



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Pfeffer Urquiaga, Emilio

LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU UBICACIÓN EN EL
ORDEN NORMATIVO INTERNO

Ius et Praxis, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 467-484

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790121>

- ▶ 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

LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU UBICACIÓN EN EL ORDEN NORMATIVO INTERNO

Emilio Pfeffer Urquiaga (*)

RESUMEN

El artículo analiza la precariedad de la normativa constitucional chilena en materia de incorporación del derecho convencional internacional, tanto en común como específicamente en materia de derechos humanos, pronunciándose sobre la jerarquía de los tratados que contienen derechos humanos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, abogando por un pronto desarrollo de normas constitucionales al efecto.

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

ABSTRACT

This work highlights the precariousness of Chilean Constitutional Law with respect to the incorporation of international conventional Law, both in general and specifically in the area of human rights. The status accorded to human rights treaties by legal scholarship and judicial decisions is examined, and advocacy is advanced for further development of constitutional norms on the matter of incorporation of international treaties on human rights.

Chile. Constitutional Law. Fundamental Rights. Human Rights.

(*) Abogado, Profesor de Derecho Constitucional, Director del Depto. de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales de Santiago, Chile.

Artículo recepcionado el 7 de mayo de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 22 de mayo de 2003.
Correo electrónico: emiliopfeffer@terra.cl

1. INTRODUCCIÓN

En este seminario convocado para tratar el tema «Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales», nos corresponde analizar, de manera específica, y, por cierto, con una perspectiva crítica y propositiva, cuál es la ubicación jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, en especial de aquellos que aseguran derechos esenciales.

En el contexto de esta exposición, un primer objetivo, aunque parezca obvio, será probar la precariedad, y desde luego la obsolescencia de nuestro ordenamiento constitucional para enfrentar el desafío que impone la relación internacional en un mundo global, todo ello a fin de proponer algunas ideas que, a nuestro juicio, debieran orientar una urgente reforma constitucional destinada a modernizar nuestro Código Político en esta materia.

Luego, centraremos nuestro análisis de manera específica en el problema que nos convoca. Esto es, la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema de fuentes, distinguiendo aquellos que contienen normas que aseguran derechos fundamentales, de los que reconocen derechos de naturaleza diversa.

2. PRECARIEDAD DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL QUE REGULA LA RELACIÓN INTERNACIONAL

Las normas que contiene la Constitución de 1980 para la conducción de nuestra política exterior no difieren, substancialmente, de aquellas que ya establecía la Carta de 1925. Nuestro constituyente no ha innovado mayormente en la forma en que se debe enfrentar o conducir la relación internacional y recepcionar el derecho internacional en el derecho interno.

En efecto, al establecerse la actual normativa existía al parecer, una creencia fuertemente arraigada en el medio jurídico nacional de que mientras más breve o sumaria fuere la preceptiva que contenga el texto constitucional en esta materia, menos

probabilidad habría de que luego tal normativa, frente a una coyuntura internacional desfavorable, se volviera en contra de los intereses de país¹.

Un reflejo de lo que expreso se observa en el debate que tuvo lugar en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución².

¹ Al respecto se solicitó informe al profesor de Derecho Internacional señor Edmundo Vargas, quien propuso mantener las normas que sobre la materia ya consultaban las Constituciones anteriores. Que se hiciera referencia sólo a la determinación de qué órganos y dentro de qué ámbitos se deben proyectar los deberes del Estado en sus relaciones internacionales. Se mostró contrario a incorporar disposiciones que más bien tendrían cabida en lo que podría llamarse la política internacional del Estado y los principios en que se basan la convivencia internacional y el orden mundial.

² Entre los temas discutidos, y que en definitiva no fueron acogidos, se pueden mencionar los siguientes: 1) jerarquía que tendrían los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico chileno. El comisionado señor Silva Bascuñán propuso atribuir a los acuerdos internacionales un valor jerárquico superior a las restantes normas del ordenamiento jurídico, pero en todo caso subordinados a la Constitución (Sesión N° 47, p. 14); 2) norma que precise la adhesión del Estado de Chile a los principios del derecho internacional. Este precepto se incluiría en el artículo 1º de la Constitución; 3) que fuera sólo el Senado y no ambas ramas del Congreso quien prestara su aprobación a los tratados internacionales. (Propuesta de comisionado señor Diez en la Sesión N° 345, p. 2099); 4) que el Senado actúe como órgano consultivo y colaborador directo del Presidente de la República en materia de relaciones exteriores. Esta proposición en definitiva se desechará por estimarse que constituiría una seria limitación a las atribuciones exclusivas y propias del Jefe de Estado en la conducción de las relaciones exteriores. Se dijo, también, que para ello contaba con organismos asesores, como el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Consejo de Política Exterior, entre otros. 5) establecimiento de un quórum más elevado para la aprobación de los tratados. El señor Guzmán propuso, atendida la importancia de la materia, se exigiera un quórum más alto que el de la simple mayoría de los miembros presentes, para aprobar tratados de mayor trascendencia (Sesión N° 364, p 2454); 6) facultad del Presidente de la República de llamar a plebiscito para la aprobación de determinados tratados internacionales; y 7) norma que establezca un plazo para que el Presidente de la República promulgue y ordene la publicación de un tratado ya ratificado. Este tema fue largamente discutido en la Sesión N° 367, pp. 2498 y siguientes.

El señor Bernstein se declaró partidario: 1) de que los tratados internacionales fueran aprobados por ambas ramas del Congreso, debido a que generalmente ellos implican una modificación de la legislación interna; 2) rechazó la idea de consignar un precepto que le entregue al Senado el carácter de órgano consultivo y colaborador del Presidente de la República en materia de relaciones exteriores. Con ello -dijo- se menoscabaría la atribución exclusiva del Jefe de Estado en la conducción de las relaciones exteriores, que es precisamente una de las facultades gubernamentales en que más se enfatiza la autonomía del Ejecutivo con respecto a los demás poderes del Estado; 3) en cuanto a la facultad presidencial de llamar a plebiscito en materias internacionales, precisó que una disposición de esta naturaleza podría, «desde el punto de vista internacional, presentarse para que un gobierno extranjero solicitaría la convocatoria a un plebiscito aduciendo que la aprobación por parte del Congreso no es suficiente». (Sesión N° 367, p. 2509). Asimismo, sostuvo que una minoría podría entorpecer, por medio del llamado a plebiscito, la aprobación de un tratado que ha contado con la aprobación del Presidente de la República y del Congreso. Además, se dijo, existen ciertas materias en las que puede resultar muy contraproducente e inconveniente para los intereses del país llamar a un plebiscito, pues ello implicaría entregar a la opinión pública una serie de antecedentes de carácter reservado; 4) se mostró partidario de consultar una norma que estableciese la supremacía de los tratados internacionales por sobre la legislación interna, de lo contrario, el legislador interno, por un acto posterior, podría modificarlos o derogarlos. Además, un precepto de esta naturaleza vendría a subrayar un principio de gran importancia para Chile: la intangibilidad de los tratados. Por último, propuso incluir expresamente una disposición destinada a impedir que los parlamentarios iniciasen proyectos de ley que atentaran contra los compromisos externos del país contraídos mediante tratados internacionales; y 5) en lo que atañe a la ratificación, promulgación y entrada en vigencia de los tratados internacionales, fue partidario de consultar constitucionalmente el procedimiento de promulgar y publicar primero los tratados y luego ratificarlos.

Ahora bien, con sujeción a las prescripciones constitucionales es el Presidente de la República quien concentra y monopoliza la negociación internacional. Es el Jefe de Estado quien conduce las relaciones políticas con las potencias extranjeras y los organismos internacionales, y lleva a cabo negociaciones; concluye, firma y ratifica los tratados internacionales que estime convenientes para el país. (art. 32 N° 17).

La precariedad constitucional que anotamos se pone de relieve al comprobar que sólo dos enmiendas introdujo la Constitución de 1980 en esta materia, respecto de las normas que consultaba la Carta de 1925.

En efecto, de una parte sólo reemplazó el vocablo «mantener» por «conducir» para enfatizar que el Presidente de la República no está llamado a «conservar» sino que a «guiar o dirigir» la relación internacional, y de otra, se añadió como sujeto de derecho internacional, exclusivamente, a los «organismos internacionales» cuyo desarrollo e importancia, obviamente, no alcanzó a advertir el constituyente de 1925.

3. VACÍOS NORMATIVOS Y ENMIENDAS QUE DEBEN INTRODUCIRSE A LA CONSTITUCIÓN DE 1980 EN LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

La inadecuación de la Constitución de 1980 a la nueva realidad que impone la relación internacional en un mundo global, en el que el concepto de integración y del derecho comunitario son expresiones frecuentes, queda de manifiesto, entre otras materias, en la recepción del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno.

En efecto, el Código Político se refiere al tema de la recepción del Derecho Internacional sólo en cuatro disposiciones; en el N° 17 del artículo 32; en el N° 1 del artículo 50; en el N° 2 del artículo 82 y en el inciso 2º del artículo 5º. Tales son las únicas normas que regulan la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno. Pero quedan múltiples otras materias pendientes, sin solución normativa, que generan incertidumbre y controversias jurídicas.

a) Incorporación del derecho internacional común o general

Desde luego no existe ninguna referencia en el texto constitucional al Derecho Internacional Común o General, expresión que comprende, por una parte, el Derecho Internacional Consuetudinario y, por la otra, los principios generales de Derecho,

tomada esta denominación en el sentido de normas fundamentales del orden jurídico internacional, tales como el principio del libre consentimiento, de acuerdo con el cual ningún Estado se encuentra obligado a celebrar un tratado, si lo hace es por su soberana voluntad; el principio de la buena fe, que puede explicarse como la obligación de lealtad al otro contratante, lealtad a la convivencia y lealtad al sentido de las interacciones representativas de la armonía social; y el principio *pacta sunt servanda*, que hace obligatorio el cumplimiento de lo pactado.

Prueba lo anterior el hecho de que mientras se discutía en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución qué normas debían contenerse en su articulado, con incidencia directa en materia internacional, se propuso incluir un precepto de ese tenor, en el artículo 1º, que precisara la adhesión del Estado de Chile a los principios del Derecho Internacional, lo que fue desestimado por la propia Comisión, la cual, no obstante, aprobó en el preámbulo de su anteproyecto el principio de que: «Chile adhiere a las normas universalmente aceptadas del Derecho Internacional y manifiesta su voluntad permanente de contribuir a la paz, a la justicia y al progreso de los pueblos».

No obstante lo anterior tal preámbulo fue suprimido posteriormente por el Consejo de Estado, criterio que mantuvo la H. Junta de Gobierno por considerarlo superfluo, toda vez, se dijo, que los conceptos contenidos en él ya estaban incorporados en el capítulo I, relativo a las Bases de la Institucionalidad.

Es cierto que la Constitución de 1980 sólo regula en sus disposiciones la incorporación de los tratados internacionales, pero la omisión en la referencia explícita a la costumbre internacional como a los principios generales del Derecho, en ningún caso puede interpretarse como que aquellas fuentes no son admitidas por nuestro ordenamiento constitucional^{3, 4}.

³ Nos parece que ellas se encuentran implícitamente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, porque así lo establece la ley para un número determinado de casos, por ejemplo, en los artículos 60 y 585 del Código Civil; 1º, 637 y 647 del Código de Procedimiento Penal. En segundo lugar, porque esa es la posición unánime de la doctrina nacional, que sin perjuicio de precisar los límites, sostiene la incorporación global y automática del Derecho Internacional común generalmente aceptado en el Derecho Interno chileno. Y, por último, porque la jurisprudencia avalaría tal conclusión. En efecto, en el juicio «Lauritzen con Fisco», se admitió (caso de los barcos suecos) el principio de la recepción automática del Derecho Internacional común generalmente aceptado en nuestro Derecho Interno, en incluso admitió la primacía de esas normas sobre el Derecho Nacional.

⁴ Es de advertir, en todo caso, que esa incorporación global y automática no es total, no se refiere a todo el Derecho Internacional, sino únicamente a las reglas del Derecho Internacional Consuetudinario común generalmente aceptadas.

Para suplir tan significativa omisión en aras de la certeza y seguridad jurídica, parece pertinente adicionar a la Carta Fundamental un precepto que reconozca como normas jurídicas vinculantes para el Estado de Chile aquellas que integran el Derecho Internacional Común o General, principios, por lo demás, conforme a los cuales el Estado de Chile siempre ha conducido sus relaciones internacionales, como lo son el de autodeterminación de los pueblos, la independencia e igualdad de los estados, la no discriminación, el respeto al ordenamiento internacional, la erradicación de la fuerza y la resolución pacífica de los conflictos, la cooperación para la paz y el desarrollo de los pueblos.

b) Incorporación del derecho internacional convencional

La Constitución, siguiendo la práctica internacional, ha establecido su propio procedimiento interno para la celebración de tratados, entregando al Presidente de la República su negociación, conclusión, firma y ratificación (Artículo 32, N° 17) y al Congreso, aunque no respecto de todos los tratados, un acto intermedio de aprobación (Artículo 50, N° 1).

Se advierte de lo señalado que nuestro régimen constitucional no sigue el sistema de «transformación» de los tratados en leyes internas para su vigencia, sino que se aplica un régimen de «incorporación».

En efecto, el Congreso aprueba los tratados siguiendo los trámites de una ley, pero ni este acto ni ningún otro relacionado con la puesta en vigencia del tratado, tiene el carácter de ley. Dicha vigencia se realiza mediante un decreto promulgatorio que se publica en el *Diario Oficial*.

La Constitución distingue claramente entre tratado y ley, como fuentes de Derecho. Así el artículo 5 alude a la Constitución y a los tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de una ley; y el artículo 82, N° 2, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

La única oportunidad en que la Constitución se refiere al control de la constitucionalidad de los tratados internacionales es en relación con las atribuciones del Tribunal Constitucional, a quien faculta para: «Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la

aprobación del Congreso⁵.

Este hecho nos hace coincidir con el criterio de quienes sostienen que respecto de los tratados internacionales sólo existe un control de constitucionalidad *a priori* y que no existe la posibilidad de discutir la constitucionalidad de los mismos una vez que ellos hayan entrado en vigencia.

Debe destacarse, especialmente, que la interpretación indicada es plenamente coincidente con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuando ésta preceptúa que no se puede invocar el Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Finalmente, no hay precepto alguno en la Constitución que establezca la relación jerárquica entre tratado y ley interna. Sin embargo, la intangibilidad de los tratados frente a la ley puede deducirse, por una parte, de la existencia de sólo un control *a priori* de la constitucionalidad de los tratados y por otra, de la incongruencia constitucional que implicaría la existencia de un sistema complejo para la celebración de los tratados internacionales, que incluye la participación conjunta de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y una facultad exclusiva del Legislativo para modificarlos.

c) Problemas que ha suscitado la incorporación del Derecho Internacional Convencional a nuestro Derecho Interno

Uno de ellos atañe a la supremacía de las normas contenidas en los tratados internacionales por sobre el Derecho Interno, como simple y lógica consecuencia de la aplicación de los principios *pacta sunt servanda*; «todo tratado en vigor obliga a las partes», es decir, el tratado internacional válidamente celebrado debe ser obligatoriamente observado y aplicado por las partes, conforme a las prescripciones del Derecho Internacional, y de la *bona fide*; todo tratado en vigor debe ser cumplido por las partes de buena fe, obligando a los Estados a ser leales con sus contrapartes y con el sistema internacional de convivencia que representa el Derecho Internacional, principios, por lo demás recogidos explícitamente por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente en Chile desde 1980.

⁵ Véase sentencia del Tribunal Constitucional, 24 junio 1999, Rol No. 288, R.D.J., t. 96, sec. 6a., p. 159.

Otro de los problemas que han surgido dice relación con las reservas que el Ejecutivo quiera formular al tratado; ¿deben ser igualmente aprobadas por el Congreso Nacional antes de su ratificación?

En cuanto al quórum con que en cada una de las ramas del Congreso Nacional deben ser aprobadas las normas contenidas en un tratado internacional. Este es un punto que ha de ser resuelto de manera explícita, y establecerse que si alguna norma del tratado modifica una ley orgánica constitucional, de quórum calificado o alguna otra que conforme a nuestro sistema constitucional requiere ser aprobada con un quórum especial, la misma tendrá que ser votada, en ambas Cámaras, con el quórum respectivo, como por lo demás lo ha resuelto, recientemente, el Tribunal Constitucional que fue llamado a pronunciarse por la vía de un requerimiento patrocinado por una cuarta parte de los diputados en ejercicio acerca de la constitucionalidad del Convenio 169⁶.

Lo anterior exige además definir si se establecerá, como parece lógico y razonable, un control preventivo y obligatorio de la constitucionalidad de las normas contenidas en tratados internacionales luego de que éstos sean aprobados por el Congreso Nacional, y antes de que sean aquellos remitidos al Presidente de la República para su posterior ratificación.

Otra materia que debe ser regulada se vincula con la transferencia de potestades de órganos del Estado a organismos internacionales o supranacionales. Porque si se transfiere jurisdicción estatal en el marco de los crecientes procesos de integración, parece pertinente que tales decisiones sean acordadas por los órganos internos conforme a quórum especiales.

Relacionado con lo anterior, debe regularse de qué forma se dará cumplimiento a las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia internacionales o supranacionales que deban aplicarse en Chile.

Asimismo, considerando la dinámica con que se desenvuelve la relación internacional en un mundo global, debe revisarse el tipo o clase de tratados que habrán de ser sometidos a la aprobación previa del Congreso Nacional. La mayor expedición con que debe ser recepcionado el derecho internacional convencional en el derecho interno

⁶ Véase sentencia de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309.

exige una especial discriminación de aquellos tratados internacionales que habrán de someterse a la consideración del Congreso Nacional. En tal sentido este órgano debiera ser convocado a prestar su aprobación sólo respecto de aquellos tratados que versen sobre materias de derechos humanos, delegación del ejercicio de potestades de los órganos del Estado a organismos internacionales o supranacionales, integridad del territorio, defensa nacional, obligaciones financieras, los que modifiquen o deroguen leyes y los que requieran medidas legislativas para su implementación.

Con todo, en el caso de tratados que el Presidente de la República decida ratificar o adherir a ellos directamente, sin la previa aprobación del Congreso Nacional, por no incidir sus regulaciones en las materias antes enunciadas, debiera establecerse un mecanismo especial de control ante el Tribunal Constitucional a ejercerse antes de la aludida ratificación o adhesión para cautelar que no se invada la competencia del legislador y no se conculque la preceptiva constitucional.

La certeza y seguridad jurídica que exige la aplicación directa de las normas contenidas en tratados internacionales ya ratificados y vigentes en el orden interno, obliga también a resolver acerca de la naturaleza de las normas contenidas en ellos. Porque sabido es que si estamos frente a una reglamentación calificada de auto ejecutable, la misma podría ser invocada por su beneficiario y debiera ser aplicada por el órgano imperado por ella sin medidas de ejecución posterior.

Asimismo, en cuanto a la promulgación y publicación de los tratados, la normativa constitucional tendrá que perfeccionarse a fin de establecer plazos razonables en que deberá cumplirse con tales trámites.

Por último, en esta breve enunciación de los vacíos constitucionales que observamos en el proceso de recepción del derecho internacional en nuestro derecho interno, y que deben ser resueltos por la vía de una reforma constitucional, no es menor considerar también la forma en que el Estado podrá poner término, suspender, prorrogar o denunciar un tratado internacional. Tales decisiones puede adoptarlas con carácter privativo el Presidente de la República como conductor de las relaciones internacionales, o debiera procederse en esas situaciones con sujeción al mismo procedimiento y por los mismos órganos que intervinieron en el proceso de incorporación de aquel tratado a nuestro ordenamiento jurídico interno.

De lo expresado parece claro que urge reformar la Constitución para regular la

forma en que el derecho internacional debe ser recepcionado en nuestro ordenamiento jurídico interno.

4. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A diferencia de lo observado en Europa, especialmente después de la Segunda Guerra, en que las Constituciones, con mayor o menor intensidad, reconocen la validez de las normas internacionales como fuente directa del derecho interno, y su relativa primacía frente al orden jurídico estatal, nuestra Constitución, puede decirse sigue adscrita a lo que se ha calificado de hermetismo constitucional o modelo nacionalista. Ello, al menos hasta la reforma constitucional de 1989, fecha a partir de la cual se inicia un arduo debate constitucional acerca de la posición que ocuparían los tratados internacionales a que se refiere el inciso 2 del artículo 5 de la Constitución.

En efecto, la revisión de diversos textos europeos permite concluir que la tendencia hoy es al denominado Estado abierto o internacionalista. Así, por ejemplo, se observa en la Constitución Alemana que señala: «Las reglas del derecho internacional constituyen parte integrante del ordenamiento jurídico federal, tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y deberes directos para los habitantes del territorio federal», agregando la misma Ley Fundamental: «Si en un litigio judicial fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos, el tribunal deberá recabar el pronunciamiento al Tribunal Constitucional Federal»⁷.

Las Constituciones latinoamericanas, por su parte, aunque reacias a seguir la tendencia anotada, con el restablecimiento de los régímenes democráticos al inicio de

⁷ En Austria: «Se consideran parte integrante del ordenamiento federal las normas generalmente reconocidas del Derecho Internacional». Por su parte en España: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». La Constitución de Grecia: «Forman parte del derecho helénico y tendrán un valor superior a toda disposición en contrario de la ley las reglas del Derecho Internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales, una vez ratificados por vía legislativa y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno». También «Irlanda acepta los principios generalmente reconocidos del derecho internacional como regla de conducta en sus relaciones con los demás Estados». Mientras que la Constitución de Italia dice: «El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho Internacional generalmente reconocidas». Por último en Portugal: «Las normas y los principios del Derecho Internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués».

la década de los 90, reaccionan, casi generalizadamente, e incorporan diversos preceptos que tienden a la incorporación del Derecho Internacional con prevalencia al Derecho Interno. De manera nítida, al menos, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.

Ello lo observamos claramente en la Constitución ecuatoriana de 1979, reformada el año 1996: «Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía».

Más clara es aún la Constitución argentina, reformada en 1994, que incorporó una norma que por una parte señala que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y, por otra, que determinadas declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos tiene jerarquía constitucional y los derechos en ellas reconocidos complementan los que ya se aseguran por el texto de la Constitución⁸.

Se advierte de lo señalado que tanto en el Derecho Comparado como en nuestro ordenamiento constitucional se distingue entre tratados que contienen normas que reconocen derechos esenciales y aquellos otros que otorgan derechos que no revisten tal carácter.

⁸ Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derecho Humano, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocido. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional» (...) «24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados como otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara».

Por lo tanto, para la determinación de la jerarquía de las disposiciones que en aquellos se contienen, se hace necesario, a nuestro juicio, que el intérprete resuelva previamente acerca de la naturaleza de los derechos allí asegurados.

Lo anterior obliga a precisar, conceptualmente, el alcance de expresiones que pueden resultar en principio ambiguas. Así, por ejemplo, en nuestro texto constitucional se alude indiferentemente a derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana como un límite a la soberanía (art. 9); a los derechos humanos, para señalar que las conductas terroristas son contrarias por esencia a ellos; a los derechos constitucionales, denominación con la que se inicia el Capítulo III que contiene un catálogo de los derechos, y, por último, cuando en el artículo 1 se proclama que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Por lo tanto, si admitimos que no es el tratado, como fuente formal de Derecho, sino las normas en ellos contenidas los que aseguran o reconocen derechos esenciales, humanos o fundamentales, la determinación de su jerarquía pasa por una previa decantación del contenido o núcleo esencial de aquel derecho.

En este sentido si nuestro ordenamiento constitucional establece que la soberanía está limitada por los derechos esenciales queeman de la naturaleza humana, en cuanto se hallan éstos reconocidos en algunas de las dos fuentes formales a que tal precepto alude (norma constitucional o tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes), deberá convenirse que ellos, que incluso importan un límite al poder constituyente, no podrán ser desconocidos. Más cuando se le impone por aquel precepto un deber explícito a todo órgano del Estado de respeto y promoción de los mismos.

De lo expresado debe concluirse que los derechos esenciales asegurados por el orden internacional, contenidos en las fuentes formales aludidas, representan un límite objetivo a la soberanía estatal y representan la norma de superior jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Ello no debe extrañar, si se considera además que es congruente con la concepción iusnaturista a la que en materia de derechos fundamentales adscribe nuestro constituyente.

Cabe en todo caso prevenir, que la plena eficacia de la norma internacional que asegura un derecho esencial para poder reclamar su aplicación directa por el órgano estatal correspondiente, exige que aquel se halle allí configurado con acabada precisión.

En efecto, las normas de los tratados para su aplicación directa por los órganos internos de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina «*self executing*» y «*non self executing*», por lo que solo en el evento de que la norma sea autoejecutable el órgano estatal llamado a cumplirla estará imperando por ella, de lo contrario sólo se impone una obligación de hacer: adoptar las medidas concretas para ejecutar el programa o política que el Estado acuerde seguir al adherirse al tratado⁹.

La reforma constitucional de 1989 trajo consigo la inmediata aplicación del orden internacional, en cuanto receptor de derechos esenciales, por los órganos estatales. Aun más, a éstos ha podido reclamárseles el cumplimiento del deber que por aquella se les impuso de respetar y promover tales derechos. De ese modo, por una circunstancia sobreviniente se reforzó la concepción que ya recogía el constituyente de 1980 de que los derechos esenciales asegurados en tratados internacionales, o en el texto mismo del Código Político o en cualquier otra fuente formal, constituyen un límite a la soberanía, e incluso al poder constituyente.

Planteado así el problema, una primera controversia a resolver se asocia con el efecto o impacto que el reconocimiento de los derechos esenciales contenidos en la norma internacional produjo en el ordenamiento jurídico interno. ¿Trajo ello aparejado como efecto automático la derogación de las normas internas preexistentes, incluida la Constitución, si éstas estuvieren en oposición con aquellas?

⁹ El Tribunal Constitucional ha fallado que los tratados para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina «*self executing*» y «*non self executing*», y que sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable el Tribunal debe pronunciarse sobre su constitucionalidad. Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesaria que la habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva. Pueden existir tratados que sólo contengan cláusulas auto ejecutables y otros que sólo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener una y otras. Aquellas normas o algunas de ellas que requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece. Sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe -en esta instancia jurisdiccional- pronunciarse sobre su constitucionalidad. T. Constitucional, 4 agosto 2000, Rol N° 309. R.D.J., t. 97, sec. 6^a, p. 99.

En Chile, a diferencia de lo ocurrido en Argentina, en que se adoptó una solución política al homologar en jerarquía determinados tratados a la Constitución y establecer que los derechos esenciales en éstos contenidos complementaban los que ya aseguraba la Carta, se ha seguido el sistema de adecuación del orden jurídico interno a la normativa internacional.

En efecto, un ejemplo expresivo de ello es la Reforma Constitucional de 1 de abril de 1991, que tuvo por propósito permitir otorgar el beneficio de la amnistía y/o indultos, como así también hacer procedente la libertad provisional a los imputados de delitos terroristas, lo que conforme al texto primitivo del artículo 9 del Código Político no estaba permitido. En esa oportunidad se argumentó que la norma internacional, más beneficiosa para la persona, no podía ser desconocida.

Aún más, tal sistema de adecuación se ha seguido incluso para ajustar no sólo el orden constitucional, sino también la legislación común. Es el caso de la modificación del Código Civil, en lo concerniente a la supresión de la distinción que dicho cuerpo legal hacía entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, lo que se estimaba contrariaba diversos derechos esenciales claramente promovidos por el orden internacional.

Pero es no es todo, más recientemente el nuevo Código Procesal Penal ha debido explícitamente autorizar la invocación de preceptos contenidos en los tratados internacionales, a efecto de que las normas referidas a las garantías judiciales de los imputados en un procedimiento, puedan reclamarse y aplicarse directamente.

Se colige lo anterior que a pesar del planteamiento doctrinario de que los derechos esenciales reconocidos por la normativa internacional obligan a todo órgano estatal, en cuanto debe respetarlos y promoverlos, ha prevalecido la posición de que mientras no se adecue el orden constitucional y legal, las normas internas mantendrán su vigencia y prevalecerán frente a la preceptiva internacional, descartándose así su derogación tácita.

En el mismo sentido se observa una tendencia en los pronunciamientos que sobre la materia a emitido el Tribunal constitucional.

En efecto, el intérprete final de la Constitución ha reconocido la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado,

señalando que resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en su articulado. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extrajera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos, en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario¹⁰.

En otra sentencia, luego de poner de relieve la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado por un órgano jurisdiccional interno, ha señalado que precisamente por esa razón se obliga al intérprete a hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, para encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución, con lo que ha reafirmado la prevalencia del orden jurídico interno sobre el internacional¹¹.

Luego, con ocasión del pronunciamiento emitido respecto del Convenio 169 el Tribunal Constitucional señala que una norma que establece que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, es incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales y no puede tener aplicación, lo que demuestra la posición que dicho Tribunal ha tenido en esta materia.

Podría sostenerse que como en los casos reseñados se ha ejercido un control preventivo de la constitucionalidad de las normas contenidas en el tratado internacional por parte del Tribunal Constitucional, exigir la subordinación de éstas a la Carta Fundamental no importaría desconocer la prevalencia del orden internacional de los derechos humanos por sobre el orden constitucional interno. Sin embargo, en el mismo sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema cuando le ha correspondido ejercer el control represivo y *a posteriori* de la constitucionalidad de determinados preceptos contenidos en tratados internacionales.

De lo expresado se advierte que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, en general, han resuelto la prevalencia del orden constitucional interno por

¹⁰ T. Constitucional, 21 diciembre 1987, Rol N° 46.

¹¹ T. Constitucional, 4 agosto 2000, Rol N° 309. R.D.J., t. 97, se. 6^a, p. 99.

sobre la normativa internacional.

En efecto, en 1997 resolvió la Corte Suprema que la Convención de La Haya sobre secuestro de niños no vulnera la Constitución, al señalar que el procedimiento de urgencia previsto en su artículo 11 se adecua a la garantía del debido proceso que contempla la norma del N° 3 de su artículo 19, por cuanto la pronta decisión sobre la cuestión, no implica desconocer el derecho a ser escuchado y a rendir prueba, en razón de lo cual el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue desestimado¹².

Sin embargo, distinta ha sido la situación cuando los Tribunales Ordinarios, enfrentados a resolver entre la aplicación de una norma internacional y una ley, se han inclinado por darle efectividad a la primera si ella protege con mayor amplitud y efectividad el derecho.

En efecto, se ha resuelto, por ejemplo, que la Comisión Anti-Dumping, creada por la ley N° 18.525, de 1986, no ha podido excluir de su aplicación a un tratado internacional promulgado y publicado conforme a la Constitución, aun existiendo ley interna sobre la materia, porque ello contraviene lo dispuesto en la Convención de Viena. (C. Santiago, 22 enero 1998, R.G.J., N° 211, p. 97).

Luego, en otra sentencia similar en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, que obliga a considerar, primordialmente, el interés superior del niño en todas las medidas concernientes a éstos que tomen los órganos del Estado, ha resuelto dar aplicación preferente a la norma internacional, señalando que no cabe hacer obligatorio el regreso del niño a su lugar de origen, si con ello se le expone a un peligro o situación intolerable. (C. Valparaíso, 3 junio 1998, R.G.J. N° 216, p. 80).

También la vinculación obligatoria de los jueces a lo dispuesto en un tratado internacional ha quedado de manifiesto al resolverse que carece de todo valor procesal, para acreditar la participación de un procesado su declaración extrajudicial, por encontrarse ella prohibida en tratados internacionales, tales como el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros, todos los cuales tienen vigencia en el derecho interno, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, siendo por tanto, vinculantes para los jueces, sin perjuicio

¹² C. Suprema, 24 octubre 1997, R.G.J N° 208, p. 71.

además de que forman parte integrante del derecho al racional y debido procesamiento penal. (C. Santiago, 11 abril 1995, R.G.J., N° 178, p. 136; C. Santiago, 24 junio 1997, R.G.J., N° 204, p. 136; C. Santiago, 11 abril 1995, R.G.J., N° 178, p. 136; C. Santiago, 24 junio 1997, R.G.J., N° 204, p. 136. R.D.J., t. 94, sec. 4a., p. 114).

En otro caso la Corte Suprema ha resuelto que la exigencia del pago efectivo de la indemnización, como condición previa para obtener alguno de los beneficios que otorga la ley N° 18.216, entre ellos, la remisión condicional de la pena privativa de libertad, no infringe el «Pacto de San José de Costa Rica», por lo que la ley interna no puede entenderse derogada tácitamente por aquella. (C. Suprema, 4 diciembre 1997, R.G.J., N° 210, p. 93).

En materia de libertad provisional -como se sabe- tanto la Ley de Cheques, el Código Tributario en algunos casos, la Ordenanza General de Aduanas, exigen para obtener la libertad provisional que se consigne una caución distinta a la fianza para responder del valor del cheque o del monto defraudado por concepto de tributos o aranceles. En todos estos casos, la generalidad de los tribunales ha estimado que tales disposiciones legales se encuentran tácitamente derogadas. Para ello ha tenido en cuenta dos clases de argumentos que ponen de relieve que las normas internacionales se subordinan a la Constitución. Por una parte, tales disposiciones legales no armonizan con el precepto contenido en los artículos 19, N° 7, letra e) y 26 de la Constitución que, respectivamente, reconocen el derecho a la libertad provisional y el denominado principio de la esencialidad de los derechos y, por otra, que como tal beneficio se encuentra asegurado por normas internacionales sin exigirse caución han de entenderse derogadas las leyes internas que así lo establezcan. No se trata, como se advierte, de un pronunciamiento que implique adjudicarle a aquellas disposiciones una superioridad jerárquica a la Constitución o análoga a la de ésta, simplemente sin aludir ello, e incluso sin emitir opinión respecto a si tales preceptos son jerárquicamente superiores a la ley, se concluye que por ser posteriores e incompatibles con el ordenamiento preexistente éste ha quedado derogado. (C. Suprema, 18 diciembre 1991, R.G.J., N° 138, p. 70; C. Suprema, 5 abril 1993, R.G.J., N° 154, p. 92).

5. CONCLUSIÓN

De todo lo expresado en los acápite anteriores aparece evidente la urgente necesidad de ajustar nuestro texto constitucional a la nueva realidad internacional, estableciendo nuevas bases constitucionales para la conducción internacional en el siglo XXI.

Asimismo, los vacíos que se advierten en el sistema constitucional chileno, en lo que atañe a la recepción del derecho internacional en nuestro derecho interno obligan, si verdaderamente el país quiere insertarse en el mundo global, a readecuar la referida normativa.

Uno de aquellos aspectos que precisamente debe ser discutido y resuelto normativamente, se relaciona con la jerarquía de los derechos contenidos en las normas internacionales que complementen aquellos que ya se aseguran por la Constitución, lo que como ha quedado de manifiesto es una cuestión en extremo polémica y que en beneficio del más efectivo reconocimiento de los derechos esenciales debe ser dilucidada en forma definitiva.