:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

2° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.”

El artículo 80 que autoriza el control de constitucionalidad de determinados preceptos legales, entre los que deben considerarse los tratados internacionales.

“Artículo 80.- La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquiera gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

El Capítulo XIV, que señala un procedimiento especial para la reforma constitucional;

74° “Que, en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales, pertinentes con un criterio armónico, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional.

75° “Que, por último sobre el particular, cabe destacar lo señalado por el profesor y tratadista Alejandro Silva Bascuñán, en su obra **Tratado de Derecho Constitucional**, que expresó:

En la Comisión Ortúzar sostuvimos que “dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer en el derecho interno todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales”. Basándonos en esta convicción formulamos la siguiente proposición de norma, que en definitiva no fue incorporada al anteproyecto: “Los tratados regularmente aprobados, ratificados y promulgados, prevalecen en el derecho interno, en cuanto sean aplicables y su contenido no se oponga a los preceptos de esta Constitución”. En seguida sostuvimos: “que en esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra forma jurídica, y considera que, en realidad, respecto de las demás normas jurídicas el tratado no las deroga ni las modifica, sino que las supera, las hace inaplicables, las deja sin efecto las hace caducas, no genéricamente en todo su contenido, sino que nada más en función de su aplicación, en todo cuanto se oponga a sus disposiciones. (Sesión 47, pp. 14-15).

Las afirmaciones anteriores conservan a mi juicio, pleno valor incluso respecto de los tratados sobre los derechos humanos esenciales. Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa. Así, pues aún cuando por su propia índole, los preceptos contenidos en los tratados que consideramos recaigan, según ya se ha anotado, en asuntos de la más diversa naturaleza, en cuanto inciden en lo que se pudiera llamar “el estatuto de la libertad” consagrado por la Constitución, quedan siempre evidentemente situados en la categoría formal de la ley y, advirtiendo, una vez más, la circunstancia de que les acompaña mayor fuerza jurídica al compararlos con los que reviste la ley interna común. En síntesis, si tratados y leyes integran formalmente el mismo rango o jerarquía normativa, en la aplicación de ambas preceptivas a un caso concreto tendrá primacía la del tratado sobre el precepto legal. (Silva Bascuñán, Alejandro, **Tratado de Derecho Constitucional**, Tomo IV. La Constitución de 1980 . Bases de la Institucionalidad Nacionalidad. Ciudadanía. Justicia Electora. Editorial Jurídica de Chile 1997, p. 124).

Después de citar las opiniones de distinguidos colegas como, también los Considerandos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de Marzo de 2002, que “declaró que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa”, nos parece redundante e inoficioso extender más esta exposición reiterando sí que siempre hemos rechazado la tesis que un tratado internacional que contenga derechos humanos, aprobado por Chile, modifica la Carta Fundamental.