



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL EN LA DOCTRINA EMANADA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL

Ius et Praxis, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 541-544

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790125>

- 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

estas situaciones duran mientras sean realmente necesarias, y ello no se ha acreditado; también expresa que la expresión «en virtud de» señala que no proceden recursos en cuanto se ajusten a la Carta, pero si ello no es así, sí proceden, por ejemplo, si en el supuesto de la letra a) el arresto es por más de 5 días o en un lugar destinado a cárcel; si en el supuesto de la letra b) se restringe la circulación de una publicación creada antes de la vigencia de la Constitución de 1980; si en el supuesto de la letra d) se dispone la permanencia de una persona en una localidad que no tiene carácter urbano o por un tiempo superior a tres meses, etc. Especial consideración le merece la establecida en la letra c) pues ella contiene situaciones que en mayor o menor medida implican un grado de evaluación subjetiva, por ello no puede excluirse esta acción, y si el constituyente hubiera querido excluirlo pudo haber establecido lisa y llanamente que la estimación de si es un peligro para la paz interior lo califica únicamente la autoridad, lo que no hizo, por lo tanto procede.

**2.- C. S. 28/7/84** no procede Amparo contra resoluciones dictadas en virtud del 24 t., voto en contra M. Correa L. La **C. A. Santiago 10/7/84** declaró improcedente recurso de amparo, con el voto en contra del M. C. Cerda, el Hábeas Corpus es una acción, no un recurso, son los tribunales los que en última instancia garantizan los derechos primarios que emanan de la naturaleza humana. La expresión «en virtud de» que se emplea en la frase final del art. 24 transitorio obliga a los sentenciadores a revisar si, en el caso en que se trata, existe conformidad entre el acto de autoridad y el contenido normativo de la letra c) de la disposición constitucional citada.

**3.- C. A. Santiago 29/7/88**, Recurrente: José Miguel Varas Morel. No procede el Recurso de Amparo interpuesto contra resolución dictada en virtud de la disposición 24º transitoria letra c), en virtud de su expresión final. Voto en contra del M. C. Cerda para quien la libertad es connatural a las personas y comprende entre sus múltiples atributos el salir del territorio nacional y volver a ingresar a él. Si la prohibición de ingreso se establece como castigo, entonces debe ser determinada su responsabilidad mediante prueba fehacientemente incriminatoria. No siendo procedente que el tribunal se niegue a conocer las circunstancias y antecedentes fidedignos que determinan la prohibición de ingreso.

**4.- C.S. 27/4/87**; Recurrente, Verónica de Negri Quintana. No procede el Recurso de Amparo interpuesto contra resolución dictada en virtud de la disposición 24º transitoria letra c), en virtud de su expresión final. Con el voto en contra de los Ministros E. Correa L. y Meersohn, quienes estuvieron porque debía entrar a pronunciarse sobre

el fondo, ya que en un Estado de Derecho no puede prescindirse del Hábeas Corpus, salvo que expresamente se haya excluido, lo que en esa disposición no ha ocurrido.

El único caso de recurso de amparo, aunque sólo en primera instancia, pues en segunda se rechazó en que se acogió contra una medida decretada bajo la vigencia del art. 24° transitorio se dio en la Corte de Apelaciones de Valparaíso:

Se Rechaza el Recurso de Amparo porque tanto el decreto de arresto como la resolución que lo amplió a quince días más cumplen con los requisitos legales. Agrega que el art. 24 transitorio letra a) no requiere que los actos terroristas a que se refiere se imputen al afectado, sino que se deje constancia para ese efecto. **C. S. 15/4/82**. Esta resolución Revocó la de la **C. A. Valparaíso (3/4/81)** que había acogido el Recurso de Amparo a favor de Juan Carlos Silva Martínez, ello porque la detención dice que se funda en actos terroristas, sin decir cuales son éstos que se le imputan al detenido, por lo que no consta tal situación, con el voto en contra de la M. Osnovikoff, quien estuvo por rechazar el Amparo.

#### **JURISPRUDENCIA QUE RECOGE TEXTO EXPRESO DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

El tema central de este foro se refiere a cuál fue la aplicación de las normas contenidas en Tratados Internacionales para resolver Recursos de Amparo bajo la vigencia del artículo 24° transitorio, a la que existe una respuesta segura: ninguna, sin embargo, en este estudio, se encontraron tres fallos en los cuales se alude directamente a los tratados internacionales y los derechos reconocidos por éstos, por supuesto ellos se encuentran en votos de minoría pero que no dejan por ello de tener valor.

##### **1. El primer fallo es el de la Il.ª Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de agosto de 1984, cuya apelación fuera confirmada por la Excm. Corte Suprema en fallo unánime el 3 de septiembre de 1984.**

El fallo en comento rechazó el recurso de amparo interpuesto a favor de Benedicto Enrique Figueroa Puentes a quien se le prohibió reingresar al país por Decreto dictado en virtud de la disposición vigesimocuarta transitoria. El fundamento para rechazar el amparo es que no corresponde asignar, frente a texto expreso, al vocablo «recurso» un significado distinto al que habitualmente se le reconoce, por ello, los tribunales se encuentran impedidos de ejercer sus facultades jurisdiccionales. Dicho acuerdo contó

con el voto en contra del M. Carlos Cerda, quien estuvo por declararlo admisible y entrar a pronunciarse respecto del fondo de él.

En su consideración 1º alude a dos aspectos de la naturaleza humana, como lo son la inteligencia y el discernimiento, como herramientas ineludibles para su perfeccionamiento, las que, en el ámbito de lo jurídico le permiten interpretar los preceptos, lo que se plasma y regula explícitamente en nuestro Código Civil; ello lo hace como consideración previa a la frase de la disposición transitoria 24º en que se expresa «las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno». Así en los considerandos 4º, 5º y 6º realiza un análisis gramatical de tipo sintáctico de esta oración, de ello concluye que las medidas adoptadas en virtud del artículo 24 transitorio deben tener causa, la cual puede ser específica o genérica; la causa genérica está en el inciso primero de dicha norma y la causalidad específica la encontramos, por ejemplo en la disposición contenida en la letra c).

De ello se concluye que la decisión que prohíbe el ingreso al país del recurrente se debe haber adoptado en virtud del artículo 24 transitorio, lo que procede sólo cuando tenga su razón de ser en alguno de los hechos en ella contenida y de la cual sea su directa consecuencia. Por otro lado se refiere a la voz «susceptible», lo que significa modificable, lo que en el entendido de la disposición, significa que no puede ser modificada cuando tenga por fundamento alguna de las causas señaladas en la norma, por ello expresa que resulta esencial constatar la correspondencia entre la medida y el contenido normativo, «CONSTATACIÓN QUE HA DE EFECTUARSE NECESARIAMENTE EN EL ÁMBITO DE UNA ACCIÓN PROTECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS, COMO AQUELLA QUE AQUÍ SE HA EFECTUADO». En el caso del amparado, la causa es constituir «un peligro para la paz interior del país», por ello es ineludible para la jurisdicción establecer la relación causal eficiente entre esa eventual peligrosidad y la restricción. Para el sentenciador disidente esa conclusión la entiende en el análisis teleológico que hace de la Constitución de 1980, el cual desarrolla en 4 ideas centrales:

- a.- Concepción antropológica; el derecho gira en torno a la libertad y la igualdad humana;
- b.- La regulación del ejercicio de la autoridad; se debe eliminar toda posibilidad de absolutismo o despotismo;
- c.- Resguardo de la función jurisdiccional; la cual es una función esencial de la Institucionalidad chilena; y

---

d.- Protección especial de esa jurisdicción en relación a la libertad personal;

El Ministro Cerda realiza una explicación fundada en el texto constitucional y doctrina acerca de los argumentos ya reseñados, diría yo de manera magistral, por cuanto manteniendo una retórica coherente y académicamente elaborada, no debe olvidarse que estaba haciendo, aplicando el derecho, lo cual es un mérito adicional.

Así en este análisis que comprende todos los aspectos del Derecho Político, aplicados al Derecho Constitucional, le permiten llegar a formular un nuevo antecedente en su considerando 14), inédito en esta materia hasta ese momento, cual es que todos esos postulados que él califica como elementales del derecho político, se encuentran «reconocidos por la civilización en documentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos...» y «...la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre...» ahí alude directamente al artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que en él se reconoce a toda persona el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes, el cual debe ampararlos contra «actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley». Del mismo modo, el artículo XVIII de la Declaración Americana, reconoce y ampara que toda persona pueda ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos mediante un Procedimiento sencillo y breve, «por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

Esta es la primera vez que se constata la aplicación, en temas de derechos humanos, bajo la institución del artículo 24° transitorio, de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, como fundamento de resolución judicial.

Luego el fallo continúa con su relación, dando argumentos (considerando 15)) de «*a minori ad maius*» (de menor a mayor), en el sentido de que si a la autoridad le está vedado lo menos, con mayor razón le está vedado lo más, lo cual señala en relación a las normas que regulan los Estados de Excepción Constitucional, los cuales en materia de libertad personal son menos graves que el 24° transitorio, y sin embargo tienen un mayor control y regulación. Termina el fallo citando a los constituyentes, y al mismísimo Andrés Bello en relación a la interpretación jurídica y finaliza recordando el juramento de los jueces.

**2. El segundo fallo es el de la Excma. Corte Suprema de Chile, de 22 de octubre de 1984, que confirma el fallo apelado a la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de agosto de 1984**

Recorre de amparo Leopoldo Ortega Rodríguez y se amplía el amparo a favor de Jaime Inzunza Becker en contra de la medida que dispuso la expulsión del país, su prohibición de ingreso y el arresto. El fallo de primera instancia expresa en primer término que el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, cualquiera sea su situación, promulgado o publicado, sus disposiciones no pueden contrariar la Constitución, aludiendo en particular a la norma de la disposición 24º transitoria, luego no da lugar al recurso por improcedente.

Dicho fallo tiene el voto en contra del Ministro Paillás, quien estuvo por acoger el recurso, por cuanto el Tribunal, a su juicio tiene competencia para conocer del recurso, y a su vez debería ser acogido por cuanto el Ministro del Interior no explica en su informe las razones por las que se decretó la medida.

El Ministro Paillás da una interpretación directa al Decreto N° 778 de 30 de noviembre de 1976, por la cual se dispuso que se cumpla y se lleve a efecto como ley de la República, la resolución 2.200 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, suscrito por Chile en esa misma fecha, y alude en dicho considerando 3.- del voto disidente, al artículo 12 de dicho Pacto, el que dispone «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.»

Lo anterior lo conjuga con el derecho a la libertad personal, en su dimensión ambulatoria, consagrada en la Constitución, lo que a su juicio hace procedente el amparo.

Este voto disidente tiene un triple mérito; el primero es que hace vinculación directa

---

de un Pacto Internacional con la Constitución; es decir, lo reconoce y ampara en forma directa por vía de aplicación de un derecho protegido internacionalmente a través de la Constitución en su artículo 5 inciso 2°;

El segundo es que no sólo disintió en cuanto a la procedencia del recurso sino que además se pronuncia directamente sobre el fondo del mismo;

Y el tercer mérito es que hace una aplicación finalista de la Constitución, por cuanto hace aplicable el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos en circunstancias que dicho Pacto no había sido publicado para su entrada en vigor, aludiendo al mandato del Decreto N° 778 de 30 de noviembre de 1976, por el cual se dispuso que se cumpla y se lleve a efecto como ley de la República, interpretación que desde la perspectiva del formal resulta forzada, pero que con la perspectiva del tiempo y las circunstancias no lo es tanto, pues en aquella época no estaba en vigencia aún la Constitución.

La Corte Suprema, en el fallo de alzada, lo confirma, pero entra a pronunciarse y opinar acerca de la normativa interna que regula los Tratados para su vigencia, y en ello señala:

- A la magistratura sólo le corresponde aplicar los tratados internacionales vigentes en Chile;
- Que la materia se encuentra regulada por el Decreto Ley N° 247 de 31 de diciembre de 1973, y en ella se establece que sólo obligan y entran en vigencia, con la publicación del texto del tratado en el *Diario Oficial*;
- Que el Código Civil expresa cuándo entra en vigencia una ley, esto es, con su promulgación y publicación en el *Diario Oficial*
- Que por tener lo anterior una claridad tan meridiana y perentoria no cabe darle otra interpretación,
- Que con lo anterior se puede concluir que dicho Pacto carece de fuerza obligatoria en el país.

Entre los fundamentos de estas conclusiones, la Corte agrega, en su considerando 11) que, además, el destacado tratadista Santiago Benadava ha expresado que los

«tratados internacionales requieren de un acto expreso de incorporación para tener vigencia en el orden interno». Agregando finalmente en su considerando 12) que el propio Pacto en su artículo 2, párrafo 2 dispone que «Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.»

De esta forma, la Corte Suprema confirma el rechazo del Recurso de Amparo, pero tácitamente deja abierta la posibilidad de aplicar los Tratados, si estuvieren publicados y por ende, vigentes.

**3. El tercer fallo es el de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de octubre de 1986, cuya apelación fuera confirmada por la Excma. Corte Suprema en fallo de 20 de octubre de 1986**

En dicha acción se recurre de amparo a favor de Verónica De Negri Quintana, a quien se le impidió el ingreso al país por Decreto emanado en virtud de las facultades que confiere el artículo 24º transitorio de la Constitución. Dicho recurso se rechazó porque en el período que se vive, de conformidad a la disposición 13º transitoria y bajo el imperio del artículo 24º transitorio, no procede el recurso de amparo por cuanto están expresamente prohibidos los recursos y el amparo no puede quedar excluido de dicha restricción.

La anterior decisión contó con el voto en contra del Ministro Paillás, quien da los mismos fundamentos que en anterior fallo comentado.

**ANEXO**

Fallos obtenidos de la Revista *Fallos del Mes*, N° 310; 311; y 335.

Santiago, tres de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

VISTOS:

Se confirma la sentencia apelada de veintidós de agosto último, escrita a fojas 12.

Regístrese y devuélvase.

Sentencia (3º Sala) 3 de septiembre de 1984. Sres.: Luis Maldonado, Octavio Ramírez, Víctor M. Rivas, Eduardo Urzúa, Román de Amesti.

Rol 24.113. Benedicto Enrique Figueroa Puentes. Recurso de Amparo. Apelación. Criminal.

#### **RESOLUCIÓN CONFIRMADA:**

Santiago, veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que según consta del Decreto N°4.665 de 6 de julio último, que en copia rola a fojas 10, el fundamento jurídico de las medidas adoptadas respecto de Benedicto Enrique Figueroa Puentes, es el artículo transitorio vigésimo cuarto de la Constitución Política;

2º) Que de esos mismos antecedentes e informes de fs. 8 y 11, aparece que el mencionado Decreto N°4.665, sobre prohibición de ingreso al país, fue precedido por la correspondiente declaración del estado de perturbación de la paz interior, aparece firmado por el funcionario competente bajo la fórmula «por orden del Presidente de la República»; y, además, por él se aplica una de las medidas que la autoridad puede adoptar en uso de las facultades que el precepto aludido establece;

3º) Que, por lo expuesto, debe concluirse que la aludida prohibición fue dispuesta en virtud de lo prescrito en el artículo 24 transitorio de la Carta Fundamental, y con sujeción a los requisitos formales en él establecidos;

4º) Que pese a que, tradicionalmente en las Constituciones nacionales la facultad conservadora ha sido una de las esenciales de la jurisdicción, ante el texto expreso del artículo 24 transitorio inciso final, los Tribunales se encuentran impedidos de ejercitar esa facultad a través de los recursos de amparo y protección durante el período actual, que es aquel a que se refiere el artículo 13 transitorio de la Constitución;

5º) Que, en efecto, la letra de la última oración del tantas veces mencionado artículo transitorio reza «las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno»;

6º) Que no cabe duda que la Constitución considera al amparo como recurso, pues con ese término se refiere a él en el propio precepto que lo consagra -artículo 21- al

comienzo de su inciso tercero y también en el artículo 41, N°3, de manera que no corresponde asignar al vocablo «recurso» empleado en el inciso final del artículo 24 transitorio, un significado diferente que pueda excluir al amparo;

De acuerdo también con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara improcedente el recurso de amparo interpuesto a fs. 1, a favor de Benedicto Enrique Figueroa Puentes.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cerda, quien tuvo por declarar admisible la acción y por pronunciarse sobre su fondo, teniendo para ello presente:

1º) Que el conocimiento humano está regido por reglas naturales cuyo paulatino descubrimiento ha dado origen a la ya no tan reciente teoría del conocimiento, constantemente perfeccionada en centros intelectuales algo ignorados en nuestro medio.

El conocimiento de la ley no es ajeno a estas reglas, por cuanto la inicial percepción de su exterioridad puramente formal la muestra como continente de proposiciones necesariamente destinadas a la inteligencia y discernimiento humanos.

Esas percepción, inteligencia y discernimiento se han reunido, en el mundo jurídico, en el concepto de interpretación, que nuestro ordenamiento positivo recoge y regula explícitamente desde hace más de un siglo en el título Preliminar del Código Civil:

2º) Que el enunciado de la Constitución según el cual «las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno» no escapa a tales directivas, a cuya luz debe procurarse su mejor entendimiento que, en materia jurisdiccional, no es otro que el que tiende a aunar la verdad cognitiva con la justicia judicativa, de tal modo que, a un mismo tiempo, el resultado que se logre, sea el más justo - fin propio del juicio jurisdiccional - y el más verdadero - fin propio del conocimiento jurídico - o, si se quiere, sea el de la verdad justa o el de la justicia razonable;

3º) Que ese esfuerzo resulta aún más indispensable -como quedará de manifiesto más adelante - si se tiene en cuenta que entre los principios que presiden aquella normativa se cuenta aquel conforme al cual son de restrictiva interpretación y de muy estricta aplicación las disposiciones que, por motivos diversos, aparentan alterar el

---

normal tratamiento de las libertades y demás derechos individuales;

4º) Que corresponde encarar la intelección del precepto, con un análisis gramatical de tipo sintáctico.

No es difícil distinguir en él una oración declarativa o enunciativa constituida de dos elementos: un sujeto y un predicado.

Sujeto de esa oración son «las medidas que se adopten en virtud de esta disposición».

De ellas se predica que «no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de consideración ante la autoridad que las dispuso».

Interesa detenerse en el sujeto, que en este caso se dice complejo porque su núcleo es el sustantivo «medidas», que tiene como determinativos el resto de las voces: «las» y «que se adopten en virtud de esta disposición». La voz «medidas» ejerce, pues, una función sustantiva y las demás una función adjetiva que complementa al sustantivo.

«Que se adopten en virtud de esta disposición» es una oración subordinada adjetiva que especifica al núcleo «medidas» y en la que se distinguen:

- a) el pronombre relativo «que», el cual unido al artículo «las» que antecede al núcleo, hace de sujeto, y
- b) el predicado del núcleo: «se adopten en virtud de esta disposición».

A su vez, en este predicado de la oración subordinada adjetiva se tiene:

- a) la cópula verbal «se adopten»,
- b) el modo adverbial «en virtud de», y
- c) el complemento «esta disposición»,

Modo o locución adverbial es un conjunto de palabras que hacen oficio de adverbio, esto es, calificar o determinar la significación -en este caso- de la cópula verbal «se adopten». No toda medida que se adopte está en la mira de la proposición en análisis, sino aquellas determinadas por el modo adverbial «en virtud de».

El ser adoptadas «en virtud de», es lo que hace que las medidas sean sujeto del predicado negativo «no serán susceptibles...».

Es indispensable entonces precisar el significado y alcance de esa determinación adverbial, lo que condice ya con un análisis gramatical de tipo semántico;

5º) Que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el modo adverbial «en virtud de», significa «en fuerza, a consecuencia o por resultado de».

Siguiendo la misma fuente:

- «en fuerza» es igual a «a causa de», y
- «a consecuencia de» es igual a «por efecto de».

Causa dicese de «lo que se considera como fundamento u origen de algo», del «motivo o razón para obrar».

Efecto, de «lo que se sigue por virtud de una causa», del «fin para que se hace una cosa»;

6º) Que por otra parte, la voz «disposición» evoca la de precepto, mandato, orden, regla.

La expresión escrita -articulado- no es sino la representación externa del discurso. El texto no es más que la formalización de lo preceptuado, de la materia que se impone u ordena. Es el continente del mandato o regla, que deviene su contenido.

Cuando el artículo 24 transitorio habla de «esta disposición», se refiere a los contenidos, materias, preceptos, mandatos, órdenes o reglas que hacen su ratio juris;

7º) Que los términos «en virtud de esta disposición» quieren decir, entonces, con fundamento u origen en los preceptos del artículo en comento; por motivo, razón o causa de los mandatos de ese texto.

Ahora bien, la causalidad jurídica jamás es necesaria -como la de las leyes físicas- porque tiene como fundamento, origen o razón, datos o premisas inciertas u opinables. Por eso es que al derecho incumbe la lógica deóntica o del deber ser.

---

El fundamento, razón o causa de las medidas del artículo 24 es genérico o específico.

El fundamento genérico está expresado en el inciso primero y sustenta aquellas medidas que no tienen señalada causalidad determinada.

El específico se indica en algunos de sus acápites, verbi gracia, letra c): el hecho de propagarse las doctrinas aludidas en el artículo 8 de la Carta Fundamental, el estarse sindicado o tenerse reputación de ser activista de tales doctrinas, el de realizarse actos contrarios a los intereses de Chile, y el de constituir un peligro para la paz interior.

Una medida de prohibición de ingreso al país se habrá adoptado en virtud de «la disposición» que contiene el artículo 24 transitorio sólo cuando tenga su razón o su causa eficiente en alguno o algunos de esos hechos, pues única y exclusivamente entonces será consecuencia, efecto o resultado lógico del precepto;

8º) Que en cuanto al predicado de nuestro discurso constitucional, valga retener el sentido de la voz «susceptible», que no es otro que el de admitir modificación.

Ser susceptible equivale aquí a ser modificable. En negativo, a no ser modificable.

El predicado «no serán susceptibles de recurso alguno...» apunta entonces a la inalterabilidad por vía de recursos;

9º) Que de esa forma, el análisis gramatical, sintáctico y semántico, desemboca en la plena claridad del sentido de la ley constitucional, que impide desatender su tenor literal, conforme al mandato del artículo 19 inciso 1º del Código Civil.

La medida de prohibición de ingreso al territorio nacional dispuesta a través de un decreto como el de fs. 10, no será modificable en sede de amparo cuando tenga por causa eficiente alguno de los fundamentos fácticos que hacen a la norma que se invoca como su antecedente jurídico.

Es esencial, entonces, constatar la correspondencia o concordancia entre la medida y el contenido normativo en que se la apoya, constatación que ha de efectuarse necesariamente en el ámbito de una acción protectora de los derechos humanos, como aquella que aquí se ha intentado, si no se quiere ser infiel al claro sentido del precepto

examinado.

En la especie, el decreto exento de fs. 10 prohíbe el ingreso del amparado al territorio nacional por constituir «un peligro para la paz interior del país».

A juicio del disidente y como fruto de las reflexiones anteriores es ineludible para la jurisdicción establecer la relación causal eficiente entre esa eventual peligrosidad y la restricción. Si el Tribunal se convence de su concurrencia, la medida no será modificable; caso contrario, nada se opone o impide alterarla:

10) Que si tal inteligencia no fuera la correcta, habría que entender que el sentido de la norma que nos ocupa no es claro.

En semejante hipótesis, el inciso segundo del artículo 19 del Código civil, permite pesquisar su intención o espíritu, que puede estar manifestado claramente en la misma Constitución o en la historia fidedigna de su establecimiento;

11) Que el análisis teleológico de la Constitución Política de 1980 obedece al recurso «a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma», a condición de ser una búsqueda objetiva del afán de la voluntad soberana por formalizar principios de derechos preexistentes a su formulación y no del querer de persona o personas determinadas.

La intención y espíritu del constituyente diríanse puritanos en nuestra materia.

Se expondrán sobre la base de cuatro ideas centrales:

- a) concepción antropológica, en la que el derecho gira en torno a la libertad y la igualdad humanas,
- b) regulación del ejercicio de la autoridad, que elimina toda posibilidad de absolutismo o despotismo,
- c) resguardo específico de la jurisdicción como función esencial de la institucionalidad chilena, y
- d) protección muy especial de esa jurisdicción en lo relativo a la libertad personal,

12) Que la visión antropológica coge al hombre en su realidad social -*zoon politikon*- y levanta el andamiaje jurídico cimentado en la libertad y la igualdad -*dikaion*

---

*politicon-*.

Fluye particularmente de los artículos 1 y 19 N°s 2, 3 y 7.

En el primero se recoge una verdad universalmente admitida por emanar de la naturaleza misma de las cosas: «Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

Es por ello que «el Estado está al servicio de la persona humana», su finalidad es la de promover el bien común, para lo cual «debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece»(artículo 1, inciso 4°).

Y es también por ello que el Estado se hace un deber «asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional» (artículo 1, inciso 5°).

En el artículo 19, la Ley Primera reconoce «a todas las personas» la igualdad ante la Ley (N°2 inciso 1°), la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (N° 3 inciso 1°) y el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, con especiales resguardos (N°7);

13) Que la regulación del ejercicio de la autoridad emana principalmente de los artículos 5, 6, inciso 1°, 7, incisos 1° y 2°, 19, N°2 inciso 2°, 19 N°s 26, 20, 24, inciso 2° y 38, inciso 2°.

El artículo 5 limita el ejercicio de la soberanía al respecto a «los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana».

Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (artículo 6 inciso 1°), actúan válidamente dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (artículo 7, inciso 1°), sin que magistratura alguna, persona ni grupo de personas pueden atribuirse, aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por la Constitución o las leyes (artículo 7, inciso 2°).

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (artículo 19, N°2, inciso 2º).

Toda persona recibe la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, «no podrán afectar los derechos en su esencia», ni imponer condiciones o requisitos «que impidan su libre ejercicio», exceptuándose las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la Constitución contempla, una de las cuales podría ser el artículo 24 transitorio, según sea el resultado a que arriben los presentes desarrollos.

La privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de la gran mayoría de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, faculta para ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva a fin de que adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado (artículo 20, inciso 1º).

La autoridad del Presidente de la República como Jefe del Estado está sujeta al «acuerdo con la Constitución y las leyes» (artículo 24, inciso 2º).

Y cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración, podrá reclamar ante los tribunales contenciosos administrativos que determine la ley (artículo 38, inciso 2º);

14) Que el resguardo específico de la jurisdicción como función esencia de la institucionalidad chilena está consagrado en el N°3, inciso 5 y en el N°14 del artículo 19, así como en el 73.

El artículo 19 N°14 consagra a toda persona el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado.

Tratándose de los tribunales establecidos por la ley, una vez reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión (artículo 73, inciso 2º).

La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer

ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley y ni el Presidente de la República ni el Congreso, en caso alguno, pueden ejercer funciones judiciales (artículo 73, inciso 1°).

En cuanto a la forma de reclamar la intervención jurisdiccional, el artículo 19 N°3, inciso 5°, encomienda al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento, pues en un proceso previo legalmente tramitado habrá de fundarse toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción.

Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República (artículo 74, inciso 1°).

Según el artículo 5° transitorio, esta ley orgánica es el Código Orgánico de Tribunales, cuyo artículo N°4, letra c) entrega a las Cortes de Apelaciones el conocimiento de los amparos.

Una tal reverencia a la jurisdicción no viene sino a ratificar en nuestro medio la vigencia de postulados elementales del derecho político, reconocidos por la civilización en documentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada el mismo año en la Novena Conferencia Internacional Americana.

El artículo 8 de la primera reconoce a toda persona el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes, «que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley». El artículo XVIII de la segunda sostiene que toda persona puede ocurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos mediante un procedimiento sencillo y breve «por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente»;

15) Que la protección especialísima de la jurisdicción relativa a la libertad personal, se encuentra en los artículos 21, 40 N°s 1 y 2 y 41 N°s 4 y 5 de la Carta Fundamental.

El artículo 21 reconoce la acción de amparo a toda persona que ilegalmente sufra

cualquiera privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La magistratura competente -una Corte de Apelaciones, como se dijo en el considerando anterior-, una vez instruida de los antecedentes, dictará las medidas que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

No obstante la gravedad extrema de las circunstancias que pueden justificar un Estado de Asamblea (guerra externa, artículo 40 N°1) y uno de Sitio (guerra interna o conmoción interior, artículo 40 N°2), la Constitución de 1980 mantuvo el amparo respecto de medidas originadas en ellos, con las restricciones que establece el N°3 del artículo 41, consistentes en que la acción deberá ser desestimada por improcedente cuando, conocido el recurso, la Corte comprueba que:

- a) la medida que lo motiva emana de autoridad competente, y
- b) esa medida ha sido adoptada con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la Ley.

Si concurren esas condiciones y si, además, se acredita que la autoridad ha actuado en el ejercicio de sus facultades, el Tribunal no podrá calificar los fundamentos de hecho de la medida.

La sola lectura de las circunstancias generadoras del estado excepcional a que se refiere la disposición 24 transitoria -producción de actos de violencia destinados a alterar el orden público, o peligro de perturbación de la paz interior-, permite concluir que son de gravedad considerablemente inferior a las conducentes a los antes mencionados, Estados de Asamblea y de Sitio.

Por lo que si en estos últimos la Constitución conserva el amparo, no se ve cómo podría interpretarse que lo suprime en aquel otro, pues *Qui potest plus, potest minus*, argumento éste a *maiori ad minus* imposible de soslayar según el disidente.

Por otra parte, las medidas relativas a la libertad personal que los N°s 4 y 5 del artículo 41 de la Carta de 1980 permiten decretar en estados de emergencia y de catástrofe, son ostensiblemente menos graves que las que faculta el 24 transitorio en sus letras a), c) y d), pues en aquellos no procede, como en éste, el arresto, la expulsión del territorio nacional, y la permanencia obligada en localidades urbanas.

---

La Constitución no dispuso traba alguna al amparo motivado en medidas dictadas en razón de los nombrados estados de emergencia y de catástrofe, sujetando al Presidente de la República al control jurisdiccional absoluto a sus respectivos.

Pero la intención del constituyente fue más allá en cuanto a este control, toda vez que sometió al Jefe del Estado a la obligación de «informar al Congreso» de las medidas asumidas en estados de emergencia y de catástrofe (artículo 41 N°6, inciso 2°), obligación expresamente mantenida en la actualidad por el artículo 21 transitorio, letra b), inciso 1°, que exige que ese informe obligatorio se efectúe por el Presidente de la República la Junta de Gobierno.

De donde se deduce que conforme a un argumento a *minori ad maius*, también difícil de eludir, si a la autoridad le está vedado lo menos (adopción de medidas menos graves sin fiscalización jurisdiccional), con mayor razón le está vedado lo más (adopción de medidas considerablemente más graves, sin control alguno):

16) Que de lo expresado en los cinco motivos que anteceden, se desprende que el recurso al elemento teleológico, es de decir, a la intención o espíritu soberanos claramente manifestados en la misma Carta Primera, arroja como resultado el que, en lo que al presente asunto atañe, el fin perseguido en ella no ha sido otro que el de resguardar, a todo trance, la libertad personal frente a cualquier acto de tercero, provenga o no de una autoridad, entregando a la jurisdicción plenos poderes para hacer eficaces sus premisas iniciales, según las cuales «los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos» y «el Estado está al servicio de la persona humana».

De donde se desprende que la eventual duda anotada en el razonamiento décimo de este voto y que legitimó esta indagación teleológica, se resuelve a favor de la hipótesis conforme a la cual la no susceptibilidad de recurso alguno a que se refiere la parte final del artículo 24 transitorio, sólo alcanza a las medidas que el Tribunal, conociendo del amparo, compruebe han sido adoptadas con racional fundamento en uno o más de los presupuestos que fluyen de su texto, en la especie, en la peligrosidad de su letra c);

17) Que como se adelantó en la motivación décima, la intención o espíritu soberanos también pueden manifestarse en la historia fidedigna del establecimiento de la normativa constitucional de 1980.

Lo *ocassio legis* o elemento histórico de la ley mira al estado de derecho existente sobre la materia en la época de su elaboración y a los antecedentes que, entonces, tomó en cuenta el legislador.

Tales tópicos fluyen nítidamente de las discusiones tenidas por los señores constituyentes al preceptuar sobre las garantías personales, sobre su resguardo y sobre los estados de excepción constitucional.

En efecto, según consta de las Actas pertinentes, al menos cuatro criterios básicos -entre otros que no vienen al caso- es aconsejable subrayar:

a) En la sesión N°212 de la Comisión Constituyente, celebrada el 19 de mayo de 1976, el señor Evans propuso el axioma conforme al cual «la fuente de restricción o de limitación de garantías constitucionales sólo puede estar en la Constitución» (página 10), el que los señores comisionados recogieron doblemente en el proyecto relativo a los entonces denominados «Casos de Emergencia», pues en el primero de sus artículos sentaron que «los derechos y garantías que esta Constitución asegura a todas las personas, sólo pueden ser afectados en los casos de emergencia que contemplan los artículos siguientes», y en el último afirmaron que «fuera de los caos previstos en los artículos anteriores, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las garantías constitucionales» (Anexo a la sesión 220, páginas 25 y 26).

El primero pasó a encabezar el articulado del Acta Constitucional N°4, sobre «Regímenes de Emergencia», de 11 de septiembre de 1976, cuyas motivaciones quinta y sexta advierten que tales suspensiones o restricciones debe «guardar proporción con la gravedad de la emergencia de que se trata, para no imponerlas sino en la medida en que resulten estrictamente necesarias para la supervivencia de la soberanía, la integridad territorial, el ordenamiento institucional y la normalidad de la vida nacional», pues «el rango y jerarquía de los derechos que es preciso suspender o restringir exige rodearlos de especiales garantías en resguardo de la seguridad jurídica, debiendo señalarse las condiciones que hacen procedente en cada circunstancia su limitación». Fue el criterio, por lo demás, que tuvo la Comisión del Código de Seguridad Nacional, que elaboró el anteproyecto correspondiente, según lo manifestado por el Presidente señor Ortúzar en la sesión N°218 de la Constituyente (páginas 7 y 8). En la Constitución de 1980, el mismo principio está consagrado en el artículo 39.

El segundo de los artículos propuestos inicialmente por la Comisión, pasó a ser, a

la postre y aunque con matices, el 19 N°26, inciso 1°, de la actual Constitución.

No está de más observar que las referencias al contenido del Acta Constitucional N°4 adquieren toda su fuerza si se considera que, como quedó establecido en las sesiones N°s 217 y 227 de la Comisión Constituyente, de primero y treinta de junio, respectivamente, su normativa fue en ella concebida como la que, en el texto definitivo, constituiría el capítulo sobre los llamados Regímenes de Emergencia.

b) Sentado ese principio elemental relativo a la restricción o limitación de las garantías constitucionales, vino aquel otro según el cual «la regulación, complementación o interpretación de las garantías que asegura la Constitución corresponde exclusivamente al ámbito de la ley», del que es corolario aquel otro que dice «por lo tanto, ni el poder administrador ni ningún otro Poder Público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional», de los que se dejó expresa constancia, a petición del mismo señor Evans, en la sesión N°212 ya referida (página 10).

c) En tercer término, se recordó por el señor Silva Bascañán que «toda restricción de la libertad establecida debe interpretarse restrictivamente y de manera exclusiva en relación con la finalidad específica con que se ha dictado el precepto y no con otra inspiración» (sesión N°212, página 7), regla interpretativa que no se escribió por estimársela implícita en el ordenamiento jurídico y sobre la que en la sesión N°217 volvió indirectamente el señor Ovalle, al exponer que lo que compete al constituyente es velar porque durante la vigencia de los «estados de excepción, las garantías que consagrado estén definitivamente salvaguardadas, en el sentido de que las limitaciones que se impongan sean, precisamente, aquellas que se establecen y no otras, y no vayan más allá; porque yendo más allá, significarían la destrucción de todo el sistema de protección que la Constitución establece» (página 31), y

d) Por último, como resguardo esencial, se coronó la preceptiva con una disposición de carácter general, originalmente propuesta por el comisionado señor Evans en estos términos: «Nadie puede hacer valer los preceptos de la Constitución para vulnerar los derechos y libertades que ella reconoce ni para justificar cualquier tentativa, acción y omisión destinados, directa e (sic) indirectamente, a desconocerlos o infringirlos» (sesión N°212, pág. 2), precisando su autor que el mandato «no está destinado sólo a los gobernados sino también a los gobernantes. Nadie puede hacer valer los preceptos de la Constitución para infringir las garantías constitucionales implica también decirle al

Poder Ejecutivo: aunque tenga atribuciones constitucionales en tales o cuales campos, o usted, Congreso, o usted, legislador, o usted, Poder Judicial, o usted, Poder contralor, no podrá vulnerar las garantías constitucionales asilándose en preceptos de la Constitución» (sesión N°212, página 11). El presidente señor Ortúzar acotó que lo que se trata de no vulnerar son «los conceptos esenciales del Estado de Derecho...» (página 12), idea que agradó al señor Evans y lo llevó a insinuar una nueva redacción (página 12), que con leves modificaciones, fue aprobada en la sesión N°214, de 25 de mayo de 1976: «Nadie puede invocar los preceptos de la Constitución para vulnerar los derechos y libertades que ella conoce ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen republicano y democrático representativo» (página 3). El texto fue casi integralmente reproducido como artículo 11 en el Acta Constitucional N°3, cuya motivación undécima lo destacó precisamente como un resguardo para el ordenamiento jurídico.

18) Que los criterios básicos recién expuestos indican que, supuesta la obscuridad acotada en el razonamiento décimo de esta disidencia, que autoriza el recurso a la *ocassio legis*, el precepto del artículo 24 transitorio ha de ser interpretado restrictivamente.

Ello concuerda con el dogma enunciado en el motivo tercero que precede.

Y no podía ser menos en un país cuyo historial está sembrado de ejemplificadores esfuerzos por amparar los derechos de sus hombres, empeños cuya enumeración aquí sería pretencioso intentar pero que, indiscutiblemente, han conformado una tradición jurídica de la que el fallador no debe desentenderse.

19) El discurso constitucional tantas veces aludido es parte de una disposición -el artículo 24 transitorio- que le sirve de contexto y sin la cual no podría ser entendido.

Conforme a una elemental norma del conocimiento que don Andrés Bello recogió en el artículo 22 inciso 1º del Código Civil, el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Es el llamado elemento lógico de la interpretación jurídica, que impide buscar el sentido de una proposición en su suficiencia lingüística, independiente e individualmente considerada, como quien atiende sólo a una frase, a un inciso o a un fragmento, separándolos del resto del articulado en el que se enmarcan.

Por el contrario, el elemento lógico ofrece el sentido de la ley en su contenido total.

Y en el artículo que aquí preocupa, dos contenidos específicos merecen ser destacados en este aspecto, porque en criterio del disidente ilustran sobre su sentido;

20) Que el primero de esos contenidos está inserto en la frase inicial: «Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y siguientes sobre estados de excepción que contempla esta Constitución.

Sin perjuicio significa «dejando a salvo» o «sin que obste a», lo que quiere decir que cuanto se sostuvo en el considerando decimoquinto de este voto tiene plena aplicación tratándose de amparos intentados respecto de medidas causadas en el artículo vigesimocuarto transitorio.

La «debida correspondencia» mencionada en el artículo 22, inciso 1º, del Código de Bello es la conformidad entre dos cosas, en este caso, entre las frases inicial y final de la disposición en análisis.

No se daría tal conformidad si se concluyera que el epílogo del artículo 24 transitorio conlleva la inexistencia o inadmisibilidad de la acción de amparo. Porque con ello se haría caso omiso de la general procedencia del derecho ciudadano al amparo, que los artículos 39 y siguientes de la Carta Magna ni siquiera eliminan en las más extremas situaciones de excepción;

21) Que el segundo de los contenidos anunciados en el motivo decimonoveno, es el relativo a la voz «facultades».

Al término del inciso primero del artículo 24 transitorio, se lee que una vez declarado el estado de excepción a que se refiere, el Presidente de la República tendrá «las siguientes facultades».

Al comenzar el inciso final del mismo texto, se expresa que «las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá...» el Jefe de Estado mediante decreto supremo con determinadas formalidades.

En derecho la palabra facultad apunta a la de potencia, actuación en ciernes, deber ser previsto para un acto; la facultad habilita para actuar *-habilitates al agendum-* y

difiere de la voz poder o potestad en cuanto éstas no suponen un elemento potenciador o habilitante.

La disposición en estudio entrega a la autoridad facultades que ésta «ejerce» y no potestades o poderes.

La facultad se ejerce propiamente cuando se actúa la potencialidad o deber ser. La medida que se adopta es aquí la entelequia de la facultad.

De lo que se sigue que para que la medida se entienda adoptada «en virtud de esta disposición», habrá de corresponder al ejercicio de la facultad, cuestión esencial que sólo podrá saberse en la sede jurisdiccional correspondiente.

Esa es, a juicio del disidente, la única interpretación lógica capaz de armonizar la última frase del artículo 24 transitorio con el contexto en el que se ubica;

22) Que, lo que viene de sostenerse da paso a otro aspecto de la interpretación que aquí se intenta y que mira al sistema general de la legislación chilena, cual es el de la revisión del ejercicio de las antedichas facultades por parte de órganos de la administración distintos del que las ejercita.

El inciso segundo del artículo 22 del Código Civil permite ilustrar los pasajes oscuros de un precepto por medio de otras normas, particularmente -no exclusivamente- si éstas versan sobre el mismo asunto.

Continuando en el supuesto de obscuridad que planteó en el fundamento décimo, el recurso a otras leyes de nuestro sistema -entendiendo la voz «ley» no como individualidad formal sino como mandato soberano- es ilustrativo respecto de la fiscalización recíproca entre los órganos del Estado.

La clara intención del constituyente de regular el ejercicio de la autoridad -ya analizada en el razonamiento decimotercero- dio paso a la llamada heterotutela, unánimemente aceptada por la doctrina y consagrada, a más de los artículos 20 y 21 de la Constitución de 1980, en normas tales como sus artículos 32 N°15, 48, 49 N°1 y 80.

Conforme a ella y en lo que hace al asunto sub-judice, la administración no puede juzgar de la corrección jurídica de sus propios actos, función que compete al órgano

jurisdiccional, especialmente cuando tales actos conciernen a los derechos de las personas.

No obsta a la heterotutela la calidad de discrecional con que el ordenamiento puede revestir la actuación del administrador, puesto que siendo discrecional lo «que se hace libre y prudencialmente», a los jueces empecé la medición del grado de «discernimiento y buen juicio» de la actuación, que no otra cosa es la prudencial.

A la luz del elemento sistemático de la interpretación, la frase final de la disposición vigesimocuarta transitoria no admite comprensión distinta de aquella a que se arribó en el considerando noveno de este voto:

23) Que, del mismo modo, la perspectiva sistemática trae a la mente una de las características consubstanciales a la jurisdicción, cual es la de su indivisibilidad.

Quedó dicho que, reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad (artículo 73 inciso 2° de la Constitución).

La doctrina sostiene unánimemente que para que ese reclamo o requerimiento se considere hecho «en forma legal», empecé al Tribunal la constatación de la concurrencia de las «condiciones de ejercicio de la acción», que son fundamentalmente dos: la existencia de una pretensión, y el habérsela ejercitado con sujeción a las formalidades exigidas por la ley.

Si se cumplen esas condiciones y si, además, el tribunal es competente, surge *ipso jure* la inexcusabilidad de ejercer su autoridad.

Y esta autoridad supone una inescindible tarea aprehensiva, judicativa y ejecutiva -conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 73 inciso 1° de la carta)- de manera tal que el juez conoce para juzgar y su juicio se apoya, por la naturaleza misma de las cosas, en el discernimiento que sólo ese conocimiento previo habilita.

En su artículo 21 de la Constitución quiso explicitar esta dualidad conocimiento-juzgamiento, al prescribir que «Instruida de los antecedentes», la magistratura decidirá como proceda en derecho, exigencia que extendió incluso al llamado amparo «preventivo», al disponer en el inciso tercero que éste operará «en igual forma».

En la especie nadie podría dudar que la acción deducida a fs. 5, reúne las condiciones de ejercicio a que se aludió.

Menos podría objetarse la competencia de esta Corte, en presencia de la regla del artículo 63 N°4 letra c) del Código Orgánico de Tribunales.

Siendo así, el disidente cree que el tribunal no puede excusarse de ejercer su autoridad, sin violar el sistema que viene de recordarse y que ilustra considerablemente la interpretación de la frase final del consabido artículo 24 transitorio;

24) Que, para este sentenciador resulta imposible declarar inadmisibile la acción de amparo porque, en su concepto, ello implica prescindir de los enunciados antes expuestos, los que además, traducen el espíritu general de la legislación y -por si fuere poco- la equidad natural, últimos padrones de la interpretación del derecho (artículo 24 del Código Civil).

Está convencido que de no obrar así contribuiría a un retroceso del saber jurídico, que no merece la sociedad chilena ni se compadece con una jurisdicción exponente de un derecho siempre vivo.

Piensa que ya pertenece tanto a la ética como al teleos, a la lógica, a la historia, al sistema y al lenguaje jurídicos, la idea de un derecho cancerbero de la libertad.

Cree que la inadmisibilidad en cuestión conlleva un desconocimiento de ese acervo e involucra una renegación de los atributos de las personas, de la cultura, de la jurisdicción y de la civilización en que nuestro derecho se inspira.

Teme, por último, que el obrar de otra manera implique una abjuración por no «guardar -conservar, cuidar, vigilar, preservar- la Constitución y las leyes de la República», que es aquello a que se obligó solemnemente al asumir el cargo y que el «Dios Nuestro Señor -dueño y modelo de la libertad- y los Santos Evangelios» permanentemente le demandan (artículo 304 del Código Orgánico de Tribunales).

Archívese.

Redacción del Ministro don Ricardo Gálvez Blanco y del voto su autor.

---

N° 995-84

Fdo.: Ricardo Gálvez, Arnoldo Dreyse, Carlos Cerda Fernández.

2.

Santiago, veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Vistos:

Se eliminan los fundamentos primero y cuarto de la sentencia en alzada y se tiene, además presente:

1º) Que el agravio que se invoca en contra de lo resuelto en dicha sentencia, consiste en sostener, en síntesis, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles, en adelante referido como «El Pacto» estaría incorporado a nuestro derecho interno en virtud de haber sido ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, encontrarse él en vigencia internacional desde el 23 de marzo de 1976 y haber sido promulgado como Ley de la República por Decreto Supremo N°778, de 30 de noviembre de 1976, todo lo cual consta de autos, no siendo óbice para su vigencia interna que este último Decreto no haya sido publicado en el Diario oficial.

En apoyo de esta tesis, se invoca lo resuelto por este Tribunal en el fallo de 28 de marzo de 1984, al pronunciarse respecto del caso de Jorge Palma y otros, sobre Consejos de Guerra en Tiempo de Paz, Rol N°23.593, y la opinión vertida por el profesor don Hugo Rosende Subiabre, en su obra «Promulgación y Publicación de la ley». En razón de atribuir al Pacto vigencia de ley en Chile, se aduce que el Decreto Supremo Exento N°263, de 6 de marzo de 1984, por el cual se expulsó del país al amparado, sería contrario a lo dispuesto en el artículo 12 párrafo 4 del Pacto, debiendo primar este precepto sobre el artículo 24 transitorio de la Constitución, en el que se funda el decreto de expulsión, por cuanto dicho Pacto incorporó a nuestra legislación interna una norma permanente de orden constitucional que tal disposición transitoria no podría derogar tácitamente;

2º) Que para la decisión del recurso reviste, pues, importancia determinante el establecer cuál es la normativa que gobierna la incorporación a nuestro derecho interno del Pacto y, en general, de las normas internacionales;

3º) Que salvo excepciones, en que los tribunales son remitidos por la ley a aplicar las normas del Derecho Internacional, cual ocurre, por ejemplo, con lo dispuesto en la parte final del N°2 del artículo 647 del Código de Procedimiento Penal, en todos los demás casos, que desde luego incluyen el previsto en la primera parte del propio numeral citado de aquel mismo precepto, a la Judicatura sólo le está autorizado aplicar las disposiciones de los tratados internacionales vigentes en Chile, esto es, de aquellos que, teniendo atinencia a la materia, están provistos en el país de fuerza obligatoria;

4º) Que, a diferencia de lo ocurrido bajo el Decreto Supremo N° 132, de 21 de junio de 1926, que sólo se ocupó de la promulgación de los tratados internacionales y que, por ende, dio lugar a que se suscitara cuestiones acerca de la necesidad de su publicación y otras que no viene al caso mencionar, la materia se encuentra reglada hoy por la concluyente normativa dispuesta por el Decreto Ley N° 247 de 31 de diciembre de 1973.

Ciñendo la cita a lo que este decreto ley previene respecto del fundamento del recurso, corresponde señalar que el artículo 5 dispone que luego de haberse efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, «el tratado internacional deberá ser promulgado por decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que tanto dicho decreto supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial»;

5º) Que la letra de la parte transcrita del precepto citado deja de manifiesto que ella fue dictada en estricta observancia de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código Civil.

Señala el primero: «La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen».

El inciso primero del artículo 7 establece: «La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria»;

6º) Que en virtud de poseer la letra de estos preceptos una claridad tan meridiana como perentoria, no está admitido por el artículo 19 del Código Civil recurrir a otros elementos de interpretación, para concluir: a) que en tanto la ley no sea publicada en el Diario Oficial, ella carece de fuerza obligatoria; b) que sólo estará revestida de dicha

fuerza desde la fecha en que tal publicación tenga lugar (no interesando ocuparse, para los efectos de este fallo, de las otras posibilidades que la propia ley puede consultar, tanto respecto del medio de su publicación, como de la fecha o fechas de su entrada en vigencia, acorde a las alternativas que consulta el inciso 3° del artículo 7 del mismo Código); y c) que, en virtud de exigir el artículo 5° Del Decreto Ley N°247 que los decretos supremos que ordenen el cumplimiento de un tratado internacional como ley de la República sean publicados en el Diario oficial, publicación que deberá incluir su texto, no cabe atribuir a tal exigencia un mérito distinto que al que a la publicación de la ley asignan los citados preceptos del Código Civil para determinar su obligación;

7°) Que habiéndose llegado a este punto y encontrándose establecido en autos que ni el decreto promulgador del Pacto que ordenó cumplirlo como Ley de la República, ni el texto del mismo han sido hasta la fecha publicados en el Diario Oficial, es fundado concluir que dicho Pacto carece de fuerza obligatoria en Chile, al igual que, en idéntica situación, carecerla de ella una ley promulgada pero no publicada;

8°) Que, con todo atendida la importancia del asunto, la Corte estima del caso ponderar el valor de los otros argumentos que aduce en su defensa el recurrente.

El primero, según se ha dicho, consiste en sostener que la conclusión expresada estaría en contradicción con lo resuelto por esta Corte el 28 de marzo de 1984, al pronunciarse sobre el recurso de inaplicabilidad deducido por Jorge Palma y otros (Rol N° 23.593) en contra del Decreto Ley N°3.655, pues en dicho fallo se habría decidido que la publicación de una ley no constituiría una condición de su vigencia.

Para desestimar esta inteligencia de lo entonces fallado, corresponde señalar que, luego de haberse dado por establecido en el considerando primero de aquella sentencia que el referido Decreto Ley N°3.655 fue promulgado antes de la entrada a regir de la Constitución Política de 1980, en el considerando 3° esta Corte concluyó: «Como el Decreto Ley 3.655 no se encontraba vigente al momento de regir el artículo 5 transitorio, sino solamente aprobado y aún sin fuerza legal obligatoria, conservaba su carácter de ley ordinaria y no le afectaba, por tanto, el artículo 74 de la Constitución Política, precepto que, por lo demás, no tiene efecto retroactivo. Los razonamientos anteriores no permiten la aceptación de este capítulo de inaplicabilidad».

La citada transcrita demuestra, pues, que esta Corte no sostuvo entonces aquello que le atribuye el recurrente, sino cabalmente lo contrario, esto es, que en virtud de no

haberse encontrado publicado el Decreto Ley N°3.655, mas sólo promulgado a la fecha de entrar en vigencia el artículo 74 de la Constitución Política de 1980, aquel decreto ley carecía de fuerza obligatoria, siguiéndose de ello que no correspondía aplicar lo prescrito en el artículo 5 transitorio de la misma Constitución respecto de «las leyes actualmente en vigor»;

9º) Que el recurrente también invoca en su apoyo la opinión favorable a su tesis que atribuye al profesor Rosende Subiabre, en la obra antes nombrada.

Al respecto, corresponde señalar que está admitido que la opinión de los tratadistas, no importa cuán ilustrados ellos sean, no constituye sino un medio auxiliar para interpretar la ley en aquellos casos en que las reglas de hermenéutica señaladas en el artículo 19 a 24 del Código Civil y, en especial, la que asigna primacía a la claridad del texto, no fueren suficientes para determinar su sentido.

Recordado lo anterior y lo expresado en los considerandos precedentes, bien cabría, por consiguiente, prescindir de pronunciarse sobre la alegación del recurrente en este punto;

10) Que, sin embargo, este Tribunal estima pertinente señalar el error en que incurre al efectuarse tal atribución.

En efecto en las páginas 133 y siguientes de su obra nombrada -cuales son las referidas por el recurrente- el autor trata de las cuestiones que plantea la falta de promulgación por el Ejecutivo de una ley ya aprobada por el Legislativo.

No es ésta la situación que atañe al fallo del recurso, pues se encuentra establecido en autos que el Pacto fue promulgado. Por consiguiente, de lo único que en rigor interesa ocuparse en doctrina consiste en determinar si el autor sustenta, en efecto, la opinión de que una ley promulgada pero no publicada está revestida en Chile de poder obligatorio, pues sólo en tal caso existiría la debida correspondencia entre aquella opinión y los hechos de autos.

El autor se ocupa de tal precisa cuestión en las páginas finales de su obra, formulando al respecto la siguiente opinión: «El principio que venimos estudiando, según el cual la publicación afecta a la oponibilidad de los actos jurídicos, parece ser de una aplicación mucho más constante y regular en el derecho privado que en el derecho

público. En efecto, en derecho público la falta de publicidad acarrea siempre la inoponibilidad absoluta del acto».

Esta opinión es recogida en una de las conclusiones finales del autor, al decir; «5.- La publicación sólo mira a la eficacia de la ley. Su efecto propio es originar una presunción irrefragable desconocimiento del acto y, de este modo, determinar el momento en que llegará a ser regularmente oponible. Produciendo este efecto, ella desempeña el papel de un plazo suspensivo del cual depende la obligatoriedad de la ley y, en general, la inoponibilidad de un acto»;

11) Que el último fundamento del agravio consiste en sustentar que no siendo admisible que el Poder Ejecutivo pueda excusarse de cumplir las obligaciones que asumió al suscribir, ratificar y promulgar el Pacto a pretexto de no haberse procedido a su publicación por un funcionario de su dependencia, cual es el que dirige el *Diario Oficial*, dicho Pacto posee automática vigencia en Chile.

A tal respecto, procede reiterar lo expresado sobre el particular en el considerando 3° de este fallo.

Por otra parte, lo allí concluido del todo se conforma con la Jurisprudencia sentada por esta Corte en la materia; para establecer lo cual sin recurrir a numerosas citas, parece bastante reproducir la conclusión que formula al respecto un reputado estudioso de dicha Jurisprudencia, del siguiente modo: «No se entiende, sin embargo automáticamente incorporado al derecho interno chileno el «derecho internacional convencional», es decir, el establecido por los tratados internacionales. Los tratados internacionales requieren de un acto expreso de incorporación para tener vigencia en el orden interno». (Santiago Benadava: «Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos». *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*. Santiago, Tomo LIX-1962);

12) Que, finalmente, la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2 del propio Pacto en cuestión, el cual dispone: «Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

Este precepto torna, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordes en que sus estipulaciones carecían de la virtualidad de reputarse incorporadas automáticamente a su derecho interno. Por el contrario, previnieron que para ello se requería que cada cual adoptara los procedimientos y formalidades prescritos por su propia legislación nacional al efecto.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los artículos 31 de la Constitución Política del Estado, 316 del Código de Procedimiento Penal y en el ato Acordado de esta Corte Suprema de 1º de diciembre de 1932, se confirma la sentencia apelada de 28 de agosto de 1984, escrita a fojas 68.

Regístrese y devuélvanse con los autos traídos a la vista.

Redacción del Abogado Integrante señor Sergio Gutiérrez Olivos.

Sentencia (2º sala) 22 de octubre de 1984. Sres.: Enrique Correa L., Emilio Ulloa M., Marcos Aburto O., Luis Cousimo M.I. y Sergio Gutiérrez O.

#### **RESOLUCIÓN CONFIRMADA:**

Santiago, agosto veintiocho de mil novecientos ochenta y cuatro;

#### **Vistos y teniendo presente:**

1º) Que cualesquiera que sean los efectos y alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en copia rola a fs. 1 y que ha sido promulgado, pero no publicado, es lo cierto que sus cláusulas y disposiciones no podrían, dentro de un orden de prevalencia razonable y natural, contrariar preceptos constitucionales, ni menos primar sobre éstos;

2º) Que en el curso de los alegatos se ha manifestado por los recurrentes que, no obstante fundarse el recurso en el cumplimiento del Pacto aludido, por él se persigue que se dejen sin efecto no solamente los decretos por los que se expulsó del territorio nacional a los señores Inzunza y Ortega y se les prohibió el ingreso al país, sino que, además, el que dispuso el arresto de los dos;

3°) Que según aparece de los antecedentes, las medidas de expulsión del territorio nacional, de prohibición de ingresar al mismo y de arresto que afectan a los amparados emanan de los decretos números 4.542, 4.547, 4.556 y 4.681, de este año, del ministerio del Interior, dictados «por orden del Presidente de la República», en uso de la facultad que concede el artículo 24 transitorio de la Constitución Política de la República, en su letra c) en los tres primeros casos y en la letra ) en el último, encontrándose vigente el Decreto Supremo 263 y 6 de marzo del año en curso, también del Ministerio del Interior, que declaró el territorio nacional en estado de peligro de perturbación de la paz interior;

4°) Que las medidas que se adoptan en virtud de la citada disposición vigésima cuarta transitoria de la Constitución Política no son susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la misma autoridad que las dispuso;

5°) Que respecto de los primeros decretos cuya validez se impugna, los números 4.542 y 4.547, ya ha emitido pronunciamiento la Excma. Corte Suprema, al rechazar el recurso de amparo deducido en este mismo tribunal y enrolado bajo el número 428-84, que se tiene a la vista.

Y de conformidad, además con lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, se declara SIN LUGAR el recurso de amparo deducido a fs. 19 a favor de Leopoldo Ortega Rodríguez y ampliado a fs. 40 a favor de Jaime Inzunza Becker.

Acordada contra el voto del Ministro señor Paillás, quien estuvo por acoger el recurso de amparo en mérito de las siguientes consideraciones:

1°) Que, informando, el señor Ministro del Interior dice a fs. 63 «que a los señores Leopoldo Ortega Rodríguez y Jaime Inzunza Becker les afectan los decretos exentos que en fotocopias se acompañan, los cuales determinan sus expulsiones, sus prohibiciones de ingreso, como asimismo el arresto de los amparados de acuerdo a lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema en fallo de 9 de julio de 1984.

2°) Que en la referida sentencia el más alto Tribunal revocó una resolución de primera instancia y rechazó unos recursos de amparo deducidos anteriormente a favor de las mismas personas ya nombradas. Hubo un voto en contra en el cual el Ministro

señor Correa estuvo por confirmar el fallo apelado en mérito de los fundamentos que expuso.

3º) Que, como se ha dicho, el señor Ministro del Interior no explica en su informe las razones por las cuales se dictaron los decretos ordenando la expulsión del territorio nacional de los nombrados Ortega e Insunza, la prohibición de su ingreso y su arresto en los cuarteles del Servicio de Investigaciones.

Este Tribunal tiene competencia para conocer por la vía del amparo de la materia que le ha sido sometida, como se ha resuelto en numerosas oportunidades por los tribunales de justicia.

Luego, para poder entrar al análisis del asunto propuesto, es indispensable estudiar los fundamentos que llevaron a hacer aplicación de la norma del artículo 24 transitorio de la Constitución. Y puesto que el señor Ministro del Interior no señala dichos antecedentes, hay que concluir que no está probado en autos que concurra alguna de las circunstancias que de conformidad con dicho precepto habría hecho procedente la medida de que se trata.

4º) Que, además es necesario tener en consideración que por Decreto N°778, de 30 de noviembre de 1976, el Jefe de Estado dispuso que se cumpla y se lleve a efecto como Ley de la República la Resolución 2.200, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por Chile en esa misma fecha. El artículo 12, de dicho Pacto dispone: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2 Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

Y la Constitución de 1980 ha dispuesto por su parte, que «toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley, y salvo siempre el perjuicio de terceros» (Art. 7º, letra a).

5°) Que, en consecuencia, los decretos antes mencionado no han podido apartarse de las normas antedichas que han sido reconocidas por la primera autoridad de la Nación, la que dispuso que dicho Pacto se cumpla y se lleve a efecto como Ley de la República, si bien hasta ahora no ha sido publicada.

Que por todo lo dicho, el disidente es de parecer que debe acogerse el recurso de amparo y dejar sin efecto los decretos ya citados.

Devuélvanse los expedientes traídos a la vista.

Redactó el fallo el Ministro señor Faúndez y la disidencia, su autor.

Archívese.

Rol N° 1.113-84

Fdo. Enrique Paillás, Osvaldo Faúndez, Orlando Alvarez.

### **3. RESOLUCIÓN CONFIRMADA:**

Santiago trece de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Vistos y teniendo presente:

1°) Que según consta de las copias de los Decretos Exentos agregados a los autos el fundamento jurídico de la medida de prohibición de ingreso adoptada por el Poder Ejecutivo respecto de la amparada, es el artículo transitorio vigésimo cuarto de la Constitución Política;

2°) Que de esos mismos antecedentes aparece que los mencionados Decretos fueron precedidos por la correspondiente declaración del estado de perturbación de la paz interior, aparecen firmados por el funcionario competente bajo la fórmula «por orden del Presidente de la República»; y, además, por ellos se aplican medidas que la autoridad puede adoptar en uso de las facultades que el precepto aludido establece;

3°) Que, por lo expuesto, debe concluirse que la prohibición de ingreso fue dispuesta en virtud de lo prescrito en el artículo 24 transitorio de la Carta Fundamental,

y con sujeción a los requisitos formales en él establecidos;

4º) Que pese a que tradicionalmente en las constituciones Nacionales la facultad conservadora ha sido una de las esenciales de la jurisdicción, ante el texto expreso del artículo 24 transitorio inciso final, los Tribunales se encuentran impedidos de ejercitar esa facultad a través de los recursos de amparo y protección durante el período actual, que es aquél a que se refiere el artículo 13 transitorio de la Constitución;

5º) Que, en efecto, la letra de la última oración del tantas veces mencionado artículo 24 transitorio reza que las medidas que se adopten en virtud de esa disposición no serán susceptibles de recurso alguno;

6º) Que no cabe duda que la Constitución considera al amparo como recurso, pues con ese término se refiere a él en el propio precepto que lo consagra -artículo 21- al comienzo de su inciso tercero y también en el artículo 41 N°3, de manera que no corresponde asignar el vocablo «recurso» empleado en el inciso final del artículo 24 transitorio, un significado diferente que pueda excluir al amparo;

7º) Que, no está demás agregar, finalmente, que no aparece en los antecedentes que las medidas adoptadas en contra de la recurrente carecen de limitación en el tiempo, en atención a que, como se constata en los autos, la misma ha debido ser reiterada en forma periódica y sucesiva.

De acuerdo también con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara improcedente el recurso de amparo interpuesto a fs. 1, a favor de Verónica Gilda de Negri Quintana.

Acordada contra el voto del Ministro señor Paillás quien estuvo por acoger el recurso de amparo en mérito de las siguientes consideraciones:

1.- Que, informando el señor Ministro del Interior dice a fs. 8 «que a la amparada Verónica Gilda de Negri Quintana le afectan los decretos exentos que en fotocopias se acompañan, los cuales determinan, su prohibición de ingreso al país».

2.- Que, como se ha dicho, el señor Ministro del Interior no explica en su informe las razones por las cuales se dictaron los decretos ordenando la prohibición de ingreso al territorio nacional de la nombrada de Negri Quintana.

Este Tribunal tiene competencia para conocer por la vía del amparo de la materia que le ha sido sometida, como se ha resuelto en numerosas oportunidades por los Tribunales de Justicia.

Luego, para poder entrar al análisis del asunto propuesto, es indispensable estudiar los fundamentos que llevaron a hacer aplicación de la norma del artículo 24 transitorio de la Constitución. Y puesto que el señor Ministro de Interior no señala dichos antecedentes, hay que concluir que no está probado en autos que concurra alguna de las circunstancias que de conformidad con dicho precepto habría hecho procedente la medida de que se trata.

3.- Que, además, es necesario tener en consideración que por decreto N°778, de 30 de noviembre de 1976, el Jefe del Estado dispuso que se cumpla y se lleve a efecto como ley de la República la resolución 2.200, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que aprobó el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, suscrito por Chile en esa misma fecha. El artículo 12, de dicho Pacto dispone: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto 4. Nadie podría ser arbitrariamente privado del derecho a entrar a su propio país».

Y la Constitución de 1980 ha dispuesto, por su parte, que «toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley, y salvo siempre el perjuicio de terceros» (Art. 7°, letra a).

4.- Que, en consecuencia, los decretos antes mencionados no han podido apartarse de las normas antedichas que han sido reconocidas por la primera autoridad de la Nación, la que dispuso que dicho Pacto se cumpla y se lleve a efecto como ley de la República, si bien hasta ahora no ha sido publicada.

Que por todo lo dicho, el disidente es de parecer que debe acogerse el recurso de amparo y dejar sin efecto los decretos ya citados.

Archívese.

Santiago, veinte de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Vistos:

Se confirma la resolución apelada de trece de octubre en curso, escrita a fojas 10.

Se previene que el Ministro señor Ulloa concurre a la confirmatoria del fallo, con declaración de que se rechaza el recurso de amparo interpuesto a fojas 1, en mérito de las consideraciones primera, segunda, tercera y séptima de la resolución en alzada.

Regístrese y devuélvanse.

Sentencia (3ª Sala) 20 de octubre de 1986. Señores Israel Bórquez, Octavio Ramírez, Osvaldo Erbetta, Emilio Ulloa y Román de Amesti.

Rol 25.459. De Negri Quintana, Verónica. Apelación del Amparo.



## LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980. JURISPRUDENCIA EN LA DÉCADA DE 1981-1989

Guillermo Bruna Contreras (\*)

### RESUMEN

El presente artículo realiza un análisis de la doctrina y la jurisprudencia chilena respecto de la ubicación de los tratados internacionales en general dentro de las fuentes del derecho constitucional chileno, bajo el imperio de la Constitución de 1980, entre 1981 y 1989.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales.

### ABSTRACT

Scholarship and the doctrine emanating from judicial decisions are considered here, with respect to the status of international treaties as sources of Chilean Constitutional Law under the provisions of the Constitution of 1980, between the years of 1981 and 1989.

Chile. Constitutional Law. Fundamental Rights.

---

(\*) Abogado, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.  
Artículo recepcionado el 10 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 24 de abril de 2003.  
Correo electrónico: g.bruna@terra.cl

## I. MARCO CONSTITUCIONAL

La materia de los tratados internacionales la encontramos en la **Constitución de 1980**, básicamente, en dos disposiciones: 1.- en el **artículo 50 N° 1**, como la primera de dos atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, cuando dice: «*Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación*» y 2.- en el **artículo 32 N° 17**, como una de las atribuciones especiales del Presidente de la República, cuando señala que le corresponde: «*concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N°1*».

Hay algunas otras normas que se vinculan más directa o indirectamente con esta materia, como, por ejemplo el **artículo 82 N° 2**, que señala como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional «*Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación ... de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*»; el mismo **32 N° 17** cuando atribuye al Presidente de la República «*Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones*»; y su **N° 10**, que le encarga: «*Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales*».

«*La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley*», agrega el **N°1 del artículo 50**, por lo que esta materia se vincula, también, con lo dispuesto en los artículos **62 a 72** que reglamentan la formación de la ley.

En forma expresa el **artículo 52**, sobre el funcionamiento del Congreso, distinguiendo entre las legislaturas ordinaria y extraordinaria, señala que en la extraordinaria convocada por el Presidente de la República «*sólo podrá ocuparse de los asuntos legislativos o de los tratados internacionales que aquél incluyere en la convocatoria...*».

Como el citado **N°1 del artículo 50** establece que «*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, a menos que se trate de materias propias de ley*», se vincula también con la potestad reglamentaria del Presidente, que se contiene en el **N° 8 del artículo 32**, que faculta al Presidente para

*«Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.»*

Y si requiere de una ley para cumplir un tratado, como lo anticipa el citado N°1 del artículo 50, entonces esta materia se vincula con el **artículo 60** que contiene las materias de ley, con los **62 a 72** ya mencionados, sobre la formación de la ley, con el **61** que permite al Congreso Nacional autorizar al Presidente para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año y con el **32 N° 3**, que concuerda con esta delegación legislativa en cuanto atribuciones del Presidente.

## II. DIFERENCIAS CON LA CONSTITUCIÓN DE 1925

En lo esencial, el tratamiento de los tratados internacionales no ha experimentado variación en la Constitución de 1980, respecto del contenido de la precedente de 1925.

Continúa el Presidente de la República a cargo de las relaciones exteriores y, como consecuencia, puede negociar, concluir, firmar y ratificar tratados, los que requieren la aprobación del Congreso Nacional antes de su ratificación, mediante los mismos trámites de una ley.

Hay mejoría en la redacción de las respectivas atribuciones del Congreso y del Presidente, y se ha reemplazado la referencia a distintas formas de tratados, que contenía la Constitución anterior -de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones- por una genérica que se refiere a *«tratados internacionales»*.

Se perfecciona la normativa en cuanto el Presidente puede cumplir los tratados sin nuevas aprobaciones del Congreso, salvo en materias de ley, y se incluye el tema de la legislatura extraordinaria para evitar dudas interpretativas.

## III. ANÁLISIS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Comencemos por precisar el concepto de *«tratado»*.

Hemos señalado que la referencia a distintas formas de tratados que hacía la Constitución de 1925, se reemplazó por la de *«tratados internacionales»*. Para

Humberto Nogueira el concepto «*está tomado en sentido genérico, caben en él todo tipo de convenciones, resoluciones, entre otros*»<sup>1</sup>.

Don Alejandro Silva acude a la **Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, de 1969**, que Chile aprobó sólo en 1981, para aplicar su **artículo 2º** que 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 particular*». Reafirma esta definición expresando: «*Basta que importe un acuerdo escrito, suscrito entre Estados y que verse sobre un asunto regido por el derecho internacional*»<sup>2</sup>.

Pero esta definición se limita a los tratados suscritos entre Estados, como bien lo aclara el mismo autor, y como también lo destacan lo profesores Verdugo y Pfeffer<sup>3</sup>, quienes precisan que el término «*tratado*» es «*omnicomprendido de todos los acuerdos internacionales susceptibles de ser suscritos, respecto de los cuales existe una gran cantidad de denominaciones*», dentro de las cuales señalan convenciones, protocolos, estatutos, acuerdos, *modus vivendi*, compromisos, concordatos, cartas, pactos de contravenda y declaraciones<sup>4</sup>.

La misma **Convención de Viena -artículo 6º-** reconoce a las organizaciones internacionales capacidad para celebrar tratados, la que se incluye, normalmente, en su instrumento constitutivo.

De modo que a la definición del artículo 2º deberíamos agregar «*entre Estados y/u organismos internacionales...*» para hacerla más completa.

En cuanto a la obligatoriedad, la Constitución es clara en el sentido que el Presidente requiere de la aprobación del Congreso para aquellos tratados que él quiera ratificar, pero no es su obligación someterle todos los tratados que haya concluido. «*Es perfectamente concebible - opina el Profesor Silva - que la variación de las circunstan-*

---

<sup>1</sup> Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, **Derecho Constitucional**, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo II, p. 155.

<sup>2</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, **Tratado de Derecho Constitucional**, segunda edición, año 2000, Editorial Jurídica de Chile, tomo VII, p. 296.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 74.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 74 y 75.

*cias propias de las contingencias internacionales o su apreciación del sentido de las reacciones de la opinión pública nacional o de los miembros del Congreso, le aconsejen<sup>5</sup> enviar a las Cámaras los convenios que haya celebrado para obtener el acuerdo de éstas». A contrario sensu, «implícitamente se niega al Congreso ... la facultad de aprobar un tratado que el Presidente no le haya presentado para ese objeto»<sup>6</sup>.*

### **Algunos temas en la génesis de un tratado**

En el mundo globalizado que nos ha tocado en suerte vivir en los últimos años, fruto de las comunicaciones instantáneas, del conocimiento generalizado, de los medios de transporte rápidos y de las economías integradas, las relaciones entre Estados y entre habitantes de un Estado con otros Estados o con los habitantes de éstos, han pasado a ser temas no sólo de soberanía sino de relaciones personales y de ejercicio de derechos individuales.

Nuestra Constitución, sin embargo, ha quedado rezagada respecto de otras Cartas Fundamentales y no ha incorporado aún conceptos y prácticas generalmente aceptadas, lo que no significa una crítica sino una mera constatación. ¿quién sabe si los más adelantados pueden ser, algún día, arrepentidos?.

Bajo el prisma presidencial de nuestra Constitución, acentuado en la Constitución de 1980, todo el manejo de las relaciones exteriores se encuentra en manos del Presidente de la República, quien puede:

- a) conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales;
- b) llevar a cabo negociaciones;
- c) concluir, firmar y ratificar tratados, y
- d) designar a los embajadores, ministros diplomáticos y representantes ante organismos internacionales.

El Congreso Nacional sólo tiene participación en la aprobación o rechazo de los tratados que el Presidente le proponga antes de su ratificación, la que, por lo demás, no

---

<sup>5</sup> Creo que faltó aquí la palabra «no».

<sup>6</sup> Op. cit., Tomo VII, p. 289.

es obligatoria una vez aprobados; tampoco participa en la denuncia o desahucio de los tratados en vigor<sup>7</sup> y no tiene injerencia en las designaciones de embajadores, como antes la tuvo el Senado, y éstos no son funcionarios acusables en el llamado juicio político, como sí lo son el Presidente de la República, sus Ministros de Estado, generales y almirantes, «*por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación*», materia que por estar muy vinculada a las relaciones exteriores, debiera implicar también a los embajadores, que son personas de la confianza exclusiva del Presidente de la República, igual que sus Ministros, intendentes y gobernadores, quienes sí son acusables.

En consecuencia, en materia de tratados la participación del Presidente es incontrastable, pues por sí mismo, con sus Ministros, embajadores y representantes, todos de su exclusiva confianza, tiene el monopolio de las negociaciones; los concluye, firma y ratifica siempre que quiera; los denuncia también cuando quiera, aunque sí de acuerdo a los términos de los tratados y sólo requiere del Congreso para su aprobación, el que sólo puede decir sí o no, sin proponer cambio alguno en sus términos. Además, puede dictar normas para cumplirlos, con la excepción única de materias de ley, pero respecto de las cuales puede recibir facultades delegadas del Congreso para dictar decretos con fuerza de ley.

Veamos sólo algunos puntos, temas o materias que hayan planteado problemas, pues no es ésta ocasión para hacer una exposición pedagógica exhaustiva.

#### A. Alcance de la aprobación

«*Al Congreso sólo le cabe aprobar o desechar los tratados sometidos a su consideración antes de su ratificación. No podrá introducirles enmiendas, atendido que la conducción de las relaciones internacionales es facultad exclusiva del Presidente de la República*», nos dicen los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer<sup>8</sup>.

«*El Congreso actúa ... en ejercicio de atribución exclusiva suya, y no como Poder Legislativo*», precisa don Alejandro Silva<sup>9</sup>, mediante un acuerdo y no por ley.

---

<sup>7</sup> Hecho que es motivo de sorpresa para el profesor Humberto Nogueira Alcalá, ver su trabajo sobre «Los tratados internacionales», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, tomo I, mayo-agosto 1996.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 77.

<sup>9</sup> Op. cit., Tomo VII, p. 290.

No existe, entonces, ni el trámite de insistencias de la Constitución de 1925, ni el de las comisiones mixtas de la de 1980, pues se requiere de la conformidad de cada Cámara, opina también el profesor Silva Bascuñán<sup>10</sup>. La urgencia es posible, pero no así el veto.

Si la materia del tratado no es propia de ley, bastará la aprobación de la simple mayoría de los presentes en cada Cámara, pero si lo es, habrá que distinguir si es ley corriente, de quórum calificado u orgánica constitucional, y exigir las mayorías constitucionales respectivas. Así lo ha considerado también la práctica. El profesor Cea Egaña cita un Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que a su vez es citado por el profesor Francisco Zúñiga Urbina en un trabajo sobre la Función Consultiva de la Comisión citada, que señala que «tanto el Presidente de la República como, en su oportunidad, el Congreso Nacional, deben discernir si en un tratado existen o no normas que versen sobre materias que sean propias de ley, sin que haya motivo para excluir de ese análisis lo concerniente a la mayoría requerida para la aprobación de aquellas disposiciones que sean propias de ley»<sup>11</sup>.

Distinta es la opinión de Humberto Nogueira en su trabajo publicado en 1996, donde sostiene «que los preceptos legales tienen todos la misma eficacia y categoría de normas primarias, entre los cuales sólo opera el principio de disyunción que otorga al mismo órgano legislativo el deber de actuar con quórum diferentes ante las distintas materias, reservando algunas de éstas la Constitución a su desarrollo legislativo por ley orgánica constitucional y otras por ley de quórum calificado, siendo el resto de competencia del legislador ordinario, pero ello no indica niveles de jerarquía entre leyes dentro del ordenamiento jurídico interno que el constituyente no estableció. Además es posible establecer que el artículo 50 N° 1 de la Constitución no estableció ninguna distinción; por tanto, donde la Carta Fundamental no distingue no es válido al operador jurídico establecer distingos, con lo que es claro que la incorporación del tratado al ordenamiento jurídico interno en la forma establecida por la Constitución modifica o deroga cualquier ley anterior, sea ésta ordinaria, de quórum calificado u orgánica constitucional»<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Ibídem, p. 305.

<sup>11</sup> Cea, José Luis, **El sistema Constitucional de Chile**, ediciones Universidad Austral de Chile, 1999, pp. 184 y 185.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 347.

«No todos los tratados requieren ser sometidos a la aprobación del Congreso», nos dicen los mismos autores señores Verdugo y Pfeffer. Y ejemplifican con : «1) aquellos pactados en cumplimiento de una ley; 2) los que complementen un tratado ya en vigencia, y 3) los suscritos en virtud de las facultades privativas del Presidente de la República»<sup>13</sup>.

Los del primer caso se explican porque el Congreso ya habría prestado su acuerdo al aprobar la ley, restándole al Presidente la responsabilidad de su ejecución. Los profesores citados aluden a una opinión de la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, que no singularizan, que había dicho: «en este caso el Congreso no podría negar su aprobación al tratado, porque eso equivaldría a derogar con afecto retroactivo la ley que lo motiva o anular un acto válidamente ejecutado; tan sólo procede determinar si el Gobierno actuó o no dentro de los términos de la ley».

En el caso 3) la razón sería que «su suscripción está comprendida dentro de las facultades constitucionales y legales del Jefe de Estado y podría presentarse cuando una ley expresamente autorice al Presidente o a otro órgano del Poder Ejecutivo para celebrarlo o cuando esta facultad de implementarlos se deduzca implícitamente de una ley aprobada por el Congreso»<sup>14</sup>.

En forma similar pero con otra nomenclatura, José Luis Cea denomina «medidas ejecutivas» y «acuerdos simplificados» a aquellos actos cuya realización el Presidente de la República puede decidir o celebrar, sin la aprobación previa del Congreso «porque se refieren a la ejecución de tratados solemnes vigentes». Para este autor las «medidas ejecutivas» serían expresión de la potestad reglamentaria del Presidente, subordinadas a la implementación de un tratado marco preexistente. «En cambio, los acuerdos simplificados los celebra el Presidente con otros Jefes de Estado, obligando a Chile en el ámbito internacional, aunque siempre y exclusivamente para llevar a cabo lo ya dispuesto en un tratado solemne básico o con el rango de marco en el que se encuadra esta normativa complementaria»<sup>15</sup>.

Para don Alejandro Silva no requieren de la aprobación por el Congreso «... las declaraciones simplemente unilaterales que formen parte del proceso de conducción de

---

<sup>13</sup> Op. cit., p. 77.

<sup>14</sup> Ibídem, pp. 80 y 81.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 58.

*las relaciones políticas con las potencias extranjeras». Tampoco «los acuerdos que se generen como simple cumplimiento de las obligaciones ya asumidas por un tratado, con mayor razón si pueden entenderse comprendidas en la potestad reglamentaria configurada según nuestro propio ordenamiento jurídico»<sup>16</sup>.*

Respecto de la potestad reglamentaria autónoma, el citado autor se muestra más cauto y afirma que *«Pareciera ... que no se impondría tampoco la necesidad del trámite previo de aprobación congresional respecto de toda decisión o acuerdo que se entienda incluido en la potestad reglamentaria ampliada, si se toma en cuenta que el Presidente dispone, en materia de relaciones exteriores, de una atribución especial, de modo que todo lo que quede en su órbita y no afecte ni el ámbito legislativo ni la competencia de cualquiera de los otros poderes fundamentales, no la requeriría»<sup>17</sup>*. Cita a este respecto las prácticas norteamericanas con los *«executive agreements»*, que aquí se han llamado *«acuerdos simplificados»*, coincidiendo así con la nomenclatura del profesor Cea Egaña.

## **B. Promulgación y publicación**

*«La promulgación tiene sólo importancia para su validez interna, sirve para certificar la regularidad de su conclusión y ordena su ejecución dentro del territorio nacional»*, opinan los profesores Vergudo y Pfeffer<sup>18</sup>.

*«Si un convenio no es publicado carece de obligatoriedad interna y no puede ser aplicado por los tribunales de justicia, sin perjuicio, obviamente, de su validez y aplicabilidad en el plano internacional»*, continúan diciendo<sup>19</sup>.

La **Ley Nº 18.158**, de 18 de agosto de 1982, estableció normas especiales para la publicación de los tratados permitiendo al Presidente, en casos de que sean de gran extensión, sustituir la publicación en el *Diario Oficial* por un depósito de un ejemplar en el Ministerio de Relaciones Exteriores y de otro en la Contraloría General de la República.

---

<sup>16</sup> Op. cit., tomo VII, pp. 310 y 311.

<sup>17</sup> Ibídem, p. 290.

<sup>18</sup> Ibídem, p. 79.

<sup>19</sup> Ibídem, p. 79.

Como ya he señalado, los tratados no tienen plazo fijo para su promulgación y posterior publicación -a diferencia de las leyes, para las cuales la Constitución fija al Presidente de la República plazos de diez y de cinco días, desde que sean procedentes- «ya que para ello debe esperarse la aprobación del otro u otros Estados contratantes, además de las ratificaciones», agregan ellos mismos<sup>20</sup>.

Es interesante recordar una rectificación de su anterior opinión -de 1989- que hace el profesor don Alejandro Silva Bascuñán en 1997, separando los trámites de promulgación y publicación de un tratado con los mismos de las leyes, que antes había considerado iguales. *La asimilación, señala, sólo se refiere a los trámites de su aprobación y la promulgación y publicación no lo son, pues son consecuencias de ella. En la formación y en la sanción, afirma, el Presidente actúa como legislador, y en la promulgación lo hace como Jefe del Poder Ejecutivo, en cumplimiento de la ley aprobada y sancionada*»<sup>21</sup>.

El tema no ha preocupado sólo a los constitucionalistas, los internacionalistas también lo han estudiado y analizado, como son los casos de Jeannette Irigoien y María Teresa Infante. Ésta reconoce que el enfoque predominante se ha basado en la analogía entre el tratado y la ley, aunque ni el texto de la Constitución de 1925 ni el actualmente vigente de 1980 hagan referencia alguna a los actos de promulgación y publicación. Recuerda que el caso que ha producido mayor revuelo ha sido el del «*Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y vigente internacionalmente desde el 23 de marzo de 1976. Se publicó en Chile con fecha 29 de abril de 1989, trece años después de su promulgación el 30 de noviembre de 1976. Los tribunales chilenos negaron sistemáticamente que se encontrara incorporado en el plano interno y fuere aplicable en las instancias judiciales por no haber sido promulgado y publicado, o una vez promulgado, por falta del segundo trámite*»<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Ibídem, p. 81.

<sup>21</sup> Op. cit., Tomo IV, 1997, p. 123 y tomo VII, año 2000, pp. 321 a 323.

<sup>22</sup> Rol N° 20.187, Corte Suprema, Recurso de Amparo N°s 701 y 702, Jaime Castillo Velasco y Eugenio Letelier, 25 de agosto de 1976, fallo fotocopiado del expediente; Rol N° 24.128, Corte Suprema, Apelación de amparo, Caso Ortega Rodríguez, L. y otro, 22 de octubre de 1984, *ESTUDIOS 1984*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 410-418; Rol N° 242-86, Corte de Apelaciones, Recurso de Protección, sentencia confirmada por la Corte Suprema, Rol N° 21.471, Apelación de Protección, Ramona de Jesús Alfaro Rojas, 11 de noviembre de 1986, *Fallos del mes*, N° 336, pp. 796-7.

Opinión y citas en María Teresa Infante Caffi, «Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, Tomo I, 1996, p. 281.

En cuanto a la distinción entre vigencia interna e internacional la profesora Infante tiene una opinión diferente de los constitucionalistas citados, cuando expresa que «*no podría afirmarse que un tratado puede encontrarse vigente en el plano interno por decisión unilateral, si no ha entrado en vigencia internacional previa o simultáneamente, debido a que como fuente del derecho se rige por normas propias, independientes de las reglas del derecho interno. Otra cosa es que un Estado (Chile) adopte normas internas -leyes o reglamentos - cuyo contenido coincida con las disposiciones de un tratado que no ha entrado en vigencia internacional, pero su validez no deriva del tratado sino que del ordenamiento jurídico interno*»<sup>23</sup>.

### C. Jerarquía normativa de los tratados

Esta exposición se limita, de acuerdo al programa de este Seminario, al cuasi decenio 1981-1989, de modo que no incluye la reforma constitucional al inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, que introdujo como limitación del ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos humanos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que será objeto de la atención y comentarios de otros Profesores, y que altera, en forma importante, lo que se podía decir respecto del texto original de la Constitución de 1980, en este tópico.

Hecha esta declaración que me parecía necesaria y útil, analizo el valor jerárquico de los tratados en la época que me corresponde comentar.

Primero debo afirmar que todo tratado, que es expresión de la soberanía de un Estado, a su vez es una limitación de ella, pues implica un compromiso con otro u otros Estados u organismos internacionales, de los cuales no puede prescindir, ignorar, o contrariar, como tampoco puede modificar o dejar sin efecto, salvo en la forma y con el procedimiento y oportunidad previstos en el mismo tratado.

Si seguimos las explicaciones y opiniones del maestro Silva Bascuñán, diremos que el contenido de un tratado se incorpora al ordenamiento interno y «*deroga toda norma jurídica de cualquier nivel o naturaleza incompatible con lo estipulado en él*»<sup>24</sup>, excepto las de rango constitucional, agrego yo para aclarar estas afirmaciones. De igual

---

<sup>23</sup> Ibídem, p. 282.

<sup>24</sup> Op. cit., Tomo IV, p. 121.

opinión a la del profesor Silva es el profesor Humberto Nogueira, quien afirma que «*la incorporación de las normas internacionales por la autorización de la Constitución produce, desde el momento mismo de su vigencia interna, la inaplicación de las normas internas que contravengan las normas del tratado incorporado válidamente al ordenamiento jurídico interno*»<sup>25</sup>.

En esta misma línea, el profesor Silva continúa diciendo que «*durante el proceso de formalización de los tratados, deberán cumplirse los requisitos de la Carta encaminados a asegurar que su sustancia normativa armonice plenamente con el respeto que todos los órganos constituidos deben guardar al estatuto fundamental*», haciendo una tácita alusión e invocación al artículo 6º de nuestra Constitución.

Para despejar toda duda, el mencionado autor, aun con referencia a los tratados internacionales sobre derechos esenciales - y con mayor razón a los tratados sobre otros objetos o contenidos - afirma que «*revisten siempre sus estipulaciones ... el rango o jerarquía de ley, de modo que han de ajustarse a las reglas pertinentes para su conformidad sustancial y formal con la Carta, resortes de control preventivo de constitucionalidad, recursos que puedan incidir en la sustancia de lo pactado, etc.*»<sup>26</sup>. Idea en la que insiste más adelante, repitiendo que «*... el tratado es, indiscutiblemente, una norma que merece la calificación de precepto legal y por lo tanto entonces en una controversia que al respecto se formalice ante la jurisdicción ordinaria, podrá interponerse el recurso de inaplicabilidad o ejercer la misma Corte Suprema la atribución que le concede el art. 80 de la Carta*»<sup>27</sup>.

En la Comisión Ortúzar, que estudió el Anteproyecto de Nueva Constitución, el profesor Silva, uno de sus integrantes, sostuvo 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 los preceptos constitucionales*»<sup>28</sup>. Para concretar estos conceptos, propuso incorporarlos al texto constitucional, sin éxito. No

---

<sup>25</sup> Op. cit., tomo VII, p. 348.

<sup>26</sup> Op. cit., tomo IV, , p. 123.

<sup>27</sup> Ibídem, tomo VII, p. 332.

<sup>28</sup> Ibídem, tomo IV, p. 124.

obstante, cree que sus afirmaciones tienen pleno valor, pues *«aun 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, cuando ellos 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 ello advirtiéndose, una vez más, la circunstancia de que les acompaña mayor fuerza jurídica al compararlos con la 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»*<sup>29</sup>.

La subordinación formal y sustantiva del tratado a la Constitución, no reviste dudas, aunque en materia de derechos humanos algunos estudiosos han pensado lo contrario. Para el profesor Silva *«... podría eventualmente carecer el tratado de regularidad formal en su gestación y, en tal hipótesis, será la justicia ordinaria la que, al resolver las acciones que pudieran proponerse, estará facultada para pronunciarse sobre una cuestión de esa naturaleza. Entretanto, si la sustancia del tratado pugna con algún precepto de nuestra Carta, será exclusivamente la Corte Suprema la que podrá decidir sobre la inconstitucionalidad de fondo, para los efectos de declarar inaplicable la norma del tratado al pronunciamiento de la justicia en el caso propuesto ante ella (art. 80 de la Carta)»*<sup>30</sup>.

Diferente es la opinión que da Humberto Nogueira en su comentado trabajo de 1996, al decir: *«El tratado internacional no puede ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80 de la Constitución); primero, por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena); segundo, porque los tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el artículo 82 N° 2, y en Derecho Constitucional, las diferencias de términos deben ser interpretadas siempre dándoles un sentido útil; de lo contrario, no se habrían establecido; tercero, porque el control de inaplicabilidad se refiere sólo a los aspectos de contenido de los preceptos legales*

---

<sup>29</sup> Ibídem, p. 124.

<sup>30</sup> Ibídem, p. 125.

---

*no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico, competencia otorgada sólo al Tribunal Constitucional (artículo 82 N° 2); cuarto, por cuanto el control represivo de constitucionalidad busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación al caso particular, lo que es imposible en relación al tratado, ya que no depende la validez de su contenido de la norma constitucional, ya que el órgano de control interno sólo puede pronunciarse sobre la validez de su incorporación al derecho interno, vale decir, la corrección jurídica de la actuación de los órganos estatales que han manifestado el consentimiento internacional del Estado»<sup>31</sup>.*

Volviendo al punto jerárquico entre tratado y ley, don Alejandro Silva aconseja distinguir entre la validez, vigencia y efectos de las normas, desde el punto de vista orgánico, formal y jerárquico, de los problemas que suscita una decisión jurisdiccional, que depende de la aplicación de los principios de jerarquía normativa a un caso concreto. Agrega que, a pesar de que tratado y ley son del mismo tipo, en lo jerárquico y formal, en la aplicación a un caso concreto *«goza de mayor fuerza jurídica (la norma) que se contiene en el tratado»*. Concibe que los legisladores dicten una ley que pugne contra un tratado, pero sentencia que, en tal caso, *«se habrá de entender sin eficacia alguna»*. Si la ley es, simplemente incompatible con el tratado *«no hay duda de que procederá desconocerle todo valor jurídico, ejerciendo las acciones y recursos correspondientes»*. Su argumento de peso es que el tratado *«reviste superior valor jurídico por cuanto envuelve una restricción de la soberanía que tiene que ser respetada incluso por nuestro legislador nacional»*<sup>32</sup>. Termina citando al profesor Gustavo Fiamma, para quien *«... no existe en esencia... una relación de jerarquía entre la ley y el tratado, sino más bien, una distribución de competencias»*<sup>33</sup>.

Humberto Nogueira precisa muy bien este tema, que lo titula *«Los tratados y las leyes posteriores a su incorporación al derecho interno»*, y afirma que no es *«un problema de jerarquía de los tratados sobre las leyes y sobre la Constitución, ya que el cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior; ello se debe a que las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional, limitándose el ordenamiento jurídico interno a determinar las condiciones de su aplicabilidad»*. Y agrega: *«... incorporado un tratado al ordenamiento jurídico interno en forma válida, ninguna*

---

<sup>31</sup> Op. cit., p. 345.

<sup>32</sup> Ibídem, p. 332.

<sup>33</sup> P. 130, tomo IV.

*norma interna puede decidir su inaplicabilidad ni su pérdida de validez».*

Estas consideraciones le permiten afirmar, como él mismo dice, junto a gran parte de la doctrina comparada y con otros autores nacionales, que los tratados ocupan una posición superior a la ley, construyendo un escalón supralegal<sup>34</sup>.

En cuanto a la autorización que el Congreso otorgue al Presidente a fin de que, durante la vigencia de un tratado, dicte disposiciones con fuerza de ley para su cabal cumplimiento, tal delegación debe ejercerse considerando los decretos siempre como preceptos legales que pueden «*ser impugnados en razón de inconstitucionalidad al ejercer la Corte Suprema su facultad de declararlos inaplicables para los casos pertinentes*»<sup>35</sup>.

#### **D. Participación del Tribunal Constitucional**

Para la Constitución no es imposible que un tratado se oponga a la Constitución, por el contrario, tanto lo prevé, que considera como una de las atribuciones del Tribunal Constitucional «*resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación... de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*». (82 N°2)

«*El Tribunal se pronunciará en relación al fondo o al procedimiento de su tramitación, resolviendo, naturalmente, si se ajusta o no a la Constitución. En este caso, el Tribunal no podrá actuar mientras el Presidente no lo haya aún sometido a la aprobación del Congreso*», opinan los profesores Verdugo y Pfeffer<sup>36</sup>.

En el **inciso 4º, el artículo 82** expresa que el Tribunal sólo puede pronunciarse a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley. Como el caso se refiere a los tratados, deberíamos entender antes de la promulgación de éstos, pero como ya hemos visto, la promulgación de éstos sólo tiene importancia para su obligatoriedad interna, pues en lo externo rigen desde su ratificación. Se nos presenta, pues, un vacío o laguna constitucional. ¿Hasta qué momento se puede interponer un requerimiento en contra de un tratado ante el Tribunal

---

<sup>34</sup> Op. cit., pp. 348 a 350.

<sup>35</sup> Op. cit., Tomo VII, pp. 302 y 303.

<sup>36</sup> Op. cit., p. 247.

Constitucional? Otra pregunta que surge es: si el Presidente ha concluido y firmado un tratado para luego pedir su aprobación al Congreso, el que sólo puede aprobarlo o rechazarlo, no modificarlo, ¿cómo es posible imaginar que él objete su constitucionalidad?

Asimismo, el **artículo 83** señala en términos generales que las disposiciones - legales, debemos suponer - que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate (obviamente el texto no previó ni aludió el caso de los tratados). Para entender qué sucede con un requerimiento en contra de un tratado, debemos recordar que éste no puede ser aprobado por el Congreso introduciendo algún cambio en su texto y lo mismo cabe decir respecto del Tribunal Constitucional, de modo que si lo declara inconstitucional en algún aspecto, no habrá acuerdo del Congreso, ni podrá con posterioridad el Presidente ratificarlo, a menos, pienso, que la objeción sea tan puntual o parcial que admita una reserva al momento de la ratificación o del canje respectivo.

El profesor Silva Bascuñán ve posible que en lo sustantivo un tratado se oponga al texto constitucional y suscribe las opiniones del profesor Adolfo Veloso en un artículo que cita y que se publicó en la *Revista de Concepción*, en 1977. Reproduzco la misma cita: «*Si el tratado está en oposición con una norma constitucional, prevalece indudablemente la Constitución Política. Pero habría que fijar las siguientes posibilidades: a) Si la norma constitucional es posterior al tratado, prevalecerá aquélla sin más, dejando sin efecto obligatorio en el plano interno a éste o a la parte de éste afectada; b) Si la regla constitucional es anterior, primará respecto del tratado sólo a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad; y c) La inconstitucionalidad de forma del tratado significará su no conclusión, su falta de existencia*»<sup>37</sup>. Esta reproducción de cita la hace también María Teresa Infante en su trabajo «*Los tratados en el derecho interno chileno*»<sup>38</sup>.

Humberto Nogueira hace una fina precisión respecto de la oposición posible entre un tratado y una norma constitucional posterior, al decir: «*.. si incorporado el tratado al ordenamiento jurídico posteriormente se modifica la Ley Fundamental, entrando la nueva disposición constitucional en conflicto con la norma del tratado, la norma internacional no pierde validez ni aplicabilidad, teniendo una especial fuerza pasiva*

<sup>37</sup> Ibídem, p. 331.

<sup>38</sup> *Revista chilena de Derecho*, Vol. 23 N°s 2 y 3, Tomo I, mayo-agosto 1996, p. 288.

*frente a la modificación constitucional, dada por los principios de ius cogens denominados Pacta Sunt Servanda y Bonna Fide (cumplimiento de los tratados y buena fe, como base de la convivencia civilizada). De lo contrario, un Estado, a través de una modificación a la Constitución, podría alterar unilateralmente sus obligaciones e incluso sus fronteras con otros Estados»<sup>39</sup>.*

La duda acerca de por qué el Presidente puede presentar un requerimiento ante el Tribunal, no obstante que él ha conducido las negociaciones y concluido y firmado el tratado, la responde el Profesor Silva Bascuñán con un doble argumento: el primero, para equiparar al Presidente con las Cámaras; el segundo, porque sería ésta la primera oportunidad de conocer el criterio del Tribunal, ya que no es órgano asesor suyo, o porque la duda le surgió en el curso o con motivo del trámite de aprobación<sup>40</sup>. Con mucho respeto hacia el autor, sólo esta última nos parece una razón valedera, pero no así las otras.

La otra interrogante respecto de la promulgación, nos sigue pareciendo un vacío constitucional. Don Alejandro Silva en su tan citada obra incurre, en mi parecer, en un obvio error, pues si bien reproduce la norma constitucional que dice «... antes de la promulgación...», luego da una explicación citándola como «... antes de la aprobación...», no siendo ambos conceptos sinónimos en el derecho de la Constitución.

Como ya lo hemos dicho, al aprobar un tratado el Congreso ejerce una atribución exclusiva suya mediante un acuerdo, no por ley, y el trámite concluye con el pronunciamiento favorable y por mayoría suficiente de la segunda cámara, que no es revisora sino par de la primera, y el requerimiento habrá de formularse, en consecuencia, antes de la votación.

Recordemos que el Tribunal Constitucional debe resolver dentro del plazo constitucional de diez días contado desde que recibe el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados como lo dispone el inciso quinto del **artículo 82**. El requerimiento no suspende la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada no puede ser promulgada hasta la expiración del plazo referido. Esto, evidentemente, se refiere a proyectos de ley. En el caso de los

---

<sup>39</sup> Op. cit., p. 343.

<sup>40</sup> Ibídem, p. 313.

tratados, en que, repito, se trata de un acuerdo y no hay sanción, veto ni promulgación por el Presidente, salvo para aspectos internos de ejecución, creo que la tramitación del acuerdo tampoco debe verse suspendida por un requerimiento y la cuestión de la promulgación debe tener otra solución.

El Presidente podría promulgar el tratado antes de que el Tribunal resolviera, pero ello nos llevaría a un absurdo, pues el pronunciamiento del Tribunal podría ser inútil. Por otra parte, la promulgación, que no tiene obligatoriedad ni plazo para hacerla, pues está dentro de las facultades exclusivas suyas como conductor de las relaciones exteriores, no debe hacerse antes sino después de la ratificación del tratado, trámite que también es voluntario de parte del Presidente, y no puede involucrar un texto para el exterior y otro para el interior, objetado de inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Todo lo anterior nos lleva a la necesaria conclusión de que el Presidente de la República, por prudencia y respeto hacia otros órganos del Estado, no podría promulgar un tratado, ni ratificarlo, estando pendiente un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, oportunamente requerido.

Posteriormente al período que abarca el presente estudio, 1981 a 1989, la Contraloría General de la República en 1992 y el Tribunal Constitucional en 1999, han abordado estos temas, llegando con parecidos, pero no iguales argumentos, a similares conclusiones.

Para completar el estudio sobre la intervención del Tribunal en materia de tratados, conviene decir que en opinión del profesor José Luis Cea, «*debieran ser sometidos al control preventivo de supremacía las normas de los tratados internacionales que contengan materias propias de las leyes orgánicas constitucionales*»<sup>41</sup> afirmación que me parece completamente justificada y correcta, pues no es posible que bajo la forma de un tratado se regule una materia de ley orgánica constitucional cumpliendo las mayorías constitucionales, pero se eluda el control de constitucionalidad obligatorio.

Más lejos va aún el profesor Humberto Nogueira, para quien el control de constitucionalidad de todos los tratados debiera ser obligatorio, evitando así un posible conflicto entre ellos y la Carta Fundamental<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Op. cit., p. 184.

<sup>42</sup> Op. cit., p. 345.

## E. Jurisprudencia

Entre el 11 de marzo de 1981 y fines de 1989, es decir en poco más de 8 años, el Tribunal Constitucional pronunció sesenta y cinco sentencias, menos de una al mes de promedio, exactamente 0,6 mensuales.

El detalle, año a año, es el siguiente, que he obtenido del libro de Patricio Zapata<sup>43</sup>

Marzo 1981 a Marzo de 1982	10
Marzo 1982 a Marzo de 1983	5
Marzo 1983 a Marzo de 1984	5
Marzo 1984 a Marzo de 1985	7
Marzo 1985 a Marzo de 1986	7
Marzo 1986 a Marzo de 1987	9
Marzo 1987 a Marzo de 1988	8
Marzo 1988 a Marzo de 1989	<u>14</u>
	65

Justo es decir que en estos años se aplicaron las normas transitorias de la Constitución de 1980, ejerciendo el General Augusto Pinochet como Comandante en Jefe del Ejército y Presidente de la República, y los Comandantes en Jefe de la Armada, de la Fuerza Aérea y el General Director de Carabineros, más el Vice-Comandante en Jefe del Ejército, como Miembros de la Junta de Gobierno, a cargo del Poder Legislativo, en reemplazo del Congreso Nacional ausente, de modo que era difícil que se produjeran requerimientos por diferencias en el trámite de formación de las leyes.

El mayor porcentaje de sentencias incide en el examen obligatorio de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, que el mismo profesor Zapata estima en 85% para el período 1981-1994.

En el período analizado no hay ningún requerimiento que incida en un tratado, por objetar su constitucionalidad en su trámite de aprobación por el Congreso.

Sí hay, en el llamado caso Almeyda, un pronunciamiento acerca de la primacía de la Constitución sobre las decisiones de los tratados internacionales, concretamente en

---

<sup>43</sup> Zapata Larraín, Patricio, **La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, 1994, pp. 249 y 250.

el considerando 28 del fallo de 21 de diciembre de 1987, rol N° 46 que dice: «*Que la prevalencia en el orden interno de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta, por lo demás, del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significa permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 a 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario*».

Los tribunales superiores de justicia, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, tuvieron oportunidades de pronunciarse sobre el tema de aplicación preferente del tratado sobre la ley: Reproduzco lo escrito por Humberto Nogueira, quien a su vez lo obtuvo de Luz María y Marcela Fernández Saldas<sup>44</sup>.

Así la Corte Suprema, en fallo de 28 de diciembre de 1983, acoge un recurso de queja recaído sobre sentencia de la Corte de Apelaciones, estableciendo, en su considerando tercero, lo siguiente: «*Que es un hecho no discutido en dicho proceso que el recargo del 100% de los tributos con que se gravó la patente anual del automóvil del reclamante, resultó indebidamente aplicado, toda vez que dicho gravamen respecto de determinados vehículos motorizados no podía ser exigible, por cuanto contravenía lo dispuesto en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio GATT, vigente desde marzo de 1949, tratado internacional que, una vez suscrito por Chile, no puede sufrir derogaciones, modificaciones o suspensiones por medio de disposiciones contenidas en preceptos legales de orden interno*».

A su vez, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 7 de marzo de 1988, concluye en la superior jerarquía del tratado sobre la ley interna, sosteniendo en su considerando cuarto: «*por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, acto unilateral de una sola de las partes, que en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado acuerdo GATT*» (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, 2ª parte, sección 2ª, p. 12).

---

<sup>44</sup> Humberto Nogueira, Op. cit., pp. 372 y 373 y Fernández Saldas, Luz María y Marcela. La Protección de los Derechos Humanos en Chile. La Reforma al Artículo V de la Constitución. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Valparaíso, Chile, 1993.

Finalmente, la Corte Suprema, en sentencia del 14 de noviembre de 1988, en su considerando 13, señaló: «*Que tratándose de garantías constitucionales, cuyo ejercicio está expresamente amparado con un recurso establecido en la propia Constitución, forzoso es concluir que corresponde entender que las normas de esta última prevalece en función de lo que disponga una Convención de carácter internacional que jurídicamente tiene valor la ley, y que, por lo tanto, conforme a nuestra jerarquía legal, no puede disponer más allá de la Constitución que se reconoce universalmente como a la 'Suprema Ley'*» (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXV, N° 3, septiembre-diciembre, 1988, 2ª parte, sección 5ª, p. 259).

La exigüidad de jurisprudencia en materia de tratados no nos puede llevar a concluir, sin embargo, que éstos hayan sido pocos en la época bajo estudio.

Por el contrario, bajo distintas denominaciones de acuerdos, recomendaciones, convenios, acuerdos complementarios, estatutos, protocolos, convenciones, tratados, convenios básicos, programas ejecutivos, planes ejecutivos y leyes propiamente tales, he contabilizado alrededor de 200 instrumentos internacionales aprobados por Chile y publicados en el *Diario Oficial*. Entre ellos muchos en materia de medio ambiente, salud, economía y comercio, agricultura, derechos humanos y hasta límites, de los que sólo quiero nombrar tres, por su extraordinaria importancia:

- Convención contra la tortura o penas crueles, inhumanas o degradantes, de las N.U. de 10 de diciembre de 1984, ratificada el 30 de septiembre de 1988.
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, ratificada el 7 de diciembre de 1989.
- Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina, de 29 de noviembre de 1984, *Diario Oficial* de 14 de mayo de 1985



**EFFECTOS DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS  
HUMANOS EN LA JERARQUÍA DEL ORDEN  
JURÍDICO Y EN LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.  
ALCANCES DEL NUEVO INCISO SEGUNDO DEL  
ARTÍCULO 5° DE LA CPR DE 1980**

Jorge Tapia Valdés (\*)

**RESUMEN**

El artículo trata sobre la ubicación de los tratados de derechos humanos como fuente del derecho constitucional chileno, analizando el tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos, la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional, como asimismo, las limitaciones que la reforma de 1989 al artículo 5° inciso segundo de la Constitución han implicado para los órganos del Estado chileno.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derecho Internacional Público. Derechos Humanos. Derechos constitucionales.

**ABSTRACT**

This paper deals with the status of human rights treaties as sources of Chilean Constitutional Law, examining their hierarchical position, and the relationship between Constitutional Law and International Law, as

---

(\*) LLM. PHD. Prof. de Derecho Constitucional, Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat, Iquique. Artículo recepcionado el 10 de junio de 2003. Aceptado por el Comité Editorial de 24 de junio de 2003. Correo electrónico: jorge.tapia@unap.cl

well as the limitations imposed on the State of Chile by the 1989 amendment to article 5, subsection 2, of the Constitution.

Constitutional Law. International Law. Human Rights. Constitutional Rights.

Tema: “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma”.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este análisis se centrará en los alcances y efectos de la reforma, materia en la cual no necesariamente vamos a coincidir con la opinión hoy prevaleciente en la cátedra, nos anticipamos a aclarar que disentimos, generalmente, de la opinión que la mayoría de los colegas constitucionalistas ha sostenido hasta ahora sobre el mencionado tópico, opinión conforme a la cual la reforma del inciso 2° del art. 5° otorga a los tratados sobre derechos humanos la calidad de constitución en sentido material<sup>1</sup>. Nuestra opinión se alinea un tanto en la dirección en la que ha abordado el problema el prof. Lautaro Ríos, problema que podemos definir como consistente en tres aspectos. Primero, el tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos dentro de la pirámide jurídica chilena. Segundo, el efecto que la disposición que comentamos ha tenido respecto de la actual definición sobre relaciones entre derecho internacional, — tanto general cuanto convencional o bilateral,— y derecho interno chileno, y tercero, el problema de las limitaciones concretas que la reforma ha significado para el ejercicio de sus competencias por los órganos del Estado.

Siguiendo el orden de las cuestiones bajo examen, se postulará, en primer lugar, que quiérase o no, hemos creado con relación a las normas de los tratados sobre derechos humanos una suerte de nueva categoría jurídica, una que por un lado es infraconstitucional

---

<sup>1</sup> Se encuentra entre estos académicos, entre otros, los distinguidos e influyentes profesores Francisco Cumplido C., Cecilia Medina Quiroga, Humberto Nogueira A., Emilio Pfeffer U. y Mario Verdugo H. Ver bibliografía citada por Nogueira en “Bases de la institucionalidad”, incorporado en Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, **Derecho Constitucional**, Santiago, 1997, Tomo I, p. 123, nota 10 bis.

y por el otro, supralegal. En segundo lugar, se afirmará que ello constituye un avance hacia la aceptación de la superioridad del Derecho Internacional sobre el derecho interno, y por último, se sostendrá que esta supremacía del Derecho Internacional se manifiesta con relación a las competencias o poderes de los órganos estatales, pero no respecto de la propia Constitución ni del Poder Constituyente Constituido.

En lo que se refiere a la historia de la reforma, el autor de este artículo reconoce el modo acertado y preciso en que han expuesto los hechos y sus opiniones al respecto en este Seminario los profesores señores Carlos Andrade G. y Francisco Cumplido C., de modo que no abordará esos aspectos<sup>2</sup>. Sin embargo, es útil tener en cuenta algunas conclusiones que se derivan de modo natural y claro de la historia fidedigna, oficial o no, de la reforma. Las perspectivas táctico estratégicas de quienes intervinieron en la discusión sobre la reforma determinaron, primeramente, que se incurriera, “a propósito”, en ciertas imprecisiones y obscuridades de texto, a fin de hacer posible el logro de ciertos objetivos políticos importantes para el proceso de democratización. En segundo término, debe tenerse en cuenta que la cuestión coyuntural, por cierto muy importante, impelía a moverse en la dirección de erigir al Derecho Internacional y a los Tribunales Internacionales en guardianes efectivos de los derechos humanos, dada la posibilidad de que el proceso de democratización en curso en Chile pudiere retroceder o seguir un curso menos plural, más autoritario e ideológicamente dependiente de la tristemente célebre doctrina de la seguridad nacional, que derivare en la insuficiencia de la garantía constitucional y el debilitamiento de la protección judicial de los derechos humanos dentro del país. Por último, un objetivo importante de la reforma pasó a ser el de proporcionar a los tímidos y no siempre bien preparados jueces chilenos elementos de *lege ferenda* y *ius gentium* para que pudieren cumplir su, a menudo, olvidada tarea de protectores de los derechos humanos sin temor al enfrentamiento con el poder ejecutivo<sup>3</sup>.

## **2. INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS (TDH) EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO**

### **2.1. ¿A qué tratados se aplica la norma?**

Se trata de aquellos que se refieren a “derechos esenciales que emanan de la

---

<sup>2</sup> Véase los respectivos artículos en el texto de esta publicación.

<sup>3</sup> Esto queda particularmente en claro en el artículo de Francisco Cumplido, coautor de la reforma.

naturaleza humana”. En el ejercicio de su jurisdicción consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha opinado que la frase similar empleada por el art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos — “tratados concernientes a la protección de los derechos humanos”—comprende “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....”<sup>4</sup>. En principio, tal criterio interpretativo parecería aplicable a la norma constitucional chilena, tanto más cuanto que, al revés de lo que suele suponerse, el art. 5° inciso 2° no utiliza la expresión “tratados sobre derechos humanos”, sino la más genérica de “tratados internacionales”, cuyo sentido es determinado a través de una mera e implícita referencia idiomática a la expresión previamente utilizada en la norma, es decir, “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Sin embargo, esta interpretación es contradicha por la historia fidedigna del establecimiento de la norma, según la cual el texto originalmente propuesto para reemplazar el inciso 2° del art. 5° sí usaba un lenguaje de más amplio alcance, refiriéndose a derechos esenciales garantizados “por las normas internacionales que comprometían a Chile”. Con relación a tal idea, la definitivamente aprobada resulta restrictiva, por cuanto se refiere sólo al derecho internacional convencional, y no al derecho internacional público en general. A partir de este hecho concluimos que el texto del inciso 2° del art. 5° no da pie para aceptar una interpretación tan amplia como la propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por lo tanto, un tratado de libre comercio, un acuerdo de cooperación económica o un convenio sobre seguridad hemisférica no entran en la categoría de tratados sobre derechos humanos aunque contengan cláusulas que mejoren las condiciones de los habitantes de los respectivos países en cuanto al ejercicio de sus libertades y derechos.

## **2.2. Sentido en el que tratado debe ser “vigente”, y posibilidad de denuncia de un TDH**

El constituyente se refiere a derechos garantizados en “tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Mientras la primera parte de esta frase claramente delimita el campo entre derecho internacional convencional y derecho internacional general, dejando las normas de este último fuera de consideración en la

---

<sup>4</sup> Citado por Medina, Cecilia. “El derecho Interno de los Derechos Humanos”, en Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge (Editores), **Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho internacional y las obligaciones inst. de Chile en materia de Derechos Humanos**, Santiago, 1996, p. 70, nota 104.

materia, la parte final de la frase, relativa a la vigencia de los tratados, no es obvia y plantea serios problemas de interpretación.

En la historia de la reforma consta que la referencia a tratados internacionales “que se encuentren vigentes” tuvo por principal causa y objeto asegurar que una serie de tratados sobre derechos humanos que habían sido ratificados pero no publicados, se considerarán vinculantes para los órganos del Estado, en cuanto eran conocidos por el constituyente a la fecha de la reforma constitucional<sup>5</sup>. Al margen de este propósito, en este caso como en tantísimos otros la ley adquiere vida y sentido por sí misma y obliga a desentrañar los significados que su ubicación concreta en el ordenamiento jurídico determina. El error o la astucia del legislador o constituyente quedan atrapados en la maraña lógico - contextual del sistema jurídico. Tomando pie en esta realidad, el intérprete está a la vez autorizado y obligado a hacer el análisis correspondiente.

Al parecer, el constituyente sólo quiso expresar su voluntad frente a las dudas sobre el “desde cuándo” se considera vigente un tratado ratificado por Chile, pero, sin dejar perfectamente aclarado este punto, olvidó referirse al caso de “hasta cuándo” se mantiene en vigencia dicho tratado.

En lo que al primer aspecto se refiere cabe afirmar – una vez superadas las angustias frente a la brutalidad de la dictadura y la debilidad de la entonces renaciente democracia—que sólo cabe considerar vigentes aquellos tratados en que al menos el decreto supremo ratificatorio y promulgatorio ha sido totalmente tramitado y publicado – reconociendo que es frecuente en la práctica que la extensión de muchos tratados y sus anexos hagan casi imposible su publicación íntegra en el *Diario Oficial*. Este criterio resulta el único compatible con el contexto constitucional y, en especial, con la norma del art. 82, N°2, conforme al cual el ejercicio de la atribución de control de la constitucionalidad del tratado por el Tribunal Constitucional tiene como condición el que no se haya aún promulgado la ley o, agregamos, el tratado.

¿Basta la promulgación y publicación del decreto ratificatorio para considerar en vigencia el tratado?

A este respecto cabe concluir que el constituyente debe haber tenido en cuenta la

---

<sup>5</sup> Véase a este respecto Medina Cecilia. Op. cit., p. 68, y Cumplido, F., Op. cit.

posibilidad de que un tratado internacional relativo a derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esté ratificado por Chile pero no en vigencia, porque en virtud de cláusulas de alcance multilateral aún no se cumplen las condiciones para que efectivamente entre en vigencia, o porque dejaron de cumplirse aquellas necesarias para su permanencia en vigor. En ambos casos el tratado tampoco está vigente en Chile. Otro aspecto del problema es si el tratado deja de estar en vigencia por acto unilateral de Chile, que lo denuncia conforme a las normas correspondientes. ¿Puede en realidad nuestro Poder Ejecutivo denunciar un tratado sobre derechos humanos esenciales?

Opinamos que se impone una distinción. Si el tratado internacional tiene por materia y objeto uno distinto de la garantía de derechos esenciales y se refiere a éstos por vía de consecuencia —como podría serlo en el caso de un tratado de libre comercio o de integración económica que otorga derechos a personas que habitan nuestro territorio como consecuencias de las normas generales del tratado— puede el Poder Ejecutivo proceder a la denuncia del tratado conforme a las normas generales. Como consecuencia de ello, al dejar de estar vigente el tratado, las garantías que otorgaba con respecto a determinados derechos, dejan de tener aplicación. Distinto es el caso de un tratado cuyo objeto claro aunque no necesariamente único, es ampliar el marco de las garantías sustantivas y procedimentales de los derechos esenciales. En la mayoría de los casos, dado que el tratado abordará o contendrá otras materias que las relativas a garantías, el Poder Ejecutivo podrá denunciar el tratado; pero aun en tal caso, así como con más razón en el caso en que no pueda denunciar el tratado por referirse éste exclusivamente a una garantía de derecho esencial, la denuncia no produce el efecto de hacer desaparecer jurídicamente la garantía: los derechos previamente garantizados deben entenderse incorporados a la lista o enumeración expresa de los derechos y libertades que la Constitución contiene, ello no sólo por efecto del contexto constitucional (artículos 1º, 5º y 19, N°s. 2º y 26º), sino porque a la luz de la sana lógica jurídica y la naturaleza de las cosas, un tratado sobre derechos esenciales del ser humano fija, al igual que los tratados de límites entre estados, los límites permanentes e invariables de la libertad del individuo frente al Estado.

Imaginemos, para ilustrar esta opinión, el caso de un tratado internacional que incorpora a nuestro derecho interno nuevas, y más extensivas y expeditas normas sobre protección del medio ambiente. Ellas constituyen un desarrollo de nuestro derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, conforme al N° 8º del art. 19 de la CPR. Si posteriormente Chile, por razones estrictamente económicas de tipo neoliberal, denuncia el tratado, esa importante cláusula no desaparece de nuestro sistema jurídico,

no se destruye la ganancia que habíamos obtenido al haber incorporado en nuestro acervo de derechos esenciales otros nuevos relativos a la protección del medio ambiente a la luz de la filosofía propia de una economía sustentable. Podríamos decir otro tanto de tratados que se refieren a procedimientos de tipo internacional o transfronterizo y que establecen normas sobre el debido proceso legal en la medida que perfeccionen las nuestras. Esas normas quedan definitivamente incorporadas pese a la denuncia posible del tratado.

El tipo de situaciones a que nos referimos puede enfrentarnos a situaciones “espinudas”. Un tratado que ha otorgado a la mujer chilena el derecho al aborto, o a los chilenos en general el derecho de practicar la eutanasia, podría perfectamente ser denunciado por una administración o gobierno distinto de aquel que lo aprobó<sup>6</sup>. La respuesta a la pregunta de si esos derechos quedan o no incorporados de modo definitivo entre los esenciales que la Constitución garantiza, pese a la denuncia del tratado, no resulta ya tan simple y obvia. Comprobamos que de hecho se cae en una casuística, que veces puede ser enriquecedora.

Desde el ángulo en que razonamos podría llegar a afirmarse que el artículo 5° inciso 2° restringe la facultad del ejecutivo para denunciar tratados sobre derechos humanos en la misma medida que le impide poner término a esos derechos una vez incorporados en la carta de derechos fundamentales de los chilenos.

### 3. EFECTOS DE LOS TDH EN LAS RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

Veamos ahora los efectos que los tratados ratificados y vigentes relativos a derechos esenciales del ser humano producen en la relación jerárquica entre derecho internacional y derecho nacional, así como en la vigencia de normas de uno y otro rango. A este respecto podrían usarse las categorías de Herbert Hart<sup>7</sup> sobre normas primarias y normas secundarias, ya que claramente lo que se logra al establecer ese inciso segundo es darle mucho más certidumbre, mucho más estabilidad y al mismo tiempo mucho más flexibilidad a derechos que antes estaban en una situación de vaguedad, de imprecisión. Los derechos contemplados en el tratado que es ratificado

---

<sup>6</sup> La hipótesis debe asumirse como muy posible atendido el escenario político electoral de los años venideros en Chile.

<sup>7</sup> Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford, 1972 (10ª edición), pp. 77 y ss.

y se pone en vigencia se incorporan a la carta fundamental de derechos vigentes en el país, al lado y con la misma fuerza que los establecidos en la propia Constitución. Por así decirlo, los derechos esenciales enumerados en la propia Constitución y aquellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes pasan a formar un solo “Bloque Constitucional de Derechos Humanos”, que el legislador no puede variar y el constituyente debe considerar. Ni unos ni otros, en todo caso, son absolutos y pueden ser regulados por el legislador y limitados o restringidos temporalmente por el ejecutivo en los casos en que procede el estado de excepción.

En el análisis de este tema, es oportuno reiterar el principio de que, si bien cualquier tratado debe encuadrarse en la Constitución, ésta, por necesidad y lógica, o si se quiere, por la naturaleza de las cosas, debe atenerse a ciertos principios inamovibles del Derecho Internacional general. El principio *Pacta Sunt Servanda* funciona en este caso, aunque así no sea sólo por efecto de una previa y libre autolimitación de la soberanía del Estado por el Estado mismo, como límite y freno de ese poder soberano. Teniendo esto en mente, cabe acotar que dos de los pilares fundamentales de la política exterior chilena —la intangibilidad de los tratados válida y libremente celebrados y la obligatoriedad general y específica de ellos— descansan en el principio *Pacta Sunt Servanda* y representan una aceptación de limitaciones a la soberanía. Estos principios de política exterior envuelven una definición tanto de las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno, cuanto de aquellas que real y prácticamente existen entre poder soberano del Estado y los poderes de las demás potencias de la comunidad internacional, todo lo cual supone aceptar limitaciones a la soberanía<sup>8</sup>. Todo lo anterior significa que Chile aprueba de manera clara y total el principio establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena, conforme al cual y partiendo de la base que todo tratado en vigor obliga a las partes, y que éstas deben cumplirlo de buena fe, niega la posibilidad de que una parte pueda “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Cabe concluir por tanto y en general, que el establecimiento del actual inciso 2° del art. 5° de la Constitución es sólo un caso más en que se acepta la limitación de la soberanía por el Derecho Internacional, y no es la primera ocasión en que queda de manifiesto que esa limitación se traduce en la modificación de

---

<sup>8</sup> De otro modo se haría insostenible el mantenimiento de relaciones normales con los países vecinos, Perú y Bolivia, lo cual es notorio con relación a las restricciones al ejercicio de poderes soberanos absolutos sobre los territorios del Norte Grande de Chile. En esta materia el Tratado de 1904, con Bolivia y el Protocolo Complementario del Tratado de 1929, con Perú, establecieron claras restricciones al poder soberano del Estado chileno respecto a la facultad de disposición y uso de esos territorios y de algunos de sus puertos.

las competencias que la Carta Fundamental entrega a los órganos estatales para el cumplimiento normal de sus funciones, incluyendo en esta limitación incluso al poder constituyente constituido.

El tópico que analizamos nos ofrece un buen y claro ejemplo de aplicación directa e inmediata de una norma relativa a principios constitucionales de la parte declarativa de la constitución. Los órganos del Estado, en general, deben entender que es una obligación de su desempeño diario el respetar y más que eso, promover los derechos contenidos en los tratados. En otras palabras, la norma se constituye en un criterio de estrategia política en el sentido amplio y bueno de la palabra, a seguir por cualquier gobierno, así como en un criterio de interpretación jurídica para todos los que tiene que hacer aplicación de las normas a que nos referimos.

#### **4. CAMBIOS DE COMPETENCIAS Y RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LOS TDH**

¿A qué órganos se refieren estas obligaciones de respetar y promover los derechos?. Esta pregunta pone de manifiesto que los TDH producen obligaciones y efectos especiales en el campo de las competencias o facultades que tienen ciertos órganos, las que van a variar cuando de derechos humanos se trate<sup>9</sup>. Si a los órganos del Estado nos referimos, cabe decir en primer lugar que están obligados a respetar y promover esos derechos los órganos de gobierno y administración. Esto debe tenerse presente tanto en materia de ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como de la potestad reglamentaria ordinaria cuanto en el ejercicio de las atribuciones de tipo excepcional. Un tratado en la materia podría modificar la ley orgánica constitucional sobre estados de excepción en lo relativo, por ejemplo, a facultades de los jefes de plaza, si es que las normas contenidas en los tratados tienen a este respecto una estructura y contenido superiores.

---

<sup>9</sup> Es del caso hacer notar, sin embargo, que no sería correcto concluir que los derechos humanos establecidos en tratados sólo deben ser respetados por los órganos del Estado. En esto rige también el art. 6° de la Constitución, de manera que cada habitante, y particularmente cada empresa, institución u organización que, por su envergadura o posición estratégica, tiene poder y puede potencialmente violar los derechos esenciales del ser humano, queda bajo la misma obligación. Eso es particularmente importante en ciertas situaciones en que nos enfrentamos a la acción directa o bélica de los grupos llamados ejércitos privados, que algunos llaman guerrilleros: también en esos casos dichos grupos deben respetar las normas fundamentales. Si no lo hacen, son grupos terroristas.

En segundo lugar y esto es muy importante, están llamados a respetar y promover esos derechos los jueces, tanto aplicándolos cuanto haciéndolos prevalecer sobre el derecho interno, una acción que nuestros jueces se resisten a realizar, generalmente por falta de interiorización en materias de derecho internacional y de sus relaciones con el derecho interno.

En tercer lugar, debe analizarse el papel del Tribunal Constitucional, a la luz del artículo 82 N° 2°. El Tribunal Constitucional simplemente no puede objetar un tratado que incorpora nuevos derechos aunque desde el punto de vista de alguno de sus miembros, esos derechos parezcan a primera vista entrar en colisión con la forma en que ellos u otros similares están ya consagrados en la Constitución. El Tribunal debe siempre abrir paso a los tratados de derechos humanos y no podrá objetarlos sino en casos muy específicos, como el de vicios formales. Así, por ejemplo, si la finalidad ostensible del tratado es ampliar la garantía sobre los derechos esenciales, el Tribunal Constitucional no puede hacer prevalecer otros principios que pudieren verse al mismo tiempo afectados, incluso principios como el de soberanía y con más razón reglas de competencia de órganos nacionales. Tal sería el caso, y esto sin duda claramente tiene relación con el fallo varias veces comentado en el curso de este Seminario, de la creación de una judicatura internacional en materia penal, la que no debe verse como un atentado a la distribución de competencias establecidas por la Constitución, si lo que tiene como objeto real y fundamental esa judicatura es ampliar el campo de las garantías de libertades y derechos esenciales.

## **5. LOS TDH COMO NORMATIVA SUPRALEGAL**

Al tratar el tema de las limitaciones y obligaciones que los TDH imponen al legislador, entramos definitivamente en el problema de la jerarquía jurídica de los tratados sobre derechos humanos.

Hoy, pocos discutirían que los tratados tienen valor de ley, no sólo porque desde antiguo la Constitución exige para la aprobación de un tratado que se le someta a los trámites de una ley, o porque la jurisprudencia invariablemente ha sentado esa conclusión. Hoy, además, el art. 50, N° 1°, inciso tercero, faculta al Congreso para, en el mismo acuerdo aprobatorio, autorizar al Presidente de la República para “dictar las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento”. Cabe concluir a partir de esta norma, primero, que en estos casos un mero “acuerdo” de Congreso tiene la fuerza normativa para entrar en una materia de ley de las que establece

el art. 61, y segundo, que el constituyente estima obvio que, una vez entrado en vigencia, el tratado obliga a adaptar la legislación preexistente al tratado del mismo modo en que la ley anterior debe encuadrarse en la ley posterior.

Adicionalmente, colocan al tratado al mismo nivel que la ley tanto el inciso segundo del N° 1° del art. 50, que al crear la categoría de “tratados ejecutivos” — medidas que adopte o acuerdos que celebre el ejecutivo para el cumplimiento de un tratado en vigor y que no requieren aprobación del Congreso— crea implícitamente aquella de “tratados ordinarios o comunes”, de jerarquía superior a los tratados ejecutivos, y al menos igual a la de la ley, en cuanto pueden extenderse a cualquier materia ya regulada por el legislador o que pudiere serlo en el futuro; y el art. 82, N° 2°, que faculta al Tribunal Constitucional para “resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación” de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

En realidad, estamos en el momento de preguntarnos si el tratado en general, no sólo el de derechos humanos, tiene o no una jerarquía mayor a la ley<sup>10</sup>. Recordemos, primero, que el sistema legal chileno otorga la misma jerarquía a todas las normas aprobadas por el poder legislativo. Las normas del art. 63 no crean leyes de distintas jerarquías, status o efectos, sino simplemente casos de mayor o menor rigidez, a consecuencia de una opción ideológico política que pudo ser de ese modo o de otro. Pero la potestad del legislativo, sea que dicte ley orgánica, ley de quórum calificado, o ley ordinaria o si autoriza para dictar leyes delegadas, es siempre la misma<sup>11</sup>. Esta idea se afirma aun más, si tenemos presente, que para fundar este razonamiento basta pensar que a nadie se le ha ocurrido decir que hay dos y distintos niveles jerárquicos de Constitución porque en el art. 116 se establecen dos quórum distintos de aprobación de una reforma constitucional, en función de los capítulos que se desea modificar.

Por lo expuesto, todo tratado puede modificar cualquier ley, no necesariamente derogándola, sino haciéndola en la práctica inaplicable para los casos genéricamente

---

<sup>10</sup> Véase en tal sentido el interesante artículo de Crisólogo Bustos en “Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley”, publicado en *Revista de Derecho*, consejo de Defensa del Estado, Agosto, 2002, N° 7, pp. 35 y ss.

<sup>11</sup> Existe una situación muy similar a esta en el sistema constitucional español, lo que hace concluir a De Otto que “no hay diversas clases de leyes, sino una sola ley, la parlamentaria, con distintos requisitos de aprobación, reforma y derogación según la materia de que se ocupe...”, De Otto, Ignacio, **Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**, Barcelona, 1995, pp. 112 y ss.

considerados en el tratado. Puede ser el caso de una ley sobre impuestos, que queda sin efecto para quienes cumplan ciertas condiciones previstas en un tratado de libre comercio; o normas sobre visas, que dejan sin efecto las normas generales existentes respecto de ciertas categorías de personas, etc. Además, para que se produzca efecto anulatorio o de inaplicabilidad la ley nacional por efecto del tratado, debe cumplirse con el requisito, y aquí concuerdo con la opinión del Tribunal Constitucional, de que las respectivas disposiciones se aprueben con los quórum que correspondería si se estuviere discutiendo una ley en el parlamento<sup>12</sup>.

Como vemos, aprobado un tratado, el legislador y la ley quedan, quiérase o no, en una jerarquía inferior en esa materia. El legislador y por tanto la ley no puede dictar normas sobre esa materia ya que no puede modificar el tratado, y ello no sólo por efecto de la aplicación del principio "*Pacta Sunt Servanda*", sino por la forma textual y de contexto en que la Constitución misma ha arreglado las cosas. Conclusión a este respecto: los tratados de derechos humanos, que es lo que nos interesa, no pueden ser revisados por el legislador, salvo para elevar el status de las garantías que conceden respecto de ciertos derechos esenciales, los cuales últimos requieren un tratamiento igual al que se otorga a los demás derechos esenciales establecidos y garantizados por la Constitución, y teniendo presente las restricciones que en la materia impone el N° 26 del art. 19.

## 6. EL TDH COMO NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL

Bajo este epígrafe abordaremos el problema mayor: la discrepancia entre aquellos que creen que el TDH es Constitución en el sentido material, y aquellos que creen que la Constitución no ha sido tocada en su integridad cuando se aprueba el tratado de derechos humanos. Este es un problema típico de lo que se llama en doctrina la "**reforma implícita**"<sup>13</sup>, modo de reforma que operaría si se atribuye la virtud de modificar la Constitución a la concurrencia en la aprobación de un proyecto de ley de una mayoría igual al menos a la necesitada para reformar la Constitución. Una condición

---

<sup>12</sup> Sentencia de 04/08/2000, rol 309, conforme a la cual "si un tratado internacional contiene normas propias de la ley orgánica constitucional, el acuerdo del congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la constitución para esa clase de leyes", es decir, 4/7 de diputados y senadores en ejercicio. No compartimos en absoluto, sin embargo, la conclusión que deriva el Tribunal Constitucional a partir de aquella primera y casi perogrullesca opinión: dado lo que explicamos en el punto 5, no existen leyes de distinta jerarquía, sino leyes más o menos rígidas o flexibles.

<sup>13</sup> Véase De Otto, Op. cit., pp. 62 ss.

que, generalmente, se adscribe a esta modalidad de cambio constitucional, es una previsión expresa al respecto de la propia Carta Fundamental.

En el caso que estudiamos resulta muy difícil admitir la existencia de una “reforma implícita”, no sólo porque falta la autorización, sino porque ésta debería además extenderse al procedimiento en su totalidad, haciendo innecesaria la aprobación en Congreso Pleno. Al no existir reforma implícita, corresponde concluir que la Constitución en sí no ha sido modificada y que, por tanto, el tratado no es Constitución ni en sentido formal ni en sentido material. El natural deseo de muchos constitucionalistas de aumentar al máximo posible la protección y defensa de los derechos humanos en vista de la trágica historia reciente de nuestro país al respecto, - que compartimos - no puede tener la virtud de cegar nuestros ojos ante lo evidente.

Había anticipado que la Constitución sigue jerárquicamente situada por sobre el tratado de derechos humanos. Hacer esta afirmación no supone adherir en absoluto a la concepción clásica y tradicional de soberanía, de manera que ni siquiera ha sido necesario usar el concepto. Nos hemos situado en un plano casi puramente lógico formal, en el sentido de recurrir casi únicamente a elementos de racionalidad jurídica. Al margen de ello, cabe hacerse una pregunta: ¿es importante la conclusión acerca de la inexistencia de reforma implícita respecto de la finalidad de mejorar la protección de los derechos humanos.? Para responder adquieren importancia fundamental, primero, la distinción entre tratados y derechos garantizados en el tratado, y segundo, la distinción entre iusnaturalismo trascendentalista o providencialista y racionalismo propiamente tal.

En lo relativo a la primera distinción que proponemos hacer, nos parece evidente que el verdadero y legítimo propósito del nuevo inciso segundo del art. 5º consiste en la agregación automática al listado de libertades y derechos contenido en el art. 19 de la CPR, de aquellos que contiene el tratado, y en la forma en que los contiene. Por tal razón, sólo el Poder Constituyente podría dejar sin efecto esos derechos y su régimen, del mismo modo en que podría cambiar la Carta general de derechos garantizados en la Constitución. Pero ni el legislativo ni el ejecutivo, sea por la vía de modificación legal o de denuncia del tratado, podrían poner término a esos nuevos derechos agregados a los garantizados directamente por la Constitución. Nos hemos referido al punto al abordar el tema 2.2.

Dicho lo anterior, cabe acometer el problema desde uno u otro de los puntos de

vista iusnaturalistas mencionados.

Desde el punto de vista del iusnaturalismo católico<sup>14</sup>, la respuesta sería que ni siquiera el poder constituyente podría quebrar la intangibilidad de los derechos esenciales, en cuanto éstos son por definición inherentes al ser humano y anteriores, por tanto, al Estado y a la Constitución. Sólo podría tocarse el tratado para mejorar las condiciones de los derechos reconocidos. Desde el punto de vista positivista y humanista cabe reconocer que el subdesarrollo de la Constitución de Chile puesta en vigencia en 1980, nos coloca en la obligación de incorporar nuevas tendencias para definir, como hoy día hay que hacerlo, la relación entre derecho interno y derecho internacional y derecho interno y derecho comunitario, así como de modernizar el concepto de soberanía. Empieza a ser obvio que si la soberanía reconoce como límites los derechos esenciales del ser humano, no es el derecho nacional y soberano el que puede primar en la materia, sino el derecho internacional y su judicatura. La dignidad del ser humano, sus fines, y sus derechos fundamentales son algo demasiado importante para dejarlos en manos de los creadores, aplicadores y, eventualmente, manipuladores, de los ordenamientos jurídicos nacionales. En última instancia, lo que siempre hay que tener en mente es que si bien la Constitución es la fuente de todas las fuentes del derecho, los derechos del hombre son la fuente de todas las Constituciones.

---

<sup>14</sup> Nos referimos especialmente a los escritos sobre el tema tanto de Jacques Maritain como de Víctor Cathrein.

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

Francisco Cumplido Cereceda (\*)

### RESUMEN

Mediante el presente artículo el autor analiza el contexto político y jurídico en que se realizó la negociación de la reforma constitucional de 1989, deteniéndose en la reforma al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, explicando sus fundamentos y objetivos, como asimismo las razones de sus limitaciones de redacción.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Reforma Constitucional. Derechos Fundamentales. Derechos Humanos. Historia Institucional de Chile.

### ABSTRACT

The political and legal context of the negotiations leading to the Chilean constitutional amendment of 1989 is examined here. Analysis turns then to the changes introduced to article 5, subsection 2 of the Constitution, explaining their rationale and goals, as well as the reasons for the limitations of the text finally approved.

---

(\*) Abogado. Profesor de Derecho Constitucional. Rector Universidad Miguel de Cervantes, Santiago, Chile.  
Artículo recepcionado el 10 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 24 de abril de 2003.  
Correo electrónico: rectoría@ucervantes.cl

Chile. Constitutional Law. Constitutional Amendments. Fundamental Rights. Human Rights. History of Chilean Institutions.

## 1. CONTEXTO DE LA REFORMA

En primer lugar, hay que tener presente que el establecimiento de una Constitución y su reforma es un acto político, el acto político primordial, de manera que es muy importante en la interpretación de la Constitución considerar el contexto político en el cual ésta fue establecida, y, también, el sentido que los autores quisieron darle en ese contexto político. Para una comprensión cabal de la reforma constitucional de 1989, en su gestación, contenido y efectos políticos es necesario considerar algunos antecedentes históricos. Desde luego, la transición chilena del autoritarismo a la democracia fue un proceso político y no militar. La disidencia al gobierno militar asumió a partir de 1984 la estrategia de derrotarlo en la propia institucionalidad transitoria de la Constitución de 1980.

El rechazo de la mayoría de los ciudadanos a la nominación del general Augusto Pinochet Ugarte como Presidente de la República, en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, abrió la posibilidad de llegar a un acuerdo entre los partidos políticos integrantes de la Concertación por la Democracia, opositora al gobierno militar, el partido Renovación Nacional que lo apoyaba y el propio gobierno militar, para introducir reformas a la Constitución Política de 1980, con el fin de que hubiera gobernabilidad democrática.

Tal reforma constitucional debía ser aprobada por el procedimiento previsto en la Constitución de 1980 para el período de transición, es decir, voto favorable de la Junta de Gobierno y aprobación por plebiscito. La Concertación de Partidos por la Democracia después del resultado del plebiscito de 1988, estimó posible que su candidato a la Presidencia de la República tendría muchas probabilidades de ganar. Al mismo tiempo, consideró que, habida cuenta del sistema de reforma constitucional establecido en las normas permanentes de la Constitución de 1980, no existía posibilidad real de reformas oportunas y no podría cumplir su programa, provocando una grave ingobernabilidad. La misma situación se podía deducir de los altos quórum para la modificación de las leyes orgánicas constitucionales. Por otra parte, la integración del Consejo de Seguridad Nacional auguraba decisiones controvertidas. Había, pues, que entrar a una negociación que permitiera un acuerdo con el gobierno militar, lo que evidentemente implicaba que, como en toda negociación, cada parte tuviera un interés que deseaba realizar, además de existir un objetivo común compartido. Opino que este último se refleja en los términos siguientes: Concertación, gobierno militar y Renovación Nacional estábamos

de acuerdo, a esas alturas del proceso político, en la necesidad de caminar hacia una democracia en forma gradual, que permitiera recuperar la confianza, pero erradicando todo tipo de violencia y sin los extremismos de otras épocas. Para la Concertación era vital reforzar los derechos humanos, romper lo más posible el «cerrojo constitucional» de la Constitución de 1980 y suprimir o atenuar el poder de seguridad. Si se lograron o no, total o parcialmente, esos objetivos que atribuyo a la negociación es una evaluación que hay que hacer examinando la realidad política posterior.

## **2. GESTACIÓN Y CONTENIDO DE LA REFORMA AL ART. 5°**

Cuando en la Concertación de Partidos por la Democracia estudiamos la situación de los derechos humanos en la Constitución de 1980, concluimos que había un avance en materia de derechos civiles, respecto de Constituciones anteriores, pero un franco retroceso en derechos políticos, económicos y sociales. Para nosotros, los negociadores de la Concertación, habría sido mucho más técnicamente preciso proponer la adecuación de la Constitución, respeto de cada derecho, a los tratados internacionales sobre la materia, pero nos encontramos con que debíamos concordar la reforma en un tiempo muy breve. En la Comisión de la Concertación, encargada de proponer las reformas constitucionales a la Constitución de 1980, se había aprobado una modificación al artículo quinto, en que se establecía la incorporación de los derechos asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile, como por la costumbre internacional y por los principios generales de derecho internacional. Renovación Nacional y el gobierno militar plantearon que aludir a la costumbre y a los principios generales creaba un margen de incertidumbre en relación con la materia. Nosotros no insistimos en nuestra posición, porque estimamos que tanto la costumbre, como los principios generales del derecho internacional tendrían siempre plena aplicación.

Así, con el fin indicado se convino en agregar al artículo quinto mencionado un inciso segundo, que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Recordamos, los negociadores de la Concertación, que Chile había ratificado la Convención de Viena sobre los tratados y, por consiguiente, existían normas sobre vigencia, aplicabilidad e interpretación de los tratados pertinentes al caso concreto.

En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue ratificada

por nuestro país el 9 de abril de 1981, promulgada por Decreto Supremo N° 381, del mismo año, publicado en el *Diario Oficial* de 2 de junio de 1981. En consecuencia, la referida Convención era, a la fecha de la reforma constitucional al Art. 5° de la Constitución, un tratado vigente y de plena aplicabilidad. Cualquiera que fuera la interpretación que posteriormente los tribunales efectuaran, debían tener en cuenta lo dispuesto en la Convención, particularmente en los artículos 27, 31, 38, 53, 64 que regulaban y regulan la prohibición a los Estados de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado; la interpretación de buena fe de los tratados, en especial, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin; el caso que una norma de un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional, reconocida como tal; el carácter imperativo de una norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), en cuanto esa norma no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General; la nulidad de todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General, y la disposición que establece que si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Nuestro propósito era que no hubiera ninguna duda que las normas mencionadas regían y regirían en Chile. Si lo decíamos expresamente contribuíamos a la certeza jurídica, pero la reforma global corría el riesgo de fracasar.

### 3. SENTIDO DE LA REFORMA DEL ART. 5°

La redacción dada a la reforma del Art. 5° de la Constitución ha suscitado controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Hubimos de aprobarla por las razones expresadas anteriormente.

Cuando estudié el problema, tuve presente que tanto en la Constitución de 1925, como en la de 1980, la doctrina incorporada a ellas era la de la existencia de los derechos humanos anteriores al Estado y que, por consiguiente, las Constituciones lo único que hacían era asegurarlos, y se asegura lo que ya existe. Ambas Constituciones, adhiriendo a la preexistencia de los derechos al Estado, los incorporaban a la Constitución para proclamarlos, protegerlos y promoverlos, al mismo tiempo que reglamentarlos en la normalidad y en las situaciones de excepción constitucional, como enseñaba mi maestro el Profesor Gabriel Amunátegui Jordán respecto de la Constitución de 1925.

La Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto, el inciso segundo del artículo 5°, establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca pues sobre la soberanía a tales derechos. Por su parte, el Artículo 1° prescribe que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, afirmación contenida en varias Convenciones sobre derechos humanos. Agrega que el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203)

¿Por qué resolvimos, entonces, aceptar incorporar expresamente, a lo menos, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, además de los garantizados por la Constitución?

En primer término, porque sólo esporádicamente los tribunales aplicaban directamente las normas de la Constitución y, también, frecuentemente exigían que la legislación recepcionara lo convenido en los tratados internacionales.

En segundo término, se había producido, durante el gobierno militar la suscripción, ratificación y promulgación de tratados sobre derechos humanos y, al no ser publicados en el *Diario Oficial*, los tribunales no los aplicaban por estimar que no estaban vigentes. Así ocurrió con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos promulgado en 1976, y publicado sólo en abril de 1989; con el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, ratificado en 1976 y promulgado y publicado el 27 de mayo de 1989; con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, sólo publicada en 1991.

Los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos esenciales, garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes, tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución. En segundo término les dábamos a los referidos derechos el carácter de

vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos, no la parte adjetiva del tratado.

En conclusión, de lo expuesto podemos establecer las siguientes consecuencias jurídicas:

1. El enunciado de los derechos esenciales de la persona humana asegurados por la Constitución de 1980, no es taxativo, es decir, no sólo son tales los regulados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino todos los que sean necesarios para proteger la dignidad humana, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 1º, incisos 1 y 4, Art. 5º inciso 2º, ambos Bases de la Institucionalidad y Art. 19 inciso 1 y N° 26.

2. Habida cuenta que el Art. 5º de la Constitución establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, el poder constituyente derivado, el legislador, y el Presidente de la República y el Congreso Nacional al suscribir y ratificar un tratado, no pueden suprimir los derechos humanos garantizados, ni menoscabarlos.

3. Por la misma razón anterior si hubiere conflicto o contradicción entre derechos esenciales de la persona humana, el intérprete judicial, gobernante o administrador debe preferir el derecho humano más extenso compatible con el respeto a la dignidad humana.

4. Si bien es cierto que la Constitución de 1980 y sus leyes complementarias limitan a casos concretos la procedencia de recursos como los de amparo, protección, reclamación de nacionalidad y amparo económico, el afectado en un derecho humano podrá siempre interponer una acción en juicio ordinario sobre la base de las disposiciones citadas en el apartado 1.- de esta ponencia, y el Art. 19 N° 3 de la Constitución que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, en relación con el principio de la inexcusabilidad, consagrado en el artículo 73 inciso segundo de la Constitución.

5. La atribución que el artículo 82 N° 2, otorga al Tribunal Constitucional respecto de los tratados que contengan derechos esenciales de la persona humana ha de entenderse limitada, en una interpretación sistemática, a la inconstitucionalidad de

forma y, en cuanto a la de fondo, sólo si se suprime un derecho humano o se le menoscaba por el referido tratado, y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad si se hace una interpretación extensiva del término «precepto legal», como se estimó en el informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, sólo sería aplicable para el caso en que se suprima un derecho humano o se le menoscabe.

Un segundo problema de interpretación es el de qué se entiende por tratados vigentes.

Convinimos en la negociación que se incorporaban a la Constitución, en el carácter de vinculantes para los órganos del Estado, todos los derechos esenciales de la persona humana contenidos en los tratados ratificados por Chile a la fecha de la vigencia de la reforma constitucional, ya que se estimaban conocidos por el poder constituyente - la Junta de Gobierno y los ciudadanos- y por los negociadores. Respecto de los tratados futuros sobre la materia, se aplicarían las normas permanentes de la Constitución y las de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. No resolvimos, expresamente, la inconsecuencia que se puede presentar entre la vigencia internacional y la vigencia interna de un tratado, porque se corría el riesgo de que no hubiera reforma constitucional, por los problemas de la sistemática violación de los derechos humanos habidas en Chile durante el gobierno militar. Los negociadores de la Concertación pensamos, además, que los jueces nuestros, en un régimen político democrático, iban a asumir las modernas tendencias de interpretación de la Constitución, lo que ha ocurrido gradual y relativamente, construyendo en la interpretación el mejor derecho posible sobre la base de las normas de principios establecidas en la Constitución, que a veces se olvidan, como los artículos 1° y 5°.

#### 4. DOCTRINA SOBRE EL SENTIDO DE LA REFORMA

Como es obvio la opinión de los constitucionalistas sobre el sentido de la reforma es diversa.

Así, comparte nuestra interpretación el Prof. Humberto Nogueira Alcalá («Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno». *Rev. Ius et Praxis* N° 2, Año 2 ; «Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos» *Rev. Ius et Praxis* N° 2, Año 6). En la primera de las fuentes bibliográficas citadas el Prof. Nogueira sostiene que las características de la constitucionalización de los derechos

humanos a través de los tratados internacionales es compartida, también, por los profesores Santiago Benadava, Cecilia Medina, Rodrigo Díaz Albónico, Paulino Varas, Salvador Mohor, José Luis Cea, Claudio Troncoso, Enrique Evans, entre otros. Agregaría que aceptan nuestros planteamientos con algunos matices.

Por su parte, el Prof. Emilio Pfeffer Urquiaga, sostiene que le parece necesario puntualizar «que si las normas contenidas en un tratado internacional dejan de ser aplicables de acuerdo al Derecho Internacional, ellas ya no forman parte del Derecho Interno, salvo que se refieran a derechos esenciales de la persona humana, los cuales una vez reconocidos y garantizados, ya no podrían desconocerse por el mandato contenido en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución».( *Rev. Ius et Praxis* , Año 2 N° 2 ).

El Prof. José Luis Cea Egaña, actual Ministro del Tribunal Constitucional, afirma: «que la obra del Constituyente debe ser interpretada en el sentido de infundir el máximo de realización a lo que preceptúa el art. 5° inc. 2°, que es una Base Institucional». «Esas disposiciones (se refiere al Derecho Internacional Convencional) fueron concebidas y redactadas con la intención que- a mi juicio, el art. 5° trasunta con entera claridad- tuviera jerarquía formal y sustantiva material de Constitución». Agrega que, el *ius cogens* tiene un carácter supraconstitucional, es decir, jerarquía superior a la Carta Fundamental. «Un Estado no puede invocar ninguna razón legítima para atropellar el principio de la buena fe, el cumplimiento de los tratados y tantos otros principios de *ius cogens* que son fundamentales en una convivencia civilizada». Sin perjuicio de lo anterior, a su juicio, la reforma de 1989 se refiere a los derechos fundamentales del hombre, como tales, a los que se encuentran contenidos o articulados en tratados, estimando un tanto bizantina la discusión en cuanto a lo que si considera el Constituyente son los derechos como tales o el documento jurídico en el cual dichos derechos se encuentran articulados. Por último, es interesante destacar que el autor sostiene que el derecho convencional se incorporó a la Constitución de 1980, por la reforma de 1989, en términos globales y automáticos, no solamente el vigente a la fecha de la reforma, sino que se abrió a todos los tratados que se puedan dictar en el futuro sobre derechos humanos ( *Ius et Praxis* Año 2, N° 2 ).

Una opinión diferente tiene el Prof. Lautaro Ríos Alvarez, que reconociendo el mérito de la reforma en cuestión, en cuanto dinamiza la declaración que los derechos humanos constituyen un límite del ejercicio del poder, la desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos con la suprema jerarquía de la Constitución, choca abruptamente con el sistema mixto de

control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, entregados al Tribunal Constitucional y a la Corte Suprema, según el caso, los que no serían operables si los tratados de derechos humanos tuvieran rango constitucional «*per se*» y, atentarían también en contra del mecanismo rígido de reforma de la Constitución. (*Ius et Praxis* Año 2 N°2).

El Prof. Mario Rossel Contreras, junto con aceptar que el artículo 5° de la Constitución consagra la incorporación automática de los tratados sobre derechos humanos, requiriendo sólo para ello la ratificación, aboga por incorporar un capítulo de la Constitución al Orden internacional, que resuelva expresamente, con precisión todo lo relativo a la materia (*Ius et Praxis* Año 2 N°2)

El Prof. Jorge Enrique Precht Pizarro en su lato estudio denominado «Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional Convencional y Derecho Interno Chileno», (*Ius et Praxis* Año 2, N° 2 ), refiriéndose a un razonamiento del egregio profesor don Alejandro Silva Bascuñán, señala que es verdadero en cuanto constata un hecho: la voluntad restrictiva del reformador de 1989 de limitarse a los tratados internacionales ratificados por Chile, pero es incompleto el razonar del profesor Silva, porque el legislador chileno reformador de 1989 fue un cazador cazado en su propia red y la jibarización que pretendió no puede reducir lo irreductible. Si es así, los negociadores de la Concertación logramos el objetivo previsto.

En cuanto a la jurisprudencia sobre la materia, posterior a la reforma de 1989, ella se encuentra expuesta en las ponencias del actual Presidente de la Corte Suprema, don Mario Garrido Montt y en las del Prof. Humberto Nogueira, en el Seminario «Constitución y Tratados Internacionales», también publicadas en *Ius et Praxis*, año 2 N° 2. Sin embargo, merece un comentario final la sentencia del Tribunal Constitucional que, con ocasión de un requerimiento de 35 diputados, para que el tribunal declare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, se pronunció, por la mayoría de sus miembros, sobre la jerarquía de los tratados, resolviendo que priman las normas fundamentales sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile, y que el tratado que contiene el Estatuto mencionado requiere reforma constitucional previa a su aprobación por el Congreso Nacional y posterior ratificación por el Presidente de la República. Además de lo expuesto precedentemente en esta ponencia, parece pertinente transcribir el considerando Noveno del voto disidente del Ministro Marcos Libedinsky Tschorne, que refiriéndose al art. 5° reformado de la Constitución, se pregunta: ¿ Frente al tenor

categorico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana»? En otras palabras, ¿es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales? Compartimos la opinión del Ministro Libedinsky que «aparentes obstáculos constitucionales pueden ser salvados acudiendo a enfoques interpretativos que, estableciendo límites armoniosos y justos, permitan concluir que existe plena compatibilidad entre el Estatuto de la mencionada Corte y las Constituciones de países que se encuentran en trámite de ratificación del Tratado como es el caso de Chile», es decir, la Constitución debe interpretarse basada en principios que permitan construir el mejor derecho posible para la dignidad humana.

## 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 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* 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 el 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 modificadorio 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 los 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.

---

## LOS DERECHOS ESENCIALES O HUMANOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU UBICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Humberto Nogueira Alcalá (\*)

### RESUMEN

El presente artículo analiza la posición de los derechos humanos o fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno, teniendo en consideración para ello el derecho constitucional positivo chileno y comparado, los tratados que contienen derechos esenciales ratificados por Chile y vigentes, la doctrina nacional y comparada, la jurisprudencia nacional, comparada e internacional. El artículo realiza un análisis crítico de la jurisprudencia nacional y plantea reformas necesarias para otorgar seguridad jurídica en el goce y ejercicio de los derechos en Chile.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derecho Internacional Público. Derechos Humanos. Derechos Fundamentales. Derecho Constitucional Comparado.

### ABSTRACT

This article analyzes the status of Human Rights in the Chilean legal system, considering Chilean and Comparative Constitutional Law,

---

(\*) Doctor en Derecho de la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica; Profesor Titular de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile  
Artículo recepcionado el 9 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 23 de abril de 2003.  
Correo electrónico: nogueira@utalca.cl

international treaties on human rights ratified by Chile and currently in force, national and international scholarship, and national, comparative and international judicial doctrine. The opinions of Chilean Courts are critically assessed, and reforms are suggested that would improve the protection of human rights in Chile.

Chile. Constitutional Law. International Law. Human Rights. Fundamental Rights. Comparative Constitutional Law.

## 1. INTRODUCCIÓN

**1.1.** La Constitución chilena vigente, con las modificaciones que se le han introducido desde 1989 hasta el presente, podemos sostener que instituye una concepción e idea de derecho de una *sociedad política de tipo personalista*, que organizada en un régimen político democrático, asegura, garantiza y promueve los derechos esenciales de la persona humana o los derechos humanos, todo ello de acuerdo con los artículos 1 inciso 1º; 5 inciso 2º y 19 de la Carta Fundamental.

**1. 2.** Esta perspectiva personalista se complementa en la Carta Fundamental chilena con la *concepción instrumental y servicialista del Estado*. En efecto, el artículo 1º, inciso 4º, determina:

*“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.*

La persona es el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal, estando el Poder Público al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales.

**1.3.** El trabajo que presentamos se encuentra dentro del *derecho de los derechos*

*humanos (Law of Humann Rights)*, que es aquel ámbito del derecho general que tiene por objeto el estudio y análisis de los derechos humanos o derechos fundamentales<sup>1</sup>, en el ámbito del derecho público interno e internacional.

## 2. EL CONCEPTO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA Y DE DERECHOS ESENCIALES O HUMANOS

El artículo 1º, inciso 1º de la Constitución precisa: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”

**2.1. La dignidad de la persona** es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin. Tal dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos. Podemos sostener así que dada la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Como sostenía Maritain, «se trata de establecer la existencia de derechos ...(...). inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción»<sup>2</sup>.

**2.1.1.** En tal sentido, el status jurídico-constitucional de la persona es un status jurídico material de contenido concreto, no disponible por la propia persona, por los poderes públicos, por los organismos internacionales o por los organismos supranacionales.

No es posible seguir sosteniendo a inicios del siglo XXI lo que señalaban autores de la segunda mitad del siglo XIX, como Gerber<sup>3</sup> o Jellinek<sup>4</sup>, para los cuales los

---

<sup>1</sup> Ver Fernández, Eusebio, **Teoría de la justicia y derechos humanos**, Ed. Debate, Madrid, España, 1991, p. 113.

<sup>2</sup> Maritain, Jacques, **Acerca de la filosofía de los derechos del hombre**, Ed. Debate, Madrid, España, 1991, p. 116.

<sup>3</sup> Gerber, K.F., *über öffentliche Rechte* (1852).

<sup>4</sup> Jellinek, Georg, *Das system der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892).

derechos subjetivos públicos no representan más que una autolimitación impuesta y siempre revocable por el propio Estado.

**2.1.2.** La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.

**2.2.** La Constitución chilena utiliza los conceptos de “*derechos*” (artículo 1º, inciso 1º), “*derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*” (artículo 5º inciso 2º), como asimismo de “*derechos humanos*” (artículo 9º), a su vez, se refiere a “*derechos constitucionales*” el encabezamiento del artículo 19º.

Dichos conceptos pueden ser estimados análogos o considerar que constituyen conceptos jurídicos diversos.

**2.2.1.** La denominación utilizada de **derechos “esenciales”** o «**humanos**», consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico.

**2.2.2.** Los **derechos esenciales** o **humanos** constituyen en una conceptualización afín con nuestra Carta Fundamental, *el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos.*

El *concepto de derechos humanos*, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el Derecho Internacional, sea éste Consuetudinario, Convencional o *Ius Cogens* (Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanita-

rio). Muchas veces el concepto se extiende a los presupuestos éticos y los componentes jurídicos positivados en las Cartas Fundamentales de cada Estado, denominados también derechos constitucionales o derechos fundamentales<sup>5</sup>.

El profesor **Antonio Truyol y Serra** escribe «*Decir que hay derechos humanos .... equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados*»<sup>6</sup>.

Así **Fernández Galiano** podrá señalar que son «*aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana*»<sup>7</sup>.

El constitucionalista y filósofo del derecho argentino, prematuramente fallecido, **Carlos Santiago Nino**, sostenía que «*Siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)*»<sup>8</sup>.

**Castán Tobeñas** define los derechos del hombre «*como aquellos derechos fundamentales de la persona humana -consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a éste en razón de su propia naturaleza (de esencia a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común*»<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Peces-Barba, Gregorio, **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, España, 1995, p. 37. Cea Egaña, José Luis, **Derecho Constitucional Chileno**, Tomo I, p. 221. El profesor Costarricense Hernández Valle los define como el «conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho Positivo».

<sup>6</sup> Truyol y Serra, Antonio, En «Estudio Preliminar», a **Los derechos humanos. Declaraciones y Convenciones internacionales**, p. 11.

<sup>7</sup> Fernández Galiano, Antonio, **Derecho Natural. Introducción filosófica al derecho**, p. 134.

<sup>8</sup> Nino, Carlos, **Introducción al análisis del Derecho**, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 417.

<sup>9</sup> Castán Tobeñas, José, **Los derechos del hombre**, pp. 13 y 14.

**Peter Häberle** señalará que los derechos fundamentales constituyen “*el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales*”<sup>10</sup>.

El profesor francés **Louis Favoreau** considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “*el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional*”<sup>11</sup>.

El profesor **Cea Egaña** señala que son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”<sup>12</sup>.

En este artículo utilizaremos los conceptos de derechos humanos o derechos esenciales alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados.

**2.2.3. La norma jurídica positiva no crea los derechos esenciales o humanos, su labor está en reconocerlos, asegurarlos, convirtiéndolos en obligación jurídica, garantizarlos y promoverlos**, como lo reconoce expresamente nuestra Constitución en los artículos 1º inciso 1º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; artículo 19, inciso 1º “La Constitución asegura a todas las personas” los derechos que señala; artículo 5º, inciso 2º, “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos ...”

---

<sup>10</sup> Häberle, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales” en **Problemas actuales de los derechos fundamentales**, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, p. 94.

<sup>11</sup> Favoreau, Louis, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, RFDC N° 4, 1990, po. 581 y ss. Traducción nuestra.

<sup>12</sup> Cea Egaña, José Luis, **Derecho Constitucional chileno**, Tomo I, Editorial de la Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002, p. 221.

**2.2.4.** *Todas las personas son titulares de estos derechos*, constituyendo un rasgo estructural de ellos, que comporta también el carácter *inalienable e indisponible* de los intereses sustanciales en que consisten. Al ser tales *derechos inalienables e innegociables* constituyen *prerrogativas no contingentes e inalterables*.

**2.2.5.** Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, no sólo otorgan facultades a las personas y un status jurídico en un ámbito de la existencia; ellos tienen también una significación objetiva, son, como lo sostiene Schneider, la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra un riesgo inminente el Estado constitucional contemporáneo. Así, los derechos cumplen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución<sup>13</sup>.

De esta forma, en el Estado Constitucional democrático, los derechos operan como derechos de defensa frente al Estado y los individuos, salvaguardando la dignidad de la persona y, al mismo tiempo, se objetivizan operando como elementos del ordenamiento objetivo, incorporando un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del Derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia»<sup>14</sup>.

**2.2.6.** Los derechos esenciales o fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo éste un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común.

**2.2.7.** El bien común o el orden público no pueden invocarse como «medios para suprimir un derecho garantizado en la Constitución o en el derecho internacional de los derechos humanos ratificado y vigente, ya que dichos conceptos tienen como componentes esenciales el respeto a la dignidad y los derechos humanos, además de que deben

---

<sup>13</sup> Schneider, H.P., «Peculiaridad y función de los Derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático» en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 7 (Nueva época), Madrid, España, 1979, p. 23.

<sup>14</sup> Citada por Stern, Klaus, «El sistema de los derechos fundamentales en la RFA», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 1, septiembre - diciembre, 1988, Madrid, España. El Tribunal Constitucional español, ha afirmado que, los derechos sin perder su naturaleza subjetiva, son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho».

interpretarse de acuerdo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en consideración -como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos- «el equilibrio entre los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos» (C.I.D.H. O.C. 5-1986, párrafo 67).

Como señala García de Enterría, la Constitución asegura una unidad del ordenamiento jurídico, esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas<sup>15</sup>.

**2.3. El Estado Constitucional Democrático** implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la *dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común*, además de una adecuada distribución de la potestad estatal en órganos y funciones diferenciados que actúan dentro de sus competencias<sup>16</sup>.

### 3. LOS DERECHOS HUMANOS O DERECHOS ESENCIALES EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA VIGENTE

El artículo 5° inciso 2° prescribe **«El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana»**.

**3.1. En nuestro sistema constitucional los derechos no están en las normas (internas o internacionales), «no se constituyen» en la norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la**

<sup>15</sup> García de Enterría, Eduardo, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Madrid, España, 1985, p. 97.

<sup>16</sup> Esta posición es extendida en América Latina, pudiendo establecerse como ejemplo la **Constitución de Bolivia de 1967, reformada en 1994**, cuyo artículo 1° sostiene «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado»; la **Constitución de Brasil de 1988**, artículo 1° señala que la República Federal de Brasil tiene como fundamentos «...III la dignidad de la persona humana»; la **Constitución de Colombia de 1991**, artículo 1°, prescribe «Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general»; la **Constitución Peruana de 1993**, en su artículo 1°, señala «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado», la **Constitución de Honduras de 1982**, artículo 5°, precisa: «la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla», la **Constitución de Guatemala de 1985** establece en su artículo 1° «Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común».

*dignidad humana*. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. *La norma positiva sólo significa vigencia normonológica*<sup>17</sup>.

**3.1.1.** *La Constitución explicita un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales*, lo que da lugar a un *catálogo de derechos abierto*, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está conciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano.

Los derechos esenciales o humanos son:

- a) los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad en el artículo 19<sup>18</sup>;
- b) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*<sup>19</sup>; los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho humanitario<sup>20</sup> y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.
- c) Los derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de lo cuales no hay reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional.

**3.1.2.** *El concepto de derechos implícitos nos permiten considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental*. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo

---

<sup>17</sup> Bidart Campos, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna” en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ed UNAM, México, 1998, p. 98.

<sup>18</sup> La Carta Fundamental determina en su artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas los derechos y garantías de ellos contenidos en los 26 numerales de dicha disposición”.

<sup>19</sup> Ellos han sido incorporados al derecho interno mediante la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981, cuyo artículo 53 determina: “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

<sup>20</sup> La Convención de Viena establece en el artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y en el artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

democrático chileno y americano así lo reconocen.

**El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25°, determina:**

*“..... la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.*

*“Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”.*

Muchas constituciones americanas establecen un catálogo de derechos abierto o un reconocimiento de derechos implícitos, entre ellas pueden mencionarse las siguientes:

La **Constitución de Estados Unidos de Norteamérica**, la cual, en su *novena enmienda*, establece que *«la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como negación o restricción de otros derechos conservados por el pueblo»*.

La **Constitución argentina** ya sostenía en su **artículo 33, introducido por la reforma de 1860**, que *«las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno»*.

Una norma similar contiene la **Constitución de Uruguay** en su **artículo 72**, *«La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno»*.

La **Constitución de Ecuador de 1998**, en su **artículo 19**, señala: *«Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material»*.

**La Constitución de Venezuela de 1999**, en su **artículo 22**, señala que «*La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*».

**Otras constituciones de América Latina** que consideran la existencia de derechos implícitos son; **Bolivia**, art. 35; **Brasil**, art. 4; **Colombia**, art. 94; **Costa Rica**, art. 74; **Guatemala**, art.4; y **Paraguay**, art.80.

Ello se desprende también del **artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos**, literal c), la cual sostiene que «*ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) *Excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*».

La disposición contenida en el artículo 29 de la Convención Americana en su literal c), permite comprender el *efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada*.

La jurisprudencia de las *Cortes Constitucionales o Cortes Supremas de América Latina y de Europa, cuando han tenido voluntad efectiva de garantizar los derechos humanos, lo han podido hacer apelando al valor vinculante de éstos aún cuando no están expresamente señalados en el texto constitucional*, como podemos verlo en los siguientes ejemplos:

Al efecto, una sentencia de la **Corte Suprema de Venezuela de diciembre de 1990**, aplica los **convenios de la OIT, especialmente el 103 y la Recomendación 93, como la Convención de Eliminación sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**, en ausencia a la *época, de legislación laboral de protección de la maternidad de la mujer trabajadora, dicha sentencia sostuvo:*

---

«Por lo expuesto, es concluyente la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección de la maternidad, rechazándose, en consecuencia, cualquier interpretación tendiente a desconocerla por falta de legislación que desarrolle su contenido. De ahí que, para esta Sala, se trata de normas operativas que constituyen derechos subjetivos constitucionales, cuyo cumplimiento y protección es exigible por los ciudadanos y constituye un deber de los tribunales acordar su protección en caso de que sea evidente su vulneración (el subrayado es nuestro).

«...igualmente debe señalarse que el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho de disfrutar del descanso pre y post-natal constituyen derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental, según el cual ‘la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella, la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaban el ejercicio de los mismos...’ ...De modo que toda esta normativa de carácter supranacional y en particular del mandato contenido en el artículo 74 de la Constitución, consagra la protección de la maternidad y de la mujer trabajadora, materializando tal protección a través de la consagración de la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada y el derecho a disfrutar del descanso pre y post-natal...» (el subrayado es nuestro).

**La Corte Suprema de Venezuela, en fallo de 19 de enero de 1999, determina:**

“El referendun previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución”<sup>21</sup>.

**La Corte Constitucional de Colombia en sentencia 477/95, determina:**

**«De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.**

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la

---

<sup>21</sup> Ver *Ius et Praxis*, año 5 N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1999, pp. 579 y ss.

expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.»

A su vez, en otra sentencia de la **Corte Colombiana, la C-225/95**, determinó:

*“el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP 93 y 214, N° 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P. artículo 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93)” (Fundamento Jurídico N° 12).*

La **Corte Suprema de Costa Rica**, en su **Sala Constitucional, Sentencia 3435-95** del 19 de mayo de 1995, en su **considerando 6°**, precisa: *“Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos, tienen no solamente un valor similar a la Constitución política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman sobre la Constitución”*.

*La Corte Constitucional de Guatemala ha determinado que los tratados de derechos humanos ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformatoria o derogatoria (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente N° 280/90, considerando VIII)<sup>22</sup>.*

En Europa, el **Tribunal Constitucional Italiano** en **sentencia 38/1973** y luego en la **159/1973**, incluyó como derechos inviolables, algunos no considerados por el texto constitucional como eran el derecho a la dignidad, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la reputación, entre otros, que derivarán indirectamente de otras normas constitucionales y de los artículos 8 y 10 de la Convención Europea de Derechos

---

<sup>22</sup> Ver Dulitzky, Ariel, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano” en Buergenthal, Thomas y Cancado Trindade, Antonio, **Estudios Especializados de derechos humanos**, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, p. 158.

Humanos, como del artículo 2º de la Constitución Italiana.

A su vez, como señala T. Ohlinger, «el **Tribunal federal suizo** define en gran medida lo que quiere proteger como derechos constitucionales. Derechos fundamentales centrales como la libertad individual, la libertad de opinión, el derecho a ser escuchado y la prohibición de la arbitrariedad no figuran en el texto de la Constitución federal suiza, pero son reconocidos por el Tribunal federal como derechos constitucionales no escritos»<sup>23</sup>.

El **Concejo Constitucional francés** ha reconocido como derechos fundamentales al derecho a la libertad de contraer matrimonio (CC 97-389 DC) y el derecho a desarrollar una vida familiar normal (decisión del 13 de agosto de 1993) el derecho de asilo y los derechos de defensa en el proceso (CC 93-325 DC), la libertad de pensamiento y de expresión (CC 94-345 DC, 29 de julio de 1994), entre otros.

**3.1.3.** *En nuestro sistema jurídico, no existe hermetismo constitucional en materia de derechos esenciales o humanos por decisión del propio constituyente, el que estableció la limitación de la soberanía por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana, de lo que claramente quedó constancia en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, constituyendo este un antecedente que debe ser considerado. En la sesión 203 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se sostuvo: «la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana».*

**3.1.4.** *Los derechos humanos constituyen el parámetro de conformidad de acuerdo con el cual deben ser interpretadas todas las normas del ordenamiento jurídico, desde las propias normas constitucionales hasta la última resolución administrativa o judicial.* La lucha por la vigencia de los derechos humanos ha sido, principalmente, el esfuerzo por limitar el ejercicio del poder estatal a los imperativos que emanan de la dignidad de la persona humana y sus derechos. El Estado y sus agentes tienen la responsabilidad de la efectiva vigencia de los derechos humanos dentro del ámbito territorial donde ejercen su poder y jurisdicción. El Estado es el que debe garantizar el

---

<sup>23</sup> Citado por Bon, Pierre, «La protección constitucional de los derechos fundamentales. Aspectos de Derecho Comparado Europeo», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 11, Madrid, España, 1992, p. 53.

bien común y ejercer sus potestades respetando, garantizando y promoviendo los derechos humanos.

Los derechos humanos representan la decisión básica del constituyente, a través de la cual los valores rectores éticos y políticos de la sociedad alcanzan expresión jurídica. Los derechos humanos o esenciales representan la base legitimadora de la sociedad política, estos se convierten en el fundamento último y, en consecuencia, en el factor decisivo para la existencia del Estado y de su orden jurídico, consideradas todas las ramas de dicho ordenamiento jurídico, las cuales lo reciben del derecho de la Constitución.

**3.2.** El artículo 5º, inciso 2º, agrega en su segunda oración: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.

La segunda oración del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, incorporado por la reforma constitucional de 1989, tuvo por **objeto otorgar seguridad jurídica de que los derechos esenciales garantizados por nuestra Carta Fundamental, no eran sólo los que el propio texto formal de la Constitución señalaba en el artículo 19º, sino que se incorporaban al bloque constitucional también los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, reforzando a través de ellos los contenidos y las garantías de los derechos,** ya que *no existió el tiempo necesario durante la negociación constitucional de 1989 entre el gobierno militar y la oposición para establecer los reforzamientos normativos de cada uno de los derechos.*

**3.2.1.** Así el fin u objeto de la modificación por adición del artículo 5º, inciso segundo, fue fortalecer los derechos humanos incorporando genéricamente los “plus” en materia de derechos y garantías de ellos que contenían los tratados ratificados por Chile y vigentes. Así lo han explicitado dos de los académicos que formaron parte de la comisión técnica que prepararon el texto de la reforma al artículo 5º en 1989, el profesor José Luis Cea Egaña (miembro de la Comisión en representación de Renovación Nacional) y el profesor Francisco Cumplido Cereceda (en representación de la

Concertación), quienes concordaron el texto sometido a plebiscito<sup>24</sup>. Todo ello, reconociendo que *la reforma no otorgó la misma seguridad jurídica a los derechos contenidos en los principios generales del derecho internacional y a los derechos contenidos en el derecho consuetudinario internacional*, lo que no significa que ellos no estén reconocidos como derechos esenciales, correspondiendo a los operadores jurídicos determinar, en especial, a la jurisprudencia.

**3.2.2.** *La Carta Fundamental de 1980, a través de la segunda oración del inciso segundo del artículo 5º, en esta materia, eleva los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes a la categoría de constitución material, al señalar que son «límites a la soberanía», vale decir, a la potestad del Estado, ellos forman parte del plexo de derechos materialmente constitucionales, independientemente de la posición que se tenga sobre el rango de los tratados internacionales en el orden jurídico interno.*

*El sistema nacional de protección de los derechos fundamentales se completa así, con la integración del Derecho Internacional de Derechos Humanos y el derecho Humanitario Internacional, logrando la plenitud del sistema de derechos. Es por ello que puede hablarse de un bloque constitucional de derechos, constituido por los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución y los derechos materialmente constitucionales y reconocidos como tales, al incorporar el Estado de Chile explícitamente los contenidos normativos de derechos y garantías de ellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes, generándose una retroalimentación en ambos sentidos por la duplicidad de fuentes del sistema (interna e internacional).*

La Carta Fundamental se inserta en un contexto internacional y supranacional en materia de derechos humanos, la tutela de tales derechos se inscribe en el marco más

---

<sup>24</sup> Cumplido Cereceda, Francisco, “Los tratados internacionales y el artículo 5º de la Constitución”, Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, 1997, página 95: “...nos pusimos de acuerdo para que en la aprobación de esta reforma al artículo 5º, los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, que conocía el constituyente –la Junta de Gobierno- y que conocían los negociadores, se entendiera que pasaban a formar parte de la Constitución Política de 1980”. Cea Egaña, José Luis, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República”, Revista *Ius et Praxis*, año 2 N°2, 1997, pp. 82-83: “la reforma de 1989 hizo parte de la Carta Fundamental lo preceptuado en esos tratados internacionales sobre derechos humanos. No solamente los que se hallaban vigentes al 17 de agosto de 1989, sino que como toda Constitución tiene que ser siempre interpretada con una intencionalidad perdurable, se abrió a todos los tratados internacionales que se puedan dictar en el futuro sobre derechos humanos”.

amplio del Derecho Internacional informado por valores comunes, que trasciende la esfera estatal, por decisión del propio constituyente.

*Las fuentes internas y las fuentes internacionales de derechos se retroalimentan,* las interpretaciones reduccionistas van en contra del sentido y finalidad del sistema de derechos esenciales fijado por el constituyente, que es lograr la optimización y plenitud del sistema, acogiendo el ámbito que más enriquece y garantiza el ejercicio de los derechos, éste es el deber ser existencial del Derecho como diría Cossio.

El Derecho Internacional de los derechos humanos es fuente del Derecho Interno cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno, cuando agregan un “plus” al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, el sistema nacional de Derecho enriquece al Derecho Internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el *artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos* y en el *artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Esta visión interpretativa convergente de los derechos, los asegurados por la Constitución y los asegurados por los tratados, deriva necesariamente del artículo quinto inciso segundo de la Carta Fundamental. De esta manera, el sistema de derechos tiene la fuerza para ser interpretado de la forma más adecuada a su optimización. El intérprete debe interpretar y aplicar los derechos considerando que existe una retroalimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales.

Así cuando hay un derecho esencial contenido en un tratado ratificado por Chile y vigente y ese derecho esencial no está considerado en el texto formal de la Constitución, consideramos que los enunciados normativos sobre ese derecho esencial y sus garantías son constitución en sentido material, constituyendo parte del bloque constitucional de derechos. Así existe una retroalimentación y complementación del derecho constitucional formal y del derecho internacional de los derechos humanos, suplementando o fortaleciendo el sistema de derechos asegurado y garantizado constitucionalmente, optimizando el sistema de derechos.

Como señala Peter Häberle, el Estado constitucional “pierde su tradicional ‘introversión’ orientándose hacia fuera como *“Estado constitucional cooperativo”*, este es

---

*“interioriza los derechos humanos universales que le son ‘dados’ de afuera, tanto de forma aparente como real”<sup>25</sup>.*

Esta es una tendencia dominante y creciente en el derecho constitucional latinoamericano de fines del siglo XX, como lo prueban las constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y Venezuela, entre otras.

**La reforma constitucional argentina de 1994, incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22,** que establece las atribuciones del Congreso, enumera los tratados con jerarquía constitucional: «la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 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 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, Inhumanas 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 complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. 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”.*

**La Constitución de Brasil de 1988, artículo 4,** determina que «la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos». A su vez, el artículo 5 numeral 1º, ordena que las normas que definen «los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata», como asimismo, que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios de ellas adoptados, o de

---

<sup>25</sup> Háberle, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales” en **Problemas actuales de los derechos fundamentales**, Ed. de José María Sauca, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, 1994, p. 88.

los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

**La Constitución de Colombia de 1991, artículo 93**, establece que *«los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno; los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia»*.

**La Constitución de Ecuador de 1988, artículo 17**, determina: *“El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”*.

**El artículo 18** agrega. *“Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

*“En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.*

*“Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”*.

**La Constitución de Guatemala de 1985**, en su artículo 46, establece el principio de que *«en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno»*.

**La Carta Fundamental de Nicaragua de 1987**, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales de Naciones; y en la Convención

Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

**La Constitución de Venezuela de 1999**, en su **artículo 19** ordena: *“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan”*.

El **artículo 22** determina: *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”*.

Por último, el **artículo 23** precisa: *“Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”*.

Podemos afirmar así, que en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que establece un bloque constitucional derechos integrados por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana<sup>26</sup>.

**3.2.3.** Las convenciones internacionales referentes a derechos humanos, a las que se refiere el artículo 5º inciso 2º, califican a los derechos en ellos reconocidos y garantizados como derechos «*inherentes a la persona humana*» o «*atributos de la persona humana*» tal es el caso del *Preámbulo de la Convención Americana de*

---

<sup>26</sup> Ver Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrolla el principio interpretativo de la aplicación de la fuente o norma que mejor protege a la persona humana.

*Derechos Humanos*, que los define como «atributos de la persona humana», del *Preámbulo común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas*; del *Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; como en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia, *siendo todos ellos derechos esenciales, universales e inherentes a la persona humana*. De allí se deriva su obligatorio respeto, garantía y promoción, por todos los órganos estatales.

**3.2.4.** Así, los derechos esenciales o derechos fundamentales son los que enumera el artículo 19 de la Constitución<sup>27</sup>, los contenidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, los que se incorporan al Derecho Interno en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución (entre otros, el derecho al nombre; el derecho a la personalidad jurídica de las personas; el derecho a la propia imagen; el derecho a formar una familia; el derecho a la propia identidad; el derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de todos los derechos; el derecho a formar una familia, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos; el derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva; el derecho a una acción rápida, sencilla y eficaz que proteja y garantice los derechos asegurados constitucionalmente y por los tratados de derechos humanos; el derecho a ser informado; los derechos del niño, los derechos de la mujer).

Asimismo, los enunciados normativos de derechos contenidos en diversos tratados internacionales contribuyen a delimitar mejor y asegurar en mayor grado derechos esenciales que lo que realizó el constituyente chileno de 1980, o garantizándolos en mejor forma<sup>28</sup>.

**3.2.5.** El Estado, a través de sus órganos y agentes, tiene la obligación de “*respetar*” los derechos, vale decir, la obligación negativa del Estado y de sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos. El ordenamiento

---

<sup>27</sup> Ver Evans De La Cuadra, Enrique, **Los derechos Constitucionales**, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, pp. 23-24, señala: “la enumeración del artículo 19 no es taxativa. Todos los derechos fundamentales del hombre, estén o no en el texto constitucional, están cautelados por él”.

<sup>28</sup> En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en sesión 101ª de fecha 9 de enero de 1975, el Comisionado Jaime Guzmán señalaba: “...ese texto autoriza entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, porque al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre” (p. 12).

jurídico completo debe ordenarse con el objeto de asegurar el efectivo goce de los derechos humanos a las personas que se encuentran dentro de su territorio y jurisdicción, siendo ilegítima e ilícita las acciones u omisiones de sus agentes, que en el ejercicio de sus competencias y atribuciones (desviación de poder), o fuera de ellas (abuso de poder), violen tales derechos.

**3.2.6.** La obligación del Estado de “*garantizar*” los derechos le exige a éste asegurar la eficacia práctica de los derechos humanos con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar las amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de tales derechos por las personas, restableciendo el derecho, reparando los daños causados, investigando seriamente los hechos para establecer la verdad, determinar los responsables y aplicarle las sanciones pertinentes, civiles, penales y administrativas.

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «*la segunda obligación de los Estados Partes en la C.A.D.H., es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*» (caso Godínez Cruz, Sentencia de fecha 20 de enero de 1989, Serie C, número 5, párrafo 166).

La obligación de “*promover*” los derechos, asumida por la Carta Fundamental chilena en su artículo 5° inciso 2°<sup>29</sup>, establece el deber para los órganos del Estado y los poderes públicos de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que ellos representan, aún en el caso de que no exista una pretensión subjetiva. El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos ya que los derechos no son las normas, por tanto, cuando faltan normas debe

<sup>29</sup> El artículo 5°, inciso 2°, segunda oración, precisa: “**Es deber de los órganos del Estado** respetar y **promover tales derechos**, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. (El subrayado es nuestro)

producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y la razón histórica, como asimismo los valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista y mezquina para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

El derecho constitucional exige a los agentes y órganos del Estado una *función promocional*, debiendo *promover condiciones más humanas de vida y removiendo obstáculos para hacer efectivas la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los derechos*.

**3.2.7.** Todas las normas sobre derechos esenciales o humanos contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales internacionales (que son, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la soberanía), con las claves hermenéuticas del Derecho de los derechos humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**3.3. Hoy el protector por excelencia de los derechos humanos es la Constitución y el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos, el legislador posee sólo un margen para la regulación del ejercicio de los derechos esenciales.** Esta vinculación del legislador por los derechos lleva a Krüger a afirmar que «Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales»<sup>30</sup>.

A su vez, el artículo 19 N° 26 garantiza «la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio», incorporando a nuestro orden jurídico la garantía constitucional del

---

<sup>30</sup> Krüger, Herbert, «Die Einschränkung von Grundrechten nach Grundgesetz», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, p. 626.

contenido esencial de los derechos tal como lo establecieron anteriormente las Constituciones de Alemania, Portugal y España en Europa<sup>31</sup>.

**3.4.** Así, tanto el vértice del sistema constitucional como del Derecho Internacional está dado por los derechos esenciales de la persona humana, constituyéndose en un sistema con valores y principios comunes, que se retroalimenta recíprocamente.

La supremacía de la Constitución no se limita fronteras adentro, estableciendo un dique de contención y desconfianza del derecho internacional de los derechos humanos, debiendo recepcionarlo sin reduccionismos ni paradigmas conceptuales esclerosados que corresponden a concepciones dogmáticas decimonónicas, desconociendo los valores, principios, objeto y fin del sistema de derechos y el contexto de las reformas concretadas en 1989. Es necesario asumir de buena fe que el sistema interno de derechos se refuerza y fortalece con la fuente internacional, tal fue el objeto de la reforma al artículo 5° inciso 2° en 1989, con el objeto de “*aggiornar*” el empobrecido catálogo de derechos contenido en el texto original de 1980.

#### **4. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS ESENCIALES O DERECHOS HUMANOS**

Los derechos humanos o derechos esenciales de la persona humana, presentan ciertas características que los identifican como tales y que el operador jurídico debe tener siempre presente desde su aseguramiento por la Carta Fundamental.

**4.1. Supra y transnacionalidad.** En la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de persona humana, por el solo hecho de ser seres humanos, ellos no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentra. Ellos *limitan la soberanía o potestad estatal*, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no siendo invocable el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, mecanismos y garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad. Esta perspectiva está expresamente

---

<sup>31</sup> Ver al respecto, Nogueira Alcalá, Humberto, **Dogmática Constitucional**, capítulo III, Ed. Universidad de Talca, Santiago, Chile, 1977.

asumida por la Constitución chilena, en su artículo 5º, inciso 2º: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Esta perspectiva es consistente y armónica con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (P.I.D.C.P.), artículo 2º y la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.), en su artículo 1º, los cuales sostienen que todos y cada uno de los seres humanos son titulares de derechos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social.

**4.2. La inviolabilidad** de los derechos esenciales indica que todas las personas tienen derecho a que se le respeten sus derechos fundamentales, vale decir, que no pueden ser desconocidos por ninguna persona, grupo, agente u órgano del Estado en ninguna circunstancia.

**4.3. La irrenunciabilidad** de los derechos significa que ellos son consubstanciales a la dignidad humana, por tanto, ningún ser humano puede hacer abandono de ellos.

**4.4. La imprescriptibilidad** de los derechos implica que el no ejercicio circunstancial de algún derecho no impide su goce y ejercicio posterior, sin que nadie pueda impedirlo.

**4.5. La interdependencia** de los derechos conlleva la idea de que todos los derechos constituyen un sistema en el que se retroalimentan y limitan recíprocamente.

**4.6. La irreversibilidad** de los derechos *es una característica fundamental de los derechos humanos*, que consiste en la *imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado los ha reconocido a través de un tratado internacional*, ya que ellos son inherentes a la persona y *el texto constitucional y el procedimiento señalado por éste sólo los asegura y garantiza*: «el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Es inconcebible para la dignidad humana, que «*lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental*»<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Nikken, Pedro, **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Caracas, Venezuela, 1989.

**4.7. La eficacia *erga omnes* de los derechos** implica que éstos se aplican y tienen eficacia respecto de todos: personas, grupos, órganos y agentes del Estado. Tal eficacia general o *erga omnes* de los derechos está establecida en la Constitución chilena en su artículo 6º, incisos primero y segundo, los que señalan:

*«Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella». «Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo».*

La obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución y a la obligación de respetar y promover los derechos humanos, no solamente establece el deber de los órganos del Estado de no lesionar el ámbito individual o institucional protegido por tales derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de ellos, los que constituyen un componente esencial del orden público nacional.

Así, la función de los derechos como principios objetivos y reglas de derecho constitucional constituyen un reforzamiento de la fuerza de validez de ellos en cuanto derechos subjetivos.

*Por otra parte, del carácter objetivo de los derechos se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad de ejercicio de pretensiones por parte de las personas, sino que debe ser también asumido por el Estado.*

Los derechos son parte de la Constitución, constituyendo reglas de derecho constitucional que obligan imperativamente a todos los órganos del Estado, grupos o personas.

El sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicables no sólo a las relaciones particulares-Estado, sino también entre particulares, concepción que se institucionaliza claramente en nuestra Constitución a través de la acción constitucional de protección contenida en el artículo 20º (acción de amparo en el Derecho Comparado), pudiendo ejercerse respecto de agentes y órganos estatales o de particulares.

*La eficacia horizontal de los derechos humanos, se une a la eficiencia vertical otorgando plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico.*

Esta eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales otorga seguridad jurídica de tales derechos; impide el desarrollo de una doble ética en la sociedad, una en las relaciones con el Estado y otra para las relaciones entre particulares; todo ello considerando que muchas de las principales amenazas a los derechos no provienen sólo del Estado, sino también, y principalmente de los poderes económicos y sociales fácticos de la propia sociedad civil.

En tal sentido, las leyes, los actos administrativos, las resoluciones judiciales, valen en la medida que respeten y garanticen los derechos humanos, lo que se deduce del principio de vinculatoriedad de los órganos del Estado a los derechos fundamentales, que se extrae de una interpretación sistemática y finalista del artículo del artículo 1º en relación con los artículos 5º, inciso 2º, 6º inciso 2º de la Constitución, como asimismo, del 19 N° 26 de nuestra Constitución.

## **5. REGLAS BÁSICAS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

En el ámbito del derecho de los derechos humanos se ha desarrollado un conjunto de reglas de interpretación aplicables en derecho público, tanto en derecho constitucional como en derecho internacional<sup>33</sup>. Entre ellas cabe destacar las siguientes.

**5.1. Los principios “pro cives”, “favor libertatis o “pro homine”<sup>34</sup>**, llevan a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos

---

<sup>33</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional” en **Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica** (libro homenaje a Germán Bidart Campos), Ediciones Jurídicas Grijley, Lima, Perú, 2002, pp. 33- 52.

<sup>34</sup> Ver Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (Comps), **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, Ed. CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

incorporada al Derecho Interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan.

Los principios *favor libertatis*, *pro homine* o *pro cives* no eximen al operador jurídico de realizar una interpretación armonizante que permita compatibilizar todos los derechos entre sí y con el bien común.

La C.A.D.H. refuerza esta línea argumental al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para «*excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno*» (artículo 29, literal c) o para: «*excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*» ( artículo 29 literal d).

**5.2. El principio de progresividad<sup>35</sup>**, llamado también de «**integralidad maximizadora del sistema**», tal como lo denomina Bidart Campos<sup>36</sup>, que determina que en materia de derechos humanos, éstos se encuentran en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido ampliándose en su contenido a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, desarrollando el ámbito del derecho y sus garantías, otorgándoles un “plus” sobre las normas anteriores, retroalimentándose recíprocamente.

En este sentido, diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos. Así, la **Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29 b)**, señala *que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido*

---

<sup>35</sup> Ver Nikken, Pedro, **La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo**, Madrid, España, 1987. Asimismo, Piza, Rodolfo y Trejos, Gerardo, **Derecho Internacional de los derechos Humanos: la Convención Americana**, San José, Costa Rica, 1989, pp. 107 y 110.

<sup>36</sup> Bidart Campos, Germán, «La Interpretación de los derechos humanos» en *Lecturas constitucionales andinas* N° 3, Edit. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1994, p. 34.

*de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados». El mismo principio está reconocido en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52**, en el Protocolo adicional de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 4º**; la **Convención sobre la Eliminación sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23**; la **Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41**; entre otras.*

**5.3. El principio de retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos** que determina que el juez nacional debe interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos cuando este fije un “plus” sobre el derecho nacional; a su vez, el juez internacional debe considerar el derecho nacional que mejora o complementa el derecho internacional.

En síntesis, el principio plantea la aplicación de aquella norma, sea ésta de fuente interna o de fuente internacional válidamente incorporada al orden jurídico interno, que mejor proteja los derechos humanos. De esta manera, el Derecho Internacional de los derechos humanos incorporado al Derecho Interno, cuando contiene algunos «plus» respecto de este último se aplica preferentemente por ser más favorable al sistema de derechos, o viceversa, el derecho interno prevalece frente al derecho internacional cuando el primero protege en mejor forma los derechos que el segundo.

**5.4. El principio de indivisibilidad de los derechos** precisa que los derechos forman parte de un sistema, donde todos ellos son interdependientes, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos solidarios, donde *todos ellos deben ser preservados armónicamente, sin perjuicio de su debida ponderación en los casos específicos.*

**5.5. El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos** está dado por el hecho de que las normas sobre derechos tienen aplicación directa, salvo que sus enunciados normativos llamen a una intervención necesaria del legislador para otorgarles plena vigencia. Este principio busca impedir que se retarde o bloquee la aplicación de ellos mientras se dictan normas reglamentarias o secundarias. Dejar de cumplir los derechos constituye una forma de inconstitucionalidad por omisión, como asimismo dejar de cumplir los derechos asegurados en tratados constituye violar el

tratado y la consiguiente responsabilidad estatal por los actos de sus agentes<sup>37</sup>.

**5.6. El principio de interpretación teleológica o finalista en materia de derechos esenciales**, el tribunal nacional o internacional debe interpretar las normas jurídicas internas y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en cuenta su fin último que es la protección más efectiva posible de los derechos.

**5.7. Las normas jurídicas que limitan o restringen el ejercicio de los derechos deben interpretarse siempre en sentido restrictivo.**

Ello implica que no pueden extenderse tales limitaciones más allá de lo que se autoriza expresamente, ni pueden extenderse analógicamente a otros derechos.

## **6. LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS ESENCIALES O HUMANOS**

**6.1.** Es necesario tener presente que la Constitución fija los fines de la sociedad política y del Estado, que es el bien común (artículo 1° inciso 4°), vale decir, la búsqueda de optimizar la convivencia social, el logro del desarrollo integral de cada ser humano, de todo el ser humano y de todos los seres humanos. A su vez, la Carta Fundamental exige a todos los órganos y agentes del Estado, respetar y promover los derechos asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. El operador jurídico y, en especial, los órganos de jurisdicción constitucional deben maximizar el plexo de derechos y garantías de la persona humana.

**6.2.** Los valores, principios y fines del capítulo de Bases de la Institucionalidad, en materia de derechos, son reglas jurídicas, son preceptos constitucionales directamente aplicables, a la luz de los cuales debe interpretarse todo el resto de la normativa constitucional y del ordenamiento jurídico, como lo ha explicitado el Tribunal Constitucional.

**6.3.** Este enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho

---

<sup>37</sup> En esta materia, ver para el caso chileno, la Sentencia de la Corte Interamericana sobre caso “La última Tentación de Cristo”, Revista *Ius et Praxis*, año 7, N° 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Editorial Universidad de Talca, Chile, 2001, pp. 585- 648.

en materia de derechos fundamentales o derechos humanos, se complementa con el Derecho Internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o humanos, complementando los que asegura directamente la Constitución (artículo 5° inciso 2°).

**6.4.** La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución, la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecho en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al Juez Constitucional, un espacio significativo de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en el protagonista activo y creador, que realiza la mediación entre la Constitución y la situación específica.

**6.5.** En materia de derechos humanos, habrá sólo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración, cuando consideremos que fuera de las normas sobre derechos, hay derechos que carecen de normas.

**6.6.** Es posible «proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester «interpretar» (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas»<sup>38</sup>.

**6.7.** *La interpretación integradora de la Constitución* implica que el juez presta atención a los derechos explícitos, a los valores, principios, fines y razones históricas del ordenamiento constitucional, completando y dando plenitud al sistema de derechos.

**6.8.** A su vez, el carácter esencialmente abierto de las normas que configuran abstractamente los derechos esenciales de la persona, llevan a desarrollar una interpretación de la Carta Fundamental y de todo el ordenamiento jurídico sobre el que ella actúa, en el sentido de que permita obtener para los derechos, el mayor grado de protección y efectividad, entendidos desde una perspectiva democrática.

---

<sup>38</sup> Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1994 p. 58.

La Constitución se elastiza a través de la labor de interpretación e integración dinámica que absorbe las necesidades de la sociedad en cada momento.

**6.9.** La confluencia e integración en el sistema jurídico de los derechos, reconocidos por vía de fuente interna y de fuente internacional, obliga a unificar el criterio de interpretación del sistema de derechos humanos, dando coherencia a dicho sistema, de manera de aplicar en cada caso la norma que mejor proteja a la persona y sus derechos esenciales.

A su vez, todo el sistema de derechos debe ser interpretado como mínimo de conformidad con el contenido de los derechos asegurado por los tratados de derechos humanos del cual el Estado es Parte.

## **7. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS**

**7.1.** Las *garantías primarias de los derechos* para Ferrajoli constituyen las obligaciones (de prestación) o las prohibiciones (de lesión) de los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar ya sea el Estado o particulares. Ellas forman parte esencial de la protección o aseguramiento efectivo de los derechos.

*Nada impide, en una perspectiva técnico jurídica, la introducción de garantías de los derechos esenciales o humanos por vía de normas de derecho interno o provenientes del derecho internacional que constituyan un “plus” respecto de las normas vigentes, ya que ello cumple la finalidad promover tales derechos que es un deber constitucional de todos los órganos y agentes estatales.* La introducción de normas que mejoren el contenido de derechos y sus garantías no puede ser considerado inconstitucional, si se aplican las reglas interpretativas “*favor homine*” y se tiene presente el desarrollo progresivo de los derechos.

**7.2.** Los obstáculos para una efectiva vigencia del sistema de derechos humanos, en ocasiones son más bien de falta de conocimiento y “cultura de los derechos” de los operadores jurisdiccionales, producto de paradigmas mentales o bloqueos de aceptación de nuevas perspectivas recepcionadas por el derecho constitucional de las últimas décadas, en otras ocasiones se debe a la falta de voluntad de operadores jurisdiccionales vinculados al antiguo régimen autoritario o temerosos de garantizar y promover efectivamente los derechos esenciales a través de una interpretación sistemática, integradora y finalista de las normas constitucionales, teniendo en consideración el

contexto y el objeto y fin de la reforma al artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

*Existe una responsabilidad muy grande de los operadores jurídicos de dar efectividad a los derechos esenciales, superando antinomias, lagunas y concretando garantías de los derechos, además de generar y promover una cultura jurídica de los derechos, superando paradigmas o bloqueos mentales o culturales, lo que será mas rápido si hay voluntad efectiva de hacerlos efectivos, cuando ya se han superado los traumas del régimen autoritario militar del pasado reciente.*

Como señala Ferrajoli, «Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer»<sup>39</sup>.

**7.3.** *El nexo entre expectativas y derechos garantizados no es de naturaleza empírica sino normativa*, «La ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar»<sup>40</sup>, la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

## **8. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN DERECHO INTERNO E INTERAMERICANO**

**8.1.** La piedra angular de la defensa de los derechos esenciales se encuentra en el control jurisdiccional, sólo cuando existe tal control puede sostenerse la existencia de una protección de los derechos. Éste es el ámbito de lo que Capelletti denominaba la «*giurisdizione costituzionale della libertà*»<sup>41</sup>, y que el profesor Fix Zamudio denomina «derecho procesal de la libertad»<sup>42</sup>.

**8.2.** Respecto de los derechos fundamentales, la misión de los tribunales es trascendental, ya que para las personas constituyen el único medio institucionalizado ante el cual pueda reclamarse su efectividad ante actos u omisiones de los órganos

---

<sup>39</sup> Ferrajoli, Luigi, **Derechos y garantías**. Op. cit., p. 65.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>41</sup> Capelletti, Mauro, **Il controllo giudiziario di Costituzione delle leggi nel Diritto comparato**, Ed Giuffrè, Milán, 1968. También, **La giurisdizione costituzionale della libertà**, Milán, Italia, 1971.

<sup>42</sup> Fix Zamudio, Héctor, **La protección procesal de los derechos humanos**, Ed. Civitas, Madrid, España, 1982.

públicos o de particulares que amenacen, perturben o priven de su legítimo ejercicio a los respectivos titulares de ellos.

**8.3.** Esta obligación de protección de los derechos, establecida en las “Bases de la Institucionalidad” por el artículo 5º inciso 2º de la Constitución chilena, se ve fortalecida por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, el cual prescribe:

- «1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal decisión sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.*
- 2. Los Estado Partes se comprometen:*
  - a) A garantizar que la autoridad competente provista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.*
  - b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial*
  - c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».*

Esta obligación del Estado debe concretarse a través de medios judiciales de Derecho Interno.

**8.4.** En conformidad con el Derecho Procesal Constitucional chileno, la protección de los derechos fundamentales está dada por los recursos o acciones de reclamación de nacionalidad, de indemnización por error judicial, de protección y de amparo, sin perjuicio de otros de menor relieve, los cuales constituyen garantías de ejercicio y disfrute de los derechos. Ellos, protegen los derechos fundamentales de manera directa y con efectos reparadores.

**8.5.** Sin perjuicio de estos *remedios procesales específicos*, nos encontramos con *remedios procesales complementarios y remedios procesales indirectos en términos de* Fix Zamudio<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Ibíd., pp. 32-35.

Los remedios procesales complementarios o garantías secundarias son aquellas que no han sido generados para proteger los derechos fundamentales, sino que se utilizan para sancionar la violación de ellos, cuando ésta se ha consumado. Ejemplo de ello es el juicio político o acusación constitucional, otro ejemplo es la responsabilidad extracontractual del Estado y de sus agentes.

Los remedios procesales indirectos son aquellos configurados para la protección de los derechos que tienen un carácter ordinario (procesos civiles, penales, laborales, administrativos, etc.).

**8.6.** En nuestro país, a diferencia de otros (España, Portugal, Italia, Alemania, Perú, Colombia) no hay una acción o recurso procesal cuando son los propios tribunales ordinarios superiores de justicia los que vulneran los derechos fundamentales (por la omisión de su consideración, por déficit de interpretación, por falta de adecuada ponderación, por ausencia de debido proceso), en Chile no existe un recurso de amparo de derechos ante el Tribunal Constitucional, el cual es necesario que sea creado, tal como existe por ejemplo, en España o en Alemania, en Colombia o en Bolivia.

**8.7.** Es necesario tener presente la existencia del derecho a recurrir a la jurisdicción internacional cuando los derechos no son garantizados adecuadamente a nivel nacional. Sólo cuando el derecho a la jurisdicción (Art 19 N° 3 de la Constitución en armonía con el artículo 8° de la C.A.D.H.) no existe o los procedimientos no son idóneos o efectivos, o ellos se hayan agotado, es posible recurrir a los mecanismos internacionales de protección. Así estos últimos son mecanismos subsidiarios y complementarios del Derecho Interno<sup>44</sup>.

**8.8.** En todo caso, cuando intervienen los organismos internacionales verifican la conformidad de todas las normas estatales, todo el Derecho Interno (desde la Constitución, pasando por las leyes, actos administrativos hasta llegar a las sentencias de los tribunales internos), a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, especialmente en materia de Pactos Internacionales o Tratados en materia de derechos humanos.

---

<sup>44</sup> Al respecto ver Buergenthal, Thomas, **La protección de los derechos humanos en las Américas**. Ed. I.I.D.H., Ed. Civitas. Madrid, España, 1994. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Editado por Cecilia Medina, Santiago, Chile, 1990. Medina, Cecilia (coord.) **El sistema interamericano de derechos humanos**. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1992. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Ed. I.I.D.H. Costa Rica, 1985.

**8.9.** En esta perspectiva, cualquier acción o resolución adoptada por un órgano o agente del Estado (reforma constitucional, ley, acto administrativo, sentencia de cualquier tribunal nacional) puede determinar la responsabilidad internacional y comprometer el honor del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno.

**8.10.** Ello se debe a que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales del Estado, en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes, constituyen los intérpretes últimos en relación a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos.

La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, teniendo las funciones y atribuciones que precisa el artículo 41 de la CADH<sup>45</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone, respecto de los Estados Parte, de una función jurisdiccional vinculante (art 61 a 63 de la C.A.D.H.) *La sentencia o fallo de la Corte es definitivo e inapelable (artículo 68), constituyendo una obligación de resultado para el Estado parte.* En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha

---

<sup>45</sup> Ellas son las siguientes:

“a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.

b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.

c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.

d) Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten.

f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad en conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de esta Convención, y

g) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.

solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo, como dispone el artículo 68. La parte del fallo que establezca una indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, según dispone el artículo 68.2. Finalmente, el fallo de la Corte será notificado a la partes en el caso y transmitido a los Estados Partes de la Convención (art. 69).

Además de la función jurisdiccional analizada, la Corte tiene una función consultiva, que se encuentra regulada en el artículo 64 de la CADH<sup>46</sup>.

Así, se ofrece un método judicial de carácter consultivo, destinado a colaborar con los Estados Partes a cumplir y aplicar correctamente los tratados sobre derechos fundamentales.

## **9. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN APLICACIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

**9.1. En el ámbito de los tribunales superiores de justicia** existen sentencias contradictorias entre sí, generándose una ausencia de *jurisprudencia*, ya que ella requiere de criterios asentados y asimilados, que adquieren permanencia y sostenidos, sin fallos en sentido contrario, lo que no existe en nuestra realidad nacional todavía, esperando que ello se pueda concretar en un futuro próximo. En todo caso, es posible extraer algunos fallos de los últimos años de los tribunales superiores de justicia que van asimilando en forma gradual y progresiva una interpretación y aplicación ajustados al derecho de los derechos humanos incorporado en nuestro ordenamiento jurídico fundamental. Ello muestra el “*aggiornamento*” de parte de los operadores jurisdiccionales que hacen germinar el nuevo derecho de los derechos humanos, aún cuando todavía es fuerte un sector de operadores jurisdiccionales que se sujetan a viejos

---

<sup>46</sup> El artículo 64, en sus dos párrafos, dispone lo siguiente:

«1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.»

paradigmas mentales que bloquean la asimilación de las nuevas dimensiones y perspectivas del derecho constitucional de las últimas décadas.

**La Corte Suprema de Justicia** ha afirmado que la prescindencia de aplicación de normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales compromete la seguridad y honor del Estado de Chile y debilita el Estado de Derecho, no pudiendo invocarse el derecho interno para incumplir obligaciones internacionales:

“Que se comprometería la seguridad y honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente, de producirse debilitaría el Estado de Derecho”<sup>47</sup>.

**La Excma. Corte Suprema de Justicia** ha reconocido que los tratados deben cumplirse de buena fe y que los derechos esenciales contenidos en ellos constituyen límites al poder estatal, incluido el poder constituyente:

“...El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas(...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias lo ha reconocido.

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5° inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden

---

<sup>47</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 26 de octubre de 1995, considerando 14°.

sean desconocidos (*Fallos del Mes* N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4°)” (El subrayado es nuestro)<sup>48</sup>.

**La I. Corte de Apelaciones de Santiago** ha sostenido que los jueces deben realizar la interpretación constitucional más ajustada a la Constitución, con una interpretación sistemática y que conduzca al efectivo reconocimiento y protección de los derechos humanos:

“El principio lleva consigo la necesidad de la aplicación inmediata y directa de la Constitución a una situación de hecho o fenómeno jurídico o derechos determinados. Así se desprende del carácter imperativo de sus contenidos, carácter explicado a su vez en el inciso 2° del mismo artículo ( 6° de la Constitución), al prescribir que ‘los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo’. Como complemento y exigencia de tal supremacía se alza, en consecuencia, el método de interpretación de las leyes, que obliga al intérprete a que, ante varias interpretaciones posibles de la ley, debe considerarse y aplicarse aquella de las interpretaciones que más se ajuste a la Constitución, lo que obliga a los jueces a interpretar sus contenidos de un modo sistemático tal que el resultado de dicha interpretación conduzca al efectivo reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, fuente primaria en que se asienta el orden jurídico. Este pilar del principio, en derechos humanos, se contiene en efecto en el artículo 5° inciso 2° de la Ley Fundamental...(...)”<sup>49</sup>.

**9.2. El Tribunal Constitucional**, por su parte, ha dictado diversas sentencias referentes a materias contenidas en tratados internacionales tradicionales donde están en juego los intereses recíprocos entre los Estados Partes, como asimismo ha dictado una sentencia reciente en que se toca directamente el tema de los tratados de derechos humanos.

El Tribunal Constitucional en **sentencia Rol N° 288 de 24 de junio de 1999**, respecto del requerimiento formulado respecto del Acuerdo entre Chile y Argentina

---

<sup>48</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis, **Derecho constitucional chileno**, Tomo I, p. 236.

<sup>49</sup> Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 28.075 de 9 de julio de 2001, considerando 16°.

sobre límites desde el monte Fitz Roy hasta el cerro Daudet, determinó que “el tratado y la ley son fuentes del derecho diferentes” (considerando 6°), asimismo ha afirmado que “después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas” (considerando 14°).

Dichas afirmaciones nos parecen correctas, es obvio que los tratados internacionales son normas jurídicas que tienen su fuente en el derecho internacional y deben entenderse en el sentido determinado por el artículo 2° de la Convención sobre Derecho de los Tratados, como actos que emanan de la voluntad de dos o más Estados o de Estados y organismos internacionales. Por su parte, la ley es un acto unilateral del Estado a través de los órganos colegisladores de acuerdo al procedimiento determinado en la respectiva Constitución. A ello debe agregarse que el propio texto constitucional distingue entre Tratados y leyes en su artículo 82 N° 2 para efectos del control de constitucionalidad preventivo de parte del Tribunal Constitucional, diferencia que debe interpretarse teniendo un sentido útil en el sistema jurídico. Por último, debe señalarse que el tratado no depende su validez del ordenamiento jurídico nacional sino del derecho internacional, el derecho nacional sólo determina su incorporación al derecho interno y su aplicabilidad preferente frente a las normas de fuente interna, siendo resistente (fuerza pasiva) frente a toda otra norma posterior del Estado Parte, en virtud de los principios contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la cual es también derecho interno desde 1981 en Chile, que exige cumplir las obligaciones internacionales de buena fe y a no oponer normas del derecho interno para incumplir obligaciones internacionales como lo ha aceptado la Corte Suprema de Justicia. Ello determina que un tratado sólo pierde validez y aplicabilidad cuando se procede a ponerle fin, cuando ello es posible, de acuerdo a las normas del propio tratado o de acuerdo con las normas de la Convención sobre Derecho de los Tratados.

El **Tribunal Constitucional**, más tarde, en **sentencia rol N° 312 de 3 de octubre de 2000**, en que se pronuncia sobre la petición de inconstitucionalidad del Tratado entre las Repúblicas de Chile y Argentina sobre intergración y complementación minera, afirmará que el tratado tiene “fuerza de ley”, pudiendo “modificar a una norma de igual jerarquía” (considerando 31).

Nos parece que no puede deducirse del artículo 50 N°1 de la Constitución que el tratado tenga “fuerza de ley” por el sólo hecho de que *para su aprobación por el Congreso se tramite como ley*, lo que se refiere a un aspecto adjetivo de procedimiento.

Ello significa desconocer la distinta naturaleza jurídica entre Tratado y ley que el Tribunal Constitucional ya había reconocido en la sentencia anteriormente comentada, menos aún es deducible de ello sostener que el tratado internacional tiene fuerza de ley, no hay disposición alguna de la Carta Fundamental que lo señale ni de la cual pueda deducirse tal interpretación, el Tratado internacional válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional no puede tener “fuerza de ley”, ya que ello implicaría reconocer que una ley posterior invalidaría el tratado, lo que fuera de vulnerar abiertamente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados generando la consiguiente responsabilidad internacional, se desconocería la fuente internacional como la única que determina la validez de los tratados y el hecho que el derecho interno sólo puede determinar la aplicabilidad del tratado internacional en el derecho interno. Además se vulnera la aplicabilidad preferente del tratado frente al derecho interno, sin lo cual no hay principio de buena fe de cumplimiento de las obligaciones internacionales, ya que el Estado por un acto unilateral de su propia voluntad deja sin efecto su obligación internacional, vulnerando además la doctrina de los actos propios. Como lo ha sostenido el propio Tribunal Constitucional, después de su ratificación, el Estado se encuentra obligado a respetar las cláusulas del tratado, no puede inaplicarlas, por lo que las cláusulas del tratado son de aplicación preferente a las normas de derecho interno, aunque no las derogan. El Estado sólo puede denunciar el tratado o ponerle término de acuerdo a las reglas del derecho internacional, lo que producirá efectos cuando lo precise el mismo derecho internacional. Por ello, nos parece de urgente necesidad precisar estas reglas en el propio texto constitucional para evitar fallos contradictorios que generan inseguridad jurídica.

Además para cumplir efectivamente de buena fe las obligaciones de los tratados y no oponer normas de derecho interno a dicho cumplimiento, es indispensable establecer un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional previo a su ratificación, lo que constituye una buena técnica jurídica para evitar incurrir en responsabilidad internacional y respetar la intangibilidad de los tratados en lo que se encuentra comprometido el honor del Estado de Chile.

Ello es más patente aún en materia de Derechos Humanos, ya que dichos tratados no se estructuran para beneficio recíproco de los intereses de los Estados Partes, sino cuyo objeto y fin está dado por la obligación de estos últimos de asegurar y garantizar los derechos esenciales de todas las personas dentro de su territorio jurisdiccional.

Sorprendente ha sido el **fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 346 de 8 de abril de 2002**, sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, cuyo objeto era determinar si los órganos colegisladores tenían potestad para otorgar jurisdicción para juzgar crímenes contra la humanidad con facultades de imperio para hacer ejecutar sus resoluciones, constituyendo una jurisdicción complementaria o subsidiaria de las jurisdicciones nacionales<sup>50</sup>.

El voto mayoritario en dicha sentencia consideró que los órganos colegisladores nacionales no tienen potestad para atribuir parte de la jurisdicción nacional a órganos jurisdiccionales supranacionales, ya que ello vulnera la soberanía nacional (artículo 5° inciso 1°) y la potestad jurisdiccional de los tribunales chilenos (art. 73).

Sin perjuicio de no compartir dicha sentencia<sup>51</sup>, lo más preocupante de ella fue la de *entrar a resolver en el fallo un asunto ultra petita*, la ubicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico nacional, aspecto que contará con un voto en contra del Ministro Libedinsky y una prevención del Ministro Juan Agustín Figueroa.

El fallo de mayoría parece sostener que las normas de derechos humanos contenidos en tratados internacionales estarían comprendidos, desde el punto formal, en el nivel intermedio entre los preceptos legales y la Constitución, con lo que se desnaturaliza el artículo 5° inciso 2° y la reforma constitucional de 1989, cuyo objeto y fin fue incorporar con rango constitucional los derechos asegurados por los tratados internacionales, produciéndose una verdadera mutación constitucional por vía interpretativa. En efecto, los derechos esenciales asegurados por tratados internacionales reconocidos como tales por el Estado de Chile e incorporados al derecho interno válidamente ya no serían “límites a la soberanía” y, por tanto, límites a todos los poderes instituidos, ni tendrían la fuerza de obligar a los órganos jurisdiccionales de aplicarlos como integrantes del bloque constitucional de derechos, lo que va contra todo el contexto, espíritu y fin de la reforma de 1989.

---

<sup>50</sup> Ver en fallo de la Corte Interamericana reproducido en Revista *Ius et Praxis*, año 7, N° 1, 2001, pp. 585-648.

<sup>51</sup> Ver al respecto Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional” en Revista *Ius et Praxis*, año 8, N° 1, pp. 563 y ss. Ver fallo del Tribunal Constitucional, en misma revista, páginas 583 y ss.

En la práctica, se desconoce el efecto vinculante obligatorio del artículo 5° inciso 2°, sin distinguir entre derechos contenidos en los tratados y los tratados mismos, sosteniendo que “la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental” (considerando 62). En todo caso, el Tribunal no se pronuncia sobre el valor jurídico de los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales válidamente incorporados al derecho interno. Aunque no hay argumentación que distinga entre el valor de dos derechos esenciales como límites a la soberanía y las normas jurídicas que los contienen que tendrían un carácter de normas infraconstitucionales. De manera que los derechos contenidos en las normas tendrían un valor superior a las normas que los contienen, cosa que el Tribunal Constitucional no ha podido explicar.

Se aparta claramente de esta posición el *voto de minoría del Ministro Libedinsky* quien, respecto del artículo 5° inciso 2° de la Constitución precisa. “¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarios a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana?. En otras palabras, ¿es concebible que la Constitución por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?” (considerando 9°, del voto disidente).

Todo ello, sin perjuicio de **la prevención** del *Ministro Figueroa* respecto de no compartir los considerandos del voto mayoritario referentes a tratados de derechos humanos. El Magistrado Figueroa como perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La última tentación de Cristo” sostuvo: “Los tratados internacionales se entienden incorporados al ordenamiento jurídico y la mayoría de la doctrina considera que se incorporan por lo menos al mismo nivel que el del ordenamiento constitucional. Es decir, los tratados pueden ampliar el ámbito del ordenamiento constitucional y, aún más, debe entenderse la preeminencia de la norma internacional sobre la interna”.

*Los votos de mayoría y minoría reflejan la evidencia de dos enfoques y concepciones de interpretación constitucional y de concepto de Constitución opuestas, constitu-*

yendo un ejemplo pedagógico claro de las concepciones de Constitución estatua o Constitución testamento por una parte, que desconoce el contexto, sentido y finalidad de la reforma de 1989 al artículo 5º inciso 2º, el efecto útil de esta disposición y el principio interpretativo *favor homine* o *favor libertatis*, y por otra, una interpretación constitucional actualizadora, que precisa la intención de la Constitución con la reforma de 1989 y el sentido y alcance que le dieron aquellos que la propugnaron e hicieron posible, dándole un sentido útil y finalista. Hay así una perspectiva de aproximación a la “*living constitution*”.

#### **10. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS ESENCIALES EN NUESTRA CARTA FUNDAMENTAL**

La fuerte división de la doctrina constitucional que hemos podido apreciar sobre la materia, como asimismo, la diversidad de jurisprudencia, muchas veces contradictoria de los mismos órganos jurisdiccionales en diversos fallos, hace imprescindible por necesidad de seguridad jurídica efectiva del derecho vigente en materia de derechos esenciales, realizar algunos perfeccionamientos a la normativa constitucional sobre la materia, en nuestra opinión ellos deben ser los siguientes:

1. Establecer una norma constitucional clara y expresa que reemplace el artículo 82 n°2 de la Constitución referente a las atribuciones del Tribunal Constitucional, determinando **el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación.**

Este control de constitucionalidad sería parte del perfeccionamiento del instrumento internacional, por lo que el Presidente de la República no podría ratificar el tratado o concretar el canje de notas si normas de éste fueren declaradas inconstitucionales o ratificarlo con la reserva correspondientes a las disposiciones consideradas inconstitucionales si ello es compatible con la naturaleza y fin del tratado.

Esta disposición otorgaría plena seguridad jurídica respecto de todos los tratados internacionales ratificados por Chile, eliminando la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional y afectación del honor del Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

2.- Establecer una norma constitucional como inciso 3° del artículo 5° de la Constitución que determine: **Los tratados relativos a derechos humanos ratificados por Chile tienen jerarquía constitucional, siendo de aplicación preferente en la medida que contengan normas más favorables para los derechos de las personas que los establecidos en la Constitución y las leyes chilenas debiendo aplicarse de forma inmediata y directa por los tribunales, los demás órganos y autoridades del Estado**<sup>52</sup>.

Esta norma otorga plena seguridad jurídica de incorporación al derecho interno con rango constitucional de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile, zanjando, definitivamente, la cuestión de la divergencia de interpretaciones por la falta de claridad del artículo 5° inciso 2°, otorgando directrices claras a los órganos jurisdiccionales internos sobre la materia, dando plena certeza jurídica al bloque constitucional de derechos conforme a la doctrina de las jurisdicciones supranacionales e internacionales.

Esta norma establece para los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de considerar el derecho internacional de los derechos humanos en los diversos procedimientos como parte del bloque constitucional de derechos, aplicando las reglas interpretativas *favor homine* y la fuente de derecho interna o internacional que mejor favorezca el ejercicio de los derechos de las personas.

3. Establecer a nivel constitucional el derecho de acceder a la jurisdicción internacional o supranacional de las personas en los siguientes términos: **Toda persona tiene derecho a ocurrir ante los organismos internacionales o supranacionales,**

---

<sup>52</sup> Disposiciones similares se encuentran en el artículo 93 de la Constitución de Colombia, artículo 10.2 de la Constitución española: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”; artículo 16.2 de la Constitución portuguesa: “*La interpretación y aplicación de las normas constitucionales y jurídicas relativas a los derechos fundamentales se hace en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos*”; artículo 10 de la Constitución Checa de 1992: “*Los acuerdos internacionales ratificados y hechos públicos sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales, con los cuales la República Checa se encuentra comprometida, representan una obligación inmediata y tienen preferencia ante la ley*”; disposición final cuarta de la Constitución peruana, la cual establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú; y el artículo 20 de la Constitución de Rumania

**jurisdiccionales o no jurisdiccionales, encargados de velar y asegurar el respeto de los derechos humanos según los tratados ratificados por el Estado de Chile y vigentes.**

Esta norma asegura el derecho a la jurisdicción y el derecho de petición contenidos tanto en el artículo 8 de la C.A.D.H. y el artículo 14 del P.I.D.C.P. y los procedimientos establecidos para su aseguramiento y protección, los cuales ya son parte de nuestro ordenamiento jurídico. La norma jurídica propuesta sólo formaliza el rango constitucional del derecho.

4. Establecer una norma constitucional que precise: **Los fallos de los tribunales internacionales o supranacionales en materia de derechos humanos a los que el Estado les ha reconocido jurisdicción vinculante son de aplicación directa e inmediata en el territorio jurisdiccional del Estado y su cumplimiento exigible en forma directa e inmediata ante todos los tribunales nacionales.**

Esta norma hace efectivo en el derecho interno la obligación ya existente del Estado de Chile de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como obligación de resultado, de acuerdo con el artículo 67<sup>53</sup> y 68<sup>54</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos.

5. Establecer una norma que precise: **El término, modificación, suspensión o denuncia de un tratado tiene lugar como resultado de las normas del propio tratado o de las normas generales del derecho internacional.**

Esta norma constitucionaliza un deber jurídico del Estado chileno de asumir de buena fe el respeto de las obligaciones del derecho internacional ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico y una prevención efectiva respecto de tentaciones arbitrarias de actuar de mala fe y al margen del derecho internacional, incumpliendo las obligaciones libre y voluntariamente aceptadas.

---

<sup>53</sup> Este artículo determina: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

<sup>54</sup> El artículo 68 precisa: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Con la proposición de estas cinco normas contribuimos al deber de perfeccionar nuestro Estado Constitucional democrático y el sistema de protección de los derechos fundamentales dentro del contexto de una sociedad sustentada en una concepción personalista del ser humano y una afirmación de un Estado instrumentalista al servicio de las personas y el bien común.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993.
- , **Derechos y razón práctica**, Ed. Distribuciones Fontaura, México, 1993.
- , **Conceptos y validez del Derecho**, Ed. Gredisa, Barcelona, España, 1994.
- , **Teoría del Discurso y Derechos Humanos**, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1995.
- Aragón, Manuel, **Estudios de derecho constitucional**, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1998.
- Bachof, Otto, **Jueces y Constitución**, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- Ballesteros, J. (Ed) **Derechos Humanos. Concepto, fundamento, sujeto**, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1992.
- Bonavides, Paulo, **Direito Constitucional**, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Brasil, 1980.
- Benda, Ernesto y otros, **Manual de Derecho Constitucional**, Ed. Marcial Pons y Ed. IVAP, Madrid, España, 1996.
- Bidart Campos, Germán, **Teoría general de los derechos humanos**, Editorial Astrea, Argentina, 1991.
- , **La interpretación del sistema de derechos humanos**, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- , **Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino**, Ed. Ediar, 1986, tomo I.

- \_\_\_\_\_, **Manual de la Constitución Reformada**, 2 tomos, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- \_\_\_\_\_, **Régimen legal y jurisprudencial del amparo**, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1968.
- Bidart Campos, Germán y otros. **Organización jurídica-política del Estado**. Editorial de Belgrano, Argentina, 1981.
  - \_\_\_\_\_, **Principios de derechos humanos y garantías**, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1991.
  - Biscaretti di Ruffia, Paolo, **Derecho Constitucional**, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1973.
  - \_\_\_\_\_, **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**, Ed. F.C.E., México, 1996.
  - Bobbio, Norberto, **Presente y porvenir de los derechos humanos**, Anuario de Derechos Humanos, 1981.
  - \_\_\_\_\_, **Il contratto sociale, oggi**, Guida Editor, Nápoles, Italia, 1980.
  - Borja, Rodrigo, **Derecho Político y constitucional**, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
  - Braveman, Dan y otros, **Constitutional Law**, Structure and Rights in our Federal System, Ed. Lexis Publishing. New York, EE.UU, 2000.
  - Brewer Carías, Allan, **La Constitución de 1999**, Editorial Arte, Caracas, Venezuela, 2000.
  - Brewer Carías, Allan y Ayala Corao, Carlos, **Ley orgánica de amparo sobre derecho y garantías constitucionales**, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 1988.
  - Buchanan, James y Tullocks, Gordon, **El cálculo del consenso**, Ed. Espasa Calpe, Madrid, España, 1980.
  - Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Dinatt, **La Protección de los**

**derechos humanos en las Américas**, Ed. IIDH-Cívitas, reimpresión 1994, España.

- Caballero S., Gaspar y Anzola G., Marcela, **Teoría Constitucional**, Ed. Themis, Santafé de Bogotá, Colombia, 1995.
- Cabrillac, Rénnny; Frison-Roche, Marie-Anne; Revet, Thierry et al, **Droits et libertés fondamentaux**, Ed. Dalloz, 4ta. Edition, Paris, Francia, 1997.
- Calamandrei, Piero y Levi, **Comentario sistemático alla costituzione Italiana**, Firenze, 1960.
- Calvez, Jean-Yves y Perrin, Jacques, **Iglesia y Sociedad Económica**, Ed. Mensajero, Bilbao, España, 1965.
- Cançado Trindade, Antonio, **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- Capelleti, Mauro, «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional» **en Tribunales Constitucionales europeos y derechos humanos**, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984.  
———, **La giurisdizione costituzionale della libertà**. (Primo studio sul ricco costituzionale), Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1955.  
———, **Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo** (cuatro estudios de derecho comparado) Ed. Porrúa, México, 1993.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, **Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo**, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1995.
- Cassese, Antonio, **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1991.
- Castán Tobeñas, José, **Los derechos del hombre**, 3era. Edición, Ed. Reus, Madrid, España, 1985.
- Cea Egaña, José Luis, **Teoría Política y Constitucional**, Ed. Jurídica de Chile, 2 tomos, Santiago, Chile, 1979.  
———, **Derecho Constitucional Chileno**, Tomo I, Editorial Universidad

Católica de Chile, Santiago, Chile, 2002.

- Colliard, Claude Albert, **Libertés Publiques**, Ed. Dalloz, París, Francia, 1982.
- Corwin, Edwards, **La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual**, Editorial Fraterna, Buenos Aires, Argentina, 1987.  
———, **The Constitution and what it means today**, 11ª edición, Princeton University Press, Estados Unidos, 1954.
- Crisafulli, **Lezioni di diritto costituzionale**, 5ª edición, Ed. CEDAM, Padua, Italia, 1984.
- Chantebout, Bernard, **Droit Constitutionnel et science politique**, Ed. Económica, París, Francia, 1979.
- Dabin, Jean, **Doctrine Générale d l'Etat**, Bruyland Sirey, Bruselas, París, 1939.
- Dallari, Dalmo de Abreu, **Curso de direito constitucional positivo**, 6ª edición, Sao Paulo, Brasil, 1990.  
———, **Elementos de teoría general do Estado**, Editora Saraiva, Vigésima edición actualizada, Sao Paulo, Brasil, 1998.
- Da Silva, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**, 6ª edición, Sao Paulo, Brasil, 1990.
- De Asís Roig, Rafael, **Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder**, Editorial Debate, España, 1992.  
———, **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, Tercera Edición, Ed. Económica, París, Francia, 1990.
- De Vergottini, Giuseppe, **Derecho Constitucional Comparado**, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 1983.  
———, **Diritto Costituzionale Comparato**, Seconda Edizione, Padova, CEDAM, Italia, 1987.
- Díaz, Elías, **Sociología y Filosofía del Derecho**, Taurus Ediciones, Madrid, España, 1980.

- Dubois, L. y Peiser, G., **Droit Public**, Ed. Dalloz, París, Francia, 1976.
- Dupay, Pierre Marie, **Droit International Public**, Ed. Dalloz, París, Francia, 1993.
- Dworkin, Ronald, **Los derechos en serio**, Ed. Ariel Derecho S.A., Barcelona, España, 1989.
- Esteva Gallicchio, Eduardo, **Lecciones de Derecho Constitucional. Teoría del Gobierno**, Ed. Revista Uruguay de Derecho Constitucional y Político. Montevideo, Uruguay, 1997.
- Evans de la Cuadra, Enrique, **Los derechos constitucionales**, tres tomos, Ed. Jurídica de Chile, Segunda edición, Santiago, Chile, 1999.
- Exteberría, X., **El reto de los derechos humanos**, Ed. Sal Terrae, Santander, España, 1994.
- Fernández Segado, Francisco, **La dogmática de los derechos humanos**, Ediciones Jurídicas, Perú, 1994.
- \_\_\_\_\_, **El sistema constitucional español**, Ed. Dykinson, Madrid, España, 1992.
- Fernández, Eusebio, **Teoría de la justicia y derechos humanos**, Editorial Debate, segunda reimpresión, España, 1991.
- Fernández-Galiano, A., **Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho**. Ed. CEURA, Madrid, España, 1988.
- Ferrajoli, Luigi, **Derechos y garantías. La ley del más débil**, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.
- Ferreres Comella, V., **Justicia Constitucional y democracia**. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1997.
- Fioravanti, M., **Los derechos fundamentales**. Apuntes de historia de las Constituciones, Ed. Trotta, Madrid, España, 1996.

- 
- Fix-Zamudio, Héctor, **La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales**, Eds. UNAM y Civitas, Madrid, España, 1982.  
———, **La protección judicial de los derechos humanos**, Ed. Civitas, Madrid, España, 1982.
  - Freixes San Juan, Teresa, **Constitución y derechos fundamentales**, Ed PPU, Barcelona, España, 1992.
  - García Belaúnde, Domingo y otros, **Los sistemas constitucionales iberoamericanos**, Ed. Dykinson, Madrid, España, 1992.
  - García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, **La Constitución Peruana de 1993**, Lima, Perú, 1994.
  - García de Cotarelo, Ramón y otros, **Introducción a la Teoría del Estado**. Editorial Teide S.A., Barcelona, España, 1986.
  - García de Enterría, Eduardo, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Editorial Civitas, Madrid, España, 1991.
  - García de Enterría, Eduardo y otros, **El sistema Europeo de protección de los derechos humanos**, Ed. Civitas, Madrid, 1983.
  - García Laguardia, Jorge Mario, **La Defensa de la Constitución**, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983.  
———, **Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala. El hábeas corpus**, Ed. Cuadernos de Derechos Humanos, Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1991.
  - García Pelayo, Manuel, **Obras Completas**, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991.
  - Gavara De Cara, Juan Carlos, **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**, Ed. Centro Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994.
  - Gomes Canotilho, J.J., **Direito Constitucional**, Ed Livraria Almedina, Portugal. 1993.

- Gomes Canotilho, J.J. y Vital Moreira, **Constitucáo da República Portuguesa Anotada**, Coimbra Editora, Edicao revista, Portugal, 1993.
- González Casanova, J.A., **Teoría del Estado y Derecho Constitucional**, Ed. Vicens Vives, Barcelona, España, 1991.
- González Pérez, J., **La dignidad de la persona**, Ed. Civitas, Madrid, España, 1986.
- Gross Espiell, Héctor, **La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.
- Häberle, Peter, **Retos actuales del Estado Constitucional**, Ed. IVAP, Bilbao, España, 1996.
- Hauriou, André y Giquel, Jean, **Droit Constitutionnel et institutions politiques**, Ed. Montchrestien, Francia, 1980.
- Henas Hidrón, Javier, **Panorama de Derecho Constitucional Colombiano**, Undécima Edición, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1998.
- Hernández Valle, Rubén, **La tutela de los derechos fundamentales**, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990.
- Hesse, Konrad, **Escritos de derecho constitucional**, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1992.
- Heymann-Doat, Arlette, **Libertés publiques et droits de l’homme**, 4ta. Edition, Ed. L.G.D.J., París, Francia, 1997.
- IIDH, **La Corte Interamericana de derechos humanos. Estudios y documentos**, Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1985.
- Jellinek, G., **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**, Società Editrice Librarie, Milano, Italia, 1919.
- Kalinosky, Georges, “El derecho natural y la persona humana”, en **Concepto**,

**fundamento y concreción del derecho**, Buenos Aires, Argentina, 1982.

- Kriele, Martin, **Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos**. Ed. Herder, Barcelona, España, 1982.
- Lafer, Celso, **La reconstrucción de los derechos humanos**, Ed. Fondo de Cultura Economía, México, 1994.
- Lebreton, Cl., **Libertés Publiques**, 3era edition, Ed. Armand Colin, París, Francia, 1996.
- Leclercq, C., **Libertés publiques**, 3era. Edition, Ed. Litec, Francia, 1996.
- Libertor, Gileo, **Libertés publiques et droits de l'homme**, Ed. Armand Colin, París, Francia, 1995.
- Lowenstein, Karl, **Teoría de la Constitución**, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1970.
- Lucas Verdú, Pablo, **Curso de Derecho Político**, 4 tomos, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1976, Segunda Edición, 1984.  
\_\_\_\_\_, **El sentimiento constitucional**, Ed. Reus S.A., Madrid, España, 1985.
- Maritain, Jacques, **Los Derechos del Hombre y la ley natural**, Ed. La Pléyade. Buenos Aires, Argentina, 1972.  
\_\_\_\_\_, **La persona y el bien común**, Ed. Club de Lectores, Buenos Aires, Argentina, 1968.  
\_\_\_\_\_, **El Hombre y el Estado**, Ed. Del Pacífico, Santiago, Chile, 1974.
- Martín-Retortillo, L. y De Otto, I., **Derechos fundamentales y Constitución**, Ed. Civitas, Madrid, España, 1988.
- Martínez, T., **Diritto Costituzionale**, Ed. Giuffrè, Milán, Italia, 1992.
- Mazzioni di Celso, M., **Lezioni di diritto costituzionale**, Ed. Giuffrè, Milán, Italia, 1993.

- Medina, Cecilia, **Constitución, tratados y derechos esenciales**, Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1994.
- Medina, Cecilia (Coord), **El Sistema interamericano de derechos humanos**, Ed. Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1992.  
———, **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Manual de Enseñanza, Santiago, Chile, 1990.
- Miranda, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1991.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, **Los derechos humanos**, Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1980.
- Muguerza, Javier y otros, **El fundamento de los derechos humanos**, Editorial Debate-Madrid, España, 1989.
- Natale, Alberto, **Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994**, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Nieto Navia, Rafael, **Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos**, Editorial IIDH-Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1988.
- Nikken, Pedro, **La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo**, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, España, 1987.  
———, **El derecho internacional de los Derechos Humanos**, Caracas, Venezuela, 1989.  
———, **Los derechos humanos en el sistema regional americano**, En curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Antología Básica, Ed. I.I.D.H., San José, Costa Rica, 1990.
- Nino, Carlos Santiago, **Fundamentos de Derecho Constitucional**, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.  
———, **Ética y derechos humanos**, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.

- 
- Nogueira Alcalá, Humberto y Cumplido Cereceda, Francisco, **Instituciones Políticas y Teoría Constitucional**, Volúmenes I y II, Editorial Universidad de Talca, Chile, 2001.
  - Nogueira Alcalá, Humberto, **Dogmática Constitucional**, Editorial Universidad de Talca, Chile, 1997.
  - ———, **Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos**, Ed. Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay, Montevideo, Uruguay, 2000.
  - O'Donnell, Daniel, **Protección internacional de los derechos humanos**, Ed. Comisión Andina de Juristas, 2ª Edición, Lima, Perú, 1989.
  - Pacheco Gómez, Máximo, **Los Derechos humanos**, Documentos básicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1987.
  - Padilla, Miguel, **Lecciones sobre derechos humanos y garantías**, Editorial Abeledo-Perrot, 3 tomos, Argentina, 1986.
  - Paine, Celso, **Los derechos del hombre**, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, México, 1986.
  - Paladin, L., **Diritto costituzionale**, Ed. Cedam, Padua, Italia, 1991.
  - Palomino Manchego, José y Remotti Carbonell, José Carlos (Coordinadores). **Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica** (libro homenaje a Germán Bidart Campos), Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2002.
  - Passerin d'Entrèves, **El Derecho Natural**, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1972.
  - Peces-Barba, Gregorio, **Derechos fundamentales**, Editorial Universitaria Complutense, cuarta edición, Madrid, España, 1983.
  - ———, **Introducción a la filosofía del Derecho**, Ed. Debate, Segunda Edición, Madrid, España, 1984.
  - ———, **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, España, 1995.

- Pereira Menaut, Antonio Carlos, **Teoría constitucional**, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, Chile, 1998.
- Pérez Escobar, Jacobo, **Derecho Constitucional Colombiano**, Quinta Edición, Ed. Themis, Colombia, 1997.
- Pérez Luño, Antonio, **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Editorial Tecnos, España, 1984.  
———, **Los derechos fundamentales**, Séptima edición, Ed. Tecnos, España, 1998.
- Peris, Manuel, **Juez, Estado y Derechos Humanos**, Ed. Fernando Rovies, Valencia, España, 1976.
- Piza, R.E. y Trejos, G., **Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana**, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1989.
- Pizzorusso, Alessandro, **Lecciones de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984.
- Prieto Sanchís, Luis, **Estudios sobre derechos fundamentales**, Ed. Debate, Madrid, España, 1990.
- Quiroga Lavié, Humberto, **Los derechos humanos y su defensa ante la justicia**, Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1995.
- Real, Alberto Ramón, **Estado de derecho y humanismo personalista**, Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1974.
- Rolla, Giancarlo, **Manuale di Diritto Pubblico**, G. Giappichelli editore, Torino, Italia, 2000.
- Romagnoli, Umberto, «Il principio d'uguaglianza sostanziale» en **Comentario della Costituzione, a cura de Giuseppe Branca. Art. 1º**, Bologna, Roma, 1975, pp. 162 y ss.
- Rosinsky, Herbert, **Power and Human Destiny**, Ed. Preager, Nueva York, Estados

Unidos, 1965.

- Ross, Alf, **Sobre el derecho y la justicia**, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1963.
- Rousseau, Charles, **Derecho internacional público**, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1957.
- Rubio Llorente, Francisco, **La forma del Poder**, Ed. C.E.C., Madrid, España, 1993.
- Sabsay, Daniel y Anandía, José, **La Constitución Argentina**, Ed. Errepar, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- Sábica, Luis Carlos, **Elementos de Derecho Constitucional**, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- Sagués, Néstor, **Derecho Procesal Constitucional**, Tomos 1 y 3, Ed. Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Sánchez Rodríguez, L.I.; González Campos, I.D. y Sáenz de Santamaría, M.P., **Curso de Derecho Internacional Público**, Oviedo, España, 1983.
- Silva Bascuñán, Alejandro, **Derecho Político**, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1980.  
———. **Tratado de derecho constitucional chileno**, Ed. Jurídica de Chile, VII Tomos, Santiago, Chile, 1997, 1999, 2000.
- Smend, Rudolf, **Constitución y derecho constitucional**, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1985.
- Sorensen, Max, **Manual de derecho internacional público**, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1973.
- Spagna Musso, E., **Diritto costituzionale**, Ed. Cedam, Padua, Italia, 1992.
- Spärrmann, R., **Lo natural y lo racional**, Ed. Rialp, Madrid, España, 1989.

- Stern, Klauss, **Derecho del Estado de la República Federal Alemana**, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, España, 1987.
- Tocora, Luis Fernando, **Control Constitucional y Derechos Humanos**. Ediciones Librería del Profesional, Santafé de Bogotá, Colombia, 1993.
- Travieso, Juan Antonio, **Derechos Humanos y Derecho Internacional**, Ed. Heliosta, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Truyol y Serra, A., **Los derechos humanos**, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1982.
- Varios Autores, **Dignidad de la persona**, Ed. IPF., Madrid, España, 1982.
- Varios Autores, **Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales**, Ed. CEC, Madrid, España, 1984.
- Varios Autores, **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1985.
- Varios Autores, **La justicia constitucional en la actualidad**, Corporación Editora nacional, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Ecuador, 2002.
- Verdross, Alfredo, **Derecho Internacional Público**, 5ta. Edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, España, 1967.
- Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio; Nogueira, Humberto, **Derecho Constitucional**. Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1994.
- Vergés Ramírez, Salvador, **Derechos humanos: fundamentación**, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1997.
- Virga, P., **Diritto costituzionale**, Ed. Giuffrè, Milán, Italia, 1979.
- Wachmann, P., **Libertés Publiques**, Coll Cours, Ed. Dalloz, París, Francia, 1999.

- 
- Zagrebelsky, Gustavo, **Manuale di Diritto Costituzionale**, 2ª edición, Ed. UPET, Turin, Italia, 1998.

## ARTÍCULOS

- Ayala Corao, Carlos, “El Derecho de la Derechos Humanos” en *Lecturas Constitucionales Andinas N°3*, Comisión Andina de Juristas, Lima Perú, 1994.  
———, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, Ponencia presentada al *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 12 al 15 de febrero de 2002.
- Bazán, Victor, “La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de derecho comparado” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, edición 2003*. Ed K.A.S. Montevideo, Uruguay, 2003, pp. 109 y ss.
- Bidart Campos, Germán, “La interpretación de los Derechos Humanos” en *Lecturas Constitucionales Andinas N°3*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1994.  
———, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna” en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ed UNAM, México, 1998.
- Bon, Pierre, “La protección constitucional de los derechos fundamentales, aspectos de derecho comparado europeo” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°11*, Madrid, España, 1992.
- Calderón Vargas, Mario, “Las inmunidades de jurisdicción y los derechos de la persona humana” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Alejandro Silva Bascuñán*, Ed. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1994.
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1994.  
———, “Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *V Congreso*

*Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. Universidad Nacional autónoma de México (UNAM), México, 1998.

- Cea Egaña, José Luis, “Constitución y tratados de derechos humanos” en *Revista Ius et Praxis. Derecho en la Región*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, enero, 1997.
- Cervati, Angel Antonio, “El Legislador de los derechos fundamentales” en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Ed. Universidad Complutense, Madrid, España, 1991.
- De Otto y Pardo, Ignacio, «La Garantía del Contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución Española» en **Derechos Fundamentales y Constitución**, Martín Retortillo, Lorenzo y De Otto y Pardo Ignacio, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1988.
- Díaz Albónico, Rodrigo, “La Reforma del artículo 5° de la Constitución Política”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales*, Universidad de Chile, 1991.
- Dulitzky, Ariel. “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano” en Buergenthal, Thomas y Cancado Trindade, Augusto, **Estudios especializados de derechos humanos**, San José, Costa Rica, 1996.
- Favoreau, Louis, «El bloque de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, Madrid, 1990.
- Fernández Segado, Francisco. «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1993.
- Fix Zamudio, Héctor. “La Justicia Constitucional en América Latina” en *Lecturas Constitucionales Andinas N°1*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1991.  
———, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, Colombia, N°1, 1995.  
———, “Los tratados internacionales de derechos humanos y las constituciones latinoamericanas” en *V Congreso Iberoamericano de Derecho*

---

*Constitucional*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

\_\_\_\_\_, “Justicia Constitucional y derechos humanos en Latinoamérica” en **La Justicia Constitucional en la actualidad**, Ed. Corporación Editora Nacional. Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en la actualidad, Quito, Ecuador, 2002.

- García Herrera, Miguel Angel, «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979.
- Gross Espiell, Héctor, “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno” en **Estudios en Homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio**, T. II, Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- Hernández Valle, Rubén, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica**, Ed. Dykinson y otras, Madrid, España, 1997.
- Jiménez de Arechaga, Eduardo, «La Convención Interamericana de derechos humanos como Derecho Interno», en *Revista IIDH*, enero/junio de 1988, San José de Costa Rica.
- Mora Mora, Luis Paulino, “Jurisdicción constitucional en América Latina (con especial énfasis en Costa Rica)” en **La Justicia Constitucional en la actualidad**, Ed. Corporación editora nacional, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Quito, Ecuador, 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, *Revista de Derecho Público*, Volumen N° 63, Tomo I. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 115 – 162.
- Otholenghi, Enmanuele, “L’elezione diretta del Primer Ministro: il caso d’Israel” en *Cuaderni Costituzionali N° 1*, Italia, 1994.
- Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la

regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**, CELS- Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997.

- Requejo Pages, Juan Luis, «La articulación de las jurisdicciones internacionales, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 35, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1992.  
\_\_\_\_\_, “La articulación de las jurisdicciones internacionales, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 35, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1992.
- Ríos, Lautaro, «La Dignidad de la Persona», Discurso Inaugural de las XXV *Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, Tomo I, 1995.
- Rubio Llorente, Francisco, «El bloque de constitucionalidad» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, Madrid, España, 1989.
- Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional y derechos humanos en el Ecuador” en **La Justicia Constitucional en la actualidad**, Ed. Corporación editora Nacional, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador; Quito, Ecuador, 2002.
- Silva Bascuñán, Alejandro, «Reformas sobre derechos humanos», en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, Universidad Católica de Chile, septiembre-diciembre, 1989.
- Schneider, H.P., «Peculiaridad y función de los Derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático» en *Revista de Estudios Políticos*, N° 7 (Nueva época), Madrid, España, 1979.
- Stern, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la RFA” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°1, septiembre-diciembre, 1988, Madrid, España.

- Troncoso, Claudio y Vial, Tomás, «Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución», *XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II, mayo a diciembre, 1993.
- Varas Alfonso, Paulino, «El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución», *XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II, mayo a diciembre, 1993.

## 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 país<sup>1</sup>.

Un reflejo de lo que expreso se observa en el debate que tuvo lugar en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 1° 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 Díez 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 desechó 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 solicitara 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 2° del artículo 5°. 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<sup>3</sup>.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 Congreso<sup>5</sup>.

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.

---

<sup>5</sup> 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 169<sup>6</sup>.

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

---

<sup>6</sup> 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»<sup>7</sup>.

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

---

<sup>7</sup> 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 interpretarán 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 Constitución<sup>8</sup>.

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.

---

<sup>8</sup> 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 Humanos, 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 emanan 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 las 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 que emanan 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 iusnaturalista 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 tratado<sup>9</sup>.

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 sobrevenida 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?.

---

<sup>9</sup> 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 necesarias 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 autoejecutables 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. 6ª, 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 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 extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos, en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario<sup>10</sup>.

En otra sentencia, luego de poner de relieve la gravedad que entrañaría 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 internacional<sup>11</sup>.

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

---

<sup>10</sup> T. Constitucional, 21 diciembre 1987, Rol N° 46.

<sup>11</sup> T. Constitucional, 4 agosto 2000, Rol N° 309. R.D.J., t. 97, se. 6ª, 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 desestimado<sup>12</sup>.

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 2° del artículo 5° de la Constitución, siendo por tanto, vinculantes para los jueces, sin perjuicio

---

<sup>12</sup> 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 acápites 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.

## VISIÓN PROSPECTIVA EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Miguel Angel Fernández González (\*)

### RESUMEN

El artículo se plantea en forma prospectiva considerando los fenómenos de globalización e integración, como asimismo en la necesidad de renovar el concepto de soberanía. Dentro de este contexto se analiza el derecho constitucional vigente y la evolución de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, planteando proposiciones normativas para perfeccionar la Constitución, haciendo presente los obstáculos que representa el pasado reciente y la posible evolución interpretativa de los operadores jurisdiccionales.

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

### ABSTRACT

This article brings globalization and international integration, as well as the need to revise the concept of national sovereignty, as elements of the

---

(\*) Abogado. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica, Universidad de Chile, Universidad de Los Andes y Universidad Alberto Hurtado. Es miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

Artículo recepcionado el 14 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 28 de abril de 2003.  
Correo electrónico: mafernande@cb.cl

context for the analysis of current Constitutional Law and the evolution of opinions of the higher Courts. Improvements to the Constitution are suggested, acknowledging at the same time the obstacles deriving from the past, and the eventual evolution in the interpretation of the Constitution by the judiciary.

Chile. Constitutional Law. Fundamental Rights. Human Rights.

## I. INTRODUCCIÓN

En el marco de este Seminario Internacional sobre Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales se me ha invitado a participar en el Panel, dedicado a elaborar una visión prospectiva de las adecuaciones necesarias de nuestro ordenamiento constitucional en la materia.

Creo útil referirme, en primer lugar, a dos, parámetros que, por una parte, permiten diagnosticar, sin mayor dificultad, la escasa regulación constitucional en materia de tratados internacionales y, de otra, contribuyen a perfilar algunos perfeccionamientos. A partir de lo cual es posible formular, con ánimo constructivo, la visión prospectiva que se nos ha encomendado examinar esta mañana, teniendo especialmente en cuenta el trabajo que ha venido desarrollando, en materia de reformas constitucionales, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado<sup>1</sup>.

Debo prevenir, por cierto, que desarrollaré esta ponencia apenas aludiendo a los vacíos, defectos o problemas que existen o se han ido presentando en la materia, sin indagar, pues ello ha sido examinado en otros Paneles de este Seminario y corresponde a un panorama retrospectivo, acerca del origen de ellos ni lo acertado o no de las soluciones, especialmente en sede judicial, que se han ido elaborando. Por el contrario, me concentraré en la visión prospectiva o de futuro en torno de la posición jurídica que ocupan los tratados en nuestro ordenamiento jurídico; respecto de su procedimiento de

---

<sup>1</sup> Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en los proyectos de reforma constitucional, en primer trámite, originados en mociones de los Honorables Senadores señores Chadwick, Larraín y Romero y del ex Senador señor Díez, y de los Honorables Senadores señores Silva y Viera-Gallo y de los ex Senadores señores Bitar y Hamilton, contenidos en los Boletines N° 2.526 - 07 y N° 2.534 - 07, evacuado el 18 de marzo de 2003.

incorporación a él; y, en fin, a propósito de su ejecución.

## II. PARÁMETROS QUE PERFILAN UN DIAGNÓSTICO

Afirmo que no hay duda acerca de la escasa regulación acerca de los tratados internacionales en nuestra Constitución. Aquella debilidad adquiere ribetes de defecto cuando se advierte la relevancia que las relaciones exteriores y el Derecho Internacional vienen adoptando progresivamente. Dos elementos sirven para corroborar esta afirmación: Por una parte, y ya no es cuestión dudosa o ajena a cualquier debate en la materia, surgen los procesos de globalización e integración; y de otra, no puede dejar de hacerse una referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

### 1. Globalización e integración<sup>2</sup>

Sin abundar aquí en torno de aquellos fenómenos, me parece interesante recordar que, aunque los dos términos mencionados suelen emplearse como sinónimos, ellos se refieren a cuestiones distintas, ya que mientras la integración es la «expresión con que se define la tendencia manifestada desde la década de los 70 en adelante, donde se acrecientan la interacción e interdependencia entre los Estados, particularmente en lo económico, proliferando acuerdos regionales cada vez más amplios, mercados comunes y otras fórmulas similares»<sup>3</sup>; la globalización, se refiere a «los progresos del avance científico y los adelantos técnicos que faciliten de modo maravilloso e impresionante la comunicación de las informaciones y las ideas»<sup>4</sup>.

Por ello, es posible afirmar que la globalización es un proceso inevitable de producción, acceso y transferencia de información, que se acrecienta, en forma más acelerada y sistemática, conforme avanza el desarrollo tecnológico. Es un proceso -a diferencia del de integración- que no sólo ni principalmente se verifica en el ámbito económico, sino que aumenta la relación y dependencia recíproca entre los Estados, en todos los ámbitos del quehacer y, especialmente, en el orden cultural, lo cual no

---

<sup>2</sup> Véase Fernández González, Miguel Angel, «Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado» en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pp. 45 - 50.

<sup>3</sup> Estudio Jurídico Quijada y Gómez, *Nafta Libre Comercio. Diccionario*, Ed. Conosur, Santiago, 1995, p. 136.

<sup>4</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, *El Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 147.

depende, necesaria ni fundamentalmente, de acuerdos regionales, sino que es la consecuencia irreversible del progreso tecnológico que facilita la transferencia recíproca de información.

La integración, en cambio, supone la reunión voluntaria de entidades y, en virtud de este proceso, es que las partes que componen la unidad a la que naturalmente pertenecen, nunca abandonan lo que las diferencia, aunque privilegian aquello que las vincula. Es un proceso llevado a cabo, fundamentalmente, por los Gobiernos, al cual se incorporan las sociedades que ellos representan, especialmente en el ámbito económico.

Consecuencia ineludible de los dos procesos descritos es la renovación del concepto de Soberanía<sup>5</sup>, dado que la integración y la globalización constituyen fenómenos que la limitan:

«Poder supremo, lo hemos dicho ya, pero no absoluto e ilimitado, como lo creyeron los expositores del concepto de soberanía, limitado por... la realidad de otros Estados que se hacen presentes en igualdad jurídica y estrechan la convivencia internacional, que tiende a transformarse en un solo cuerpo mundial organizado; todos estos factores y fuentes de limitación de la ambiguamente llamada soberanía estatal reducen ésta tan sólo a simbolizar la importancia de la autonomía con que ésta se define dentro de su orden, al completar y auxiliar las otras esferas de poder que anidan en el cuerpo político»<sup>6</sup>.

En efecto, los procesos de globalización e integración, con su basamento y expresión a través de normas jurídicas de Derecho Internacional que se incorporan a los ordenamientos nacionales, importa radicales cambios en el concepto, caracterización y ejercicio de la soberanía, tanto en las relaciones interestatales cuanto al interior de los Estado - Naciones, sobre todo cuando aquellos fenómenos van más allá de meras regulaciones comerciales y se colocan en el plano de la integración política, social y

---

<sup>5</sup> Este párrafo corresponde a la ponencia presentada por el autor, en el marco de las **Primeras Jornadas Argentino - Chilenas de Derecho Constitucional**, durante su Cuarto Panel relativo a **Los Aspectos Institucionales Frente a los Procesos de Integración: Análisis del Estado Actual de la Cuestión Desde la Perspectiva de Ambos Países**, realizadas en la ciudad de Buenos Aires los días 28 y 29 de Agosto de 1997, publicada en la *Revista de Derecho* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Vol. X, Valdivia, 1999, pp. 103 - 109.

<sup>6</sup> Silva Bascuñán, Alejandro, citado en supra nota 4, p. 230 y, en otro sentido, véase el Tomo II, pp. 222 - 226.

cultural, o sea, cuando dejan de ser procesos gubernamentales llevados a cabo por los órganos estatales y se transforman en fenómenos impulsados y desarrollados por la Sociedad Civil<sup>7</sup>:

« Sea como fuere en el plano teórico, son cada vez más los que piensan que, en el plano práctico, la idea de soberanía resulta incompatible con las condiciones del mundo actual»<sup>8</sup>

En el contexto descrito, los Sistemas Jurídicos no pueden ignorar, como todavía ocurre con el nuestro, la realidad y, reconocida que sea ésta, tienen que provocar perfeccionamientos en el tratamiento que confieren a las relaciones internacionales y a los tratados que de ellas se derivan.

## 2. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Penal Internacional

De frente a la envergadura del fenómeno descrito, resulta indudable que la escasa regulación de los tratados en nuestra Constitución, se convierte en defecto que debe ser corregido. Una prueba de lo anterior ha sido lo ocurrido a propósito del Estatuto de Roma. No evaluó lo acertado, o no, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sino que examinó la paradoja que emana de aquella sentencia, la cual queda reflejada en el voto de minoría:

«Que, como es sabido, el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política establece que: «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 tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado «derechos esenciales que emanan de la

---

<sup>7</sup> Sarmiento García, Jorge (Director), **Derecho Público**, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 208.

<sup>8</sup> López, Mario Justo, **Manual de Derecho Político**, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1973, p. 248.

naturaleza humana»? ¿En otras palabras, es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?»<sup>9</sup>.

La paradoja expuesta se ve aumentada cuando se la sitúa en el contexto de la evolución universal que ha venido ocurriendo en el ámbito de la defensa de los derechos humanos:

«Se llegó a una conciencia generalizada que el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos no era una cuestión que sólo debía quedar entregada a los Estados, puesto que muchas veces los que detentaban el poder utilizaban, precisamente, ese poder con el objetivo de violar tales derechos. ‘Desde este punto de vista, podría decirse que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos es, en el nivel internacional, lo que el desarrollo del constitucionalismo significó en el nivel nacional. Ambos se desarrollan con el fin de limitar efectivamente el poder de los Estados. En el caso del primero, substrayendo de su competencia la decisión última en cuanto al modo como los gobernantes debían comportarse con respecto a los gobernados en materia de derechos humanos. Para ello, se hacía necesario universalizar estos derechos, por una parte a través de la adopción de un catálogo universal de derechos humanos, jurídicamente vinculante y, por otra, estableciendo mecanismos internacionales para controlar el cumplimiento por parte de los Estados de la obligación de respetar y garantizar los derechos allí contenidos’»<sup>10</sup>.

Pues bien, lo resuelto por el Tribunal Constitucional, más allá de la opinión jurídica que pueda manifestarse al respecto, sirve para ilustrar, de manera definitiva, la afirmación que ya se convierte en diagnóstico, en cuanto a la necesidad de introducir perfeccionamientos en la regulación constitucional de los tratados internacionales.

Para ese efecto y después de mencionar la regulación actual, considero útil

---

<sup>9</sup> Considerando 9º del **voto de minoría** contenido en la sentencia pronunciada el 8 de abril de 2002 (Rol N° 346).

<sup>10</sup> González, Felipe, «Los derechos humanos como criterio de legitimidad del orden jurídico interno» en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 10, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1989, pp. 15 ff. Fernández González, Miguel Angel, «Derechos humanos en los procesos de integración», clase dictada en el **Seminario sobre Nueva Europa y América Latina**, impartido por el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, el 29 de septiembre de 2002 (sin publicar).

distinguir aquellos perfeccionamientos que se vinculan con la posición jurídica de los tratados internacionales en nuestro Derecho Interno, los que se refieren al procedimiento de incorporación a él; y los que dicen relación con su ejecución.

### III. MARCO CONSTITUCIONAL

Como todos ustedes saben, en la Constitución existen solamente tres disposiciones que se refieren a los tratados internacionales:

En primer lugar, el artículo 5° inciso 2° que, después de la reforma introducida en 1989, incorporó una frase en virtud de la cual se dispuso que «es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes»;

En segundo lugar, el artículo 32° N° 17°, al tenor del cual es atribución especial del Presidente de la República «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 convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50° número 1) «para lo cual el Jefe de Estado puede disponer que las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos sean secretos, y

En tercer lugar, el artículo 50° N° 1), conforme al cual es atribución exclusiva del Congreso Nacional «aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación», aprobación que «se someterá a los trámites de una ley». Agrega, en su inciso 2°, que «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, a menos que se trate de materias propias de ley»; y, en el inciso 3° del mismo numeral se precisa que «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°».

A las disposiciones constitucionales aludidas cabe agregar lo dispuesto por la Ley N° 18.158, publicada en el *Diario Oficial* el 9 de septiembre de 1982, cuyo artículo 1°

señala que «la publicación de los tratados internacionales y de los acuerdos a que se refiere el inciso segundo del N° 1) del artículo 50° de la Constitución Política de la República de Chile, que sean de gran extensión, podrá efectuarse mediante el depósito de un ejemplar en el Ministerio de Relaciones Exteriores y de otro en la Contraloría General de la República, debidamente autenticados con las firmas del Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores», salvo que se trate de tratados internacionales o acuerdos sobre fronteras o límites o que puedan afectar la integridad territorial del Estado.

Precisa el artículo 2° que, desde la fecha de publicación del decreto promulgatorio en que el Presidente de la República disponga aquella forma especial de publicación, para facilitar su consulta pública, el Ministro de Relaciones Exteriores y la Contraloría General de la República, deberán mantener en las oficinas correspondientes los textos de los tratados o acuerdos y el Secretario General de la Contraloría remitirá a cada una de sus oficinas regionales una copia del texto debidamente autorizada por él, dentro de los cinco días siguientes al depósito.

El exiguo marco normativo descrito, de frente a los fenómenos mencionados, explica, en parte, lo paradójicamente decidido por el Tribunal Constitucional. Procede ahora, en consecuencia, con ánimo prospectivo, mas no profético, examinar algunos de los ámbitos en los cuales cabe considerar perfeccionamientos en la regulación constitucional.

#### **IV. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

En este primer acápite me refiero al espinudo tema de la jerarquía normativa de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico, a la incorporación de aquellos instrumentos internacionales cuando implican modificaciones a la Constitución y al tema del control de constitucionalidad. Todos esos temas se encuentran vinculados por una definición que es previa y que estriba en dirimir cuál es el rol o importancia que, en nuestro Sistema Jurídico y, aún más ampliamente, en el Sistema Político, cabe asignar a los tratados internacionales, en cuanto expresión concreta de las relaciones exteriores y de la posición internacional de Chile. Aquella definición puede ir desde una posición minimalista y, en cierta forma, reticente de frente a los tratados internacionales; o, ubicándose en los parámetros referidos al comienzo, en una situación consistente con los tiempos y con el genuino significado de aquellos instrumentos jurídicos.

#### 4. Jerarquía normativa de los tratados

No voy a entrar, como lo adelantaba al comienzo, a exponer el conflicto o deficiencia en esta materia ni a justificar o criticar la manera como el Poder Constituyente, el Legislador o, particularmente, los Tribunales, han ido resolviéndolo. Me atengo a lo que, a estas alturas, creo que resulta una obviedad, en cuanto a que constituye un tema pendiente de solución el de la jerarquía normativa de los tratados internacionales en Chile<sup>11</sup>, el cual, ciertamente, ha sido objeto de análisis en otros Paneles de este

<sup>11</sup> Desde la perspectiva jurisprudencial, inicialmente, nuestros Tribunales sostuvieron la **homologación de los tratados a la ley** y, por ende, sujetaron aquellas convenciones internacionales a las reglas de interpretación y aplicación de los preceptos legales. Así, en el caso *Godoy y otros con Fisco*, en 1915, la Corte Suprema declaró: «Que esta estructura jurídica de los tratados internacionales y principalmente la exigencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legislativos, hace que sean ellos **verdaderas leyes** ya que en su génesis, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de una ley, tal como lo define el artículo 1° del Código Civil» (XII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p. S. 1ª, p. 104).

Aquella doctrina llevó a la misma Corte, en 1932, a propósito del asunto *Duncan Fox con Dirección de Impuestos Internos* a sostener que **una ley interna posterior derogaba la norma de un tratado**, puesto que: «...si la sentencia que nos ocupa fuera contraria a dicho Tratado, no sería aquella la que lo desconocería sino la ley posterior que lo modificó y a la cual se amolda la resolución impugnada» (XXX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 1ª, p. 106).

Es más en 1963, con motivo del caso relativo a la *extradición de Walter Rauff*, se resolvió, cuando estaban en juego normas internas de **orden público**:

«Que **las normas** relativas a la formación, derogación y efectos de las leyes internas son de **orden público**, y constituyen una emanación irrenunciable de la soberanía de cada país. En este concepto, aquellas **no pueden estar subordinadas a las reglas restrictivas que se incorporen en los instrumentos internacionales que tienen fuerza en el ámbito del Derecho Internacional**» ( LX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 4ª, p. 186).

Sin embargo, ya en 1966, en el caso *Ford Motor*, la Corte Suprema entendió que:

«...**el tratado no puede ser desconocido por la decisión unilateral del Estado contratante...** que es el Estado de Chile, que bajo su honor, y con la expresión de su voluntad manifestada legalmente por sus personeros, garantiza a los nacionales y extranjeros que los derechos de beneficio que se adquieren... serán respetados... **No es posible admitir que el Estado Chileno después de comprometer públicamente su garantía, desconozca los beneficios que otorgó...** porque este convenio o convención legal que celebra... constituye un contrato que debe ser cumplido de buena fe» (LXIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 1ª, pp. 359 -360).

En el año 1972, a propósito de **los beneficios concedidos por la Convención sobre el ejercicio de las profesiones liberales**, la Corte Suprema fue todavía más categórica en el sentido expuesto, al sostener que: «...es inaceptable en Derecho **que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes**» (Considerando citado por Santiago Benadava: «Las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos» en *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 55).

Sin embargo, en 1984, en el caso *Galletué con Fisco*, la Corte Suprema volvió a su posición más antigua al sostener que los tratados se asimilaban a las leyes. Pero, en 1988 y esto tiene particular trascendencia en el contexto de este Diplomado, por la naturaleza y contenido del tratado, en el caso *Compañía Molinera San Cristóbal con Servicio de Impuestos Internos*, resolvió:

«Que el **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio**, GATT, suscrito por Chile durante la Conferencia de Comercio y Empleo de las Naciones Unidas, celebrado en Ginebra, entre los meses de abril y octubre de 1947, se encuentra vigente en Chile desde marzo de 1979 y **en virtud de lo dispuesto en el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** también vigente en este país se aplica con

**preferencia al Derecho Interno.** Por otra parte, **siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes**, acto unilateral de una sola de las partes, como es el caso de la Ley N° 18.211, que, en consecuencia, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado Acuerdo del GATT...

...Por otra parte, el tratado aludido tiene el carácter de ley especial con respecto a la Ley N° 18.211, ya que se aplica sólo a determinados países y, en consecuencia, debe dársele preferencia» (LXXXV *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª p., S. 2ª, p. 12).

No cabe duda, en consecuencia, que **sobre la base de lo preceptuado en el artículo 27° de la Convención de Viena**, al tenor del cual **un Estado Parte no puede invocar las disposiciones legales o infralegislativas de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado, las normas de Derecho Internacional tienen supremacía sobre el Derecho Interno Chileno**, como lo ha resuelto, desde 1966 y no sin sobresaltos, la Corte Suprema.

Sin embargo, es bien sabido que, **a partir de 1989**, se ha suscitado **una nueva controversia**, esta vez en torno de las relaciones de jerarquía ya no sólo entre los tratados internacionales y las leyes y demás normas infralegislativas que integran el Derecho Interno, sino que ha venido a abrirse debate en torno de **la posición jurídica de los tratados sobre derechos humanos en relación con la Constitución, a partir de la reforma constitucional** que, en ese año, se introdujo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, en virtud de la cual se dispuso que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza sea que estén garantizados en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Con posterioridad a la promulgación del Pacto, pero antes de la reforma constitucional de 1989, la Corte de Apelaciones de Santiago, en *Ortega con Ministerio del Interior*, en 1984, sostuvo que dicho Pacto no tenía jerarquía constitucional:

«Que **cualesquiera que sean los efectos y alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...** que ha sido promulgado, pero no publicado, es lo cierto que **sus cláusulas y disposiciones no podrían**, dentro de un orden de prelación razonable y natural, **contrariar preceptos constitucionales ni menos primar sobre éstos**» (*Fallos del Mes* N° 311, pp. 588 ff. La Corte Suprema confirmó, pero sobre la base de que el Pacto no estaba vigente en Chile dado que no había sido publicado).

La misma posición sustentó el **Tribunal Constitucional** en el caso *Clodomiro Almeyda* en 1987:

«Que la argumentación del señor Almeyda en este orden de ideas plantea diversas cuestiones jurídicas, tales como la incorporación de aquellos instrumentos internacionales en el orden positivo interno; la naturaleza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el punto de si el artículo 8° de la Constitución efectivamente infringiría los señalados instrumentos internacionales y, en fin, **determinar la norma que debe prevalecer en el derecho interno ante una eventual contradicción entre una regla de Derecho Internacional convencional y un precepto de la Constitución Política de la República.**

Que, sin embargo, resulta inoficioso analizar y resolver tal cúmulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la ilegitimidad del artículo 8° de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, 'sobre la base del derecho nacional correspondiente' (*Principios de Derecho Internacional Público*, p. 359), esto es, en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. De conformidad a ella, según se infiere del contexto de los artículos 6°, 32° N° 17°, 50° N° 1° y 82° N° 2°, entre otros, las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales.

Que la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado 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 sus artículos 116° al 118°. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionadísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario» (Considerandos 26° a 28° de la sentencia pronunciada el 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46).

A partir de la reforma constitucional de **1989**, sin embargo, **se ha abierto un camino cuyo derrotero resulta todavía vacilante y no definitivo** en su tránsito. En efecto, es bien sabido que la Corte de Apelaciones de Santiago ha acogido recursos de amparo en contra de órdenes de detención dispuestas, conforme al artículo 44° de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, por giro doloso de aquellos instrumentos comerciales, sobre la

base de sostener, por ejemplo en *Quinteros Marabolí*:

«Que el artículo 44°, en la parte que exige la caución de un depósito de dinero por el total de los cheques, intereses y costas, *se encuentra en pugna con lo prevenido en el artículo 5° inciso final de la Constitución* Política del Estado en relación con el artículo 7° N° 7° del tratado internacional denominado San José de Costa Rica promulgado en Chile el 5 de enero de este año, se revoca en lo apelado la resolución de 7 de febrero en curso, escrita a fs. 92, y se declara que se exime al reo de la aludida caución por estimar que ella constituye un entorpecimiento que hace de la prisión preventiva, más allá de su concesión por la autoridad judicial una verdadera prisión por deudas» (Henríquez Viñas, Miriam: *Interpretación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Tesis de Magíster, Santiago, 2001, p. 159 ).

Sin embargo y como ya se adelantó, dicha posición no ha sido siempre mantenida por la Corte Suprema en los casos relativos a la ley de cheques, así como en relación con la aplicación de la Ley N° 17.322 sobre pago de cotizaciones previsionales y del artículo 163° letra f) del Código Tributario respecto de la caución allí contemplada.

Resulta evidente y no puede ser silenciado que los conflictos en torno de los derechos humanos, ocurridos en el pasado cada vez más lejano, impiden una solución jurídica al tema referido.

Seminario, particularmente en lo que atañe a la reforma que se introdujo, en 1989, al artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

La controversia habida por largo tiempo en Chile, en torno de la jerarquía de los tratados, profundizada en los últimos diez o quince años, podría conducir a pensar que el tema tiene que ser resuelto, necesariamente, mediante una reforma constitucional, sea que lo resuelva en su conjunto o, al menos, respecto del significado concreto del artículo 5° inciso 2° de la Constitución.

Sin embargo, siendo la reforma un método de solución, la visión prospectiva exige no sólo visualizar su dimensión jurídica, sino que verificar la posibilidad de éxito y, aún más, de consolidación. En esta perspectiva, me parece dudoso pensar que aquella reforma sea posible, máxime si con ella, como no podría ser de otra manera, tienen que señalarse la superioridad normativa de los tratados internacionales sobre nuestro ordenamiento jurídico interno, incluyendo por cierto la Constitución.

La inclusión por el Tribunal Constitucional, en los considerandos 59° a 75° de la sentencia sobre el Estatuto de Roma, de un párrafo especial, innecesario de hecho para resolver el requerimiento planteado, dedicado a la jerarquía de los tratados, me parece prueba irrefutable de cuanto consenso falta todavía por alcanzar para materializar una reforma en el rubro, cualquiera sea el sentido que ella adopte.

Por ello, la solución debe ir por vía jurisprudencial, y sin necesidad de entrar en el tema de la jerarquía de los tratados, pues lo que procede determinar es la aplicación

preferente de los tratados internacionales, atendido que se trata de acuerdos celebrados por el Estado de Chile que no pueden ser unilateralmente desconocidos, ni aun por aplicación de disposiciones constitucionales.

Cabe, en este sentido y nada más que para confirmar lo expuesto, recordar que el artículo 25° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>12</sup>, plenamente vigente en Chile, dispone que «todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»; y que su artículo 27° inciso 1° señala que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

De esta manera y aún con independencia del tema relativo a la jerarquía normativa de los tratados, el asunto ya no admite discusión en Chile.

Con todo y no cabe desaprovechar la oportunidad para reiterar aquí lo que escribí en 1989, a propósito de la reforma de ese año<sup>13</sup>, pues, tratándose de tratados sobre derechos humanos, estos derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía no por la jerarquía normativa del tratado que los contiene -tema todavía discutido en Chile- ni sólo porque se contengan en un cuerpo jurídico que no puede ser unilateralmente alterado, sino que por tratarse de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los cuales constituyen barreras supraconstitucionales al ejercicio del poder, conforme lo dispuso el Poder Constituyente Originario.

Si la reforma de 1989 al artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental no tuvo la virtualidad de constitucionalizar los tratados internacionales, aún los que se refieren a derechos humanos, precisó, sin que pueda ser discutido, que los derechos contemplados en esos tratados, cuando han sido ratificados por y se encuentran vigentes en nuestro país, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía.

Resulta improbable, entonces, que se genere consenso constitucional en torno a definir, en la Carta Fundamental, la jerarquía normativa de los tratados internacionales. Más útil me parece apuntar a la correcta aplicación de los artículos 25° y 27° de la

---

<sup>12</sup> Contenida en el **Decreto Supremo**, del Ministerio de Relaciones exteriores, N° 381, publicado en el *Diario Oficial* el 22 de junio de 1981.

<sup>13</sup> Fernández González, Miguel Angel, «La reforma al artículo 5° de la Constitución» en *XVI Revista Chilena de Derecho* N° 3, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, p. 819.

Convención de Viena.

## 5. Tratados que implican modificación de la Constitución

Una variante de la situación recién planteada surge cuando el tratado internacional importa una modificación de la Constitución, pues allí no basta con acudir a los artículos 25° y 27° ya aludidos, sino que tal confrontación debe ser resuelta, en el procedimiento de incorporación del tratado, por el Derecho Interno. Más todavía, cuando tenemos el pronunciamiento del tribunal Constitucional a propósito del Estatuto de Roma:

«Que, como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece. El mandato de su artículo 5°, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del Poder Judicial. De esta manera, a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad;

Que, cuando el Constituyente quiso delegar el ejercicio de una de las funciones por las que se manifiesta la soberanía, lo dijo expresamente, como es en el caso de la delegación de la función legislativa en el Presidente de la República, autorizada por el artículo 61° de la Ley Fundamental...

Que, si bien el concepto de soberanía ha evolucionado y no es absoluto como se le concibió en el siglo XVIII, y prueba de ello es que la propia Constitución le ha señalado un límite -los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana- no es dable pretender que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas, ya sea a través de una delegación o cesión no autorizada por el Constituyente»<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Considerandos 45°, 52° y 53° de la sentencia pronunciada el 8 de abril de 2002, Rol N° 346. Léase Salinas Burgos, Hernán, «La incorporación del Derecho Internacional en el Derecho Interno y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», publicado en *LXIII Revista de Derecho Público* Publicación del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1998 - 1999, p. 284.

En este sentido, no cabe duda de la necesidad de modificar la Constitución para admitir figuras como la Corte Penal Internacional. Ello puede hacerse, en primer lugar, mediante la incorporación de una disposición expresa en la Constitución, tal vez en el artículo 50° N° 1, que faculte al Congreso Nacional para aprobar tratados internacionales que impliquen atribuir a organismos internacionales el ejercicio de potestades públicas, como ocurre con el artículo 75° N° 24 de la Constitución de Argentina que confiere al Congreso la facultad de «aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales...»; o, en segundo lugar, agregando un precepto del tenor del artículo 54° de la Constitución de Francia, conforme al cual, si el Consejo Constitucional (en nuestro caso, el Tribunal Constitucional), debidamente requerido, declara que un tratado contiene una cláusula contraria a la Carta Fundamental, entonces, «la autorización para ratificar o aprobar el acuerdo internacional sólo podrá realizarse previa revisión de la Constitución»; o, en fin, facultando al Legislador para que autorice aquella cesión de competencia, como en el artículo 93° de la Constitución de España, según el cual «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

## **6. Control de constitucionalidad de los tratados**

Finalmente, cuanto viene siendo expuesto torna indispensable incorporar los tratados entre las normas sujetas a control obligatorio por el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 82° N° 1° del Código Político, una vez aprobado por el Congreso y antes de su ratificación. Una reforma en esta línea comenzaría a situar el asunto en el nivel de importancia que ciertamente posee.

## **VI. PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN**

Un segundo grupo de asuntos en que se han planteado dudas en cuanto a la idoneidad de la regulación constitucional, estriba en la necesidad de perfeccionar el procedimiento de incorporación del tratado a nuestro ordenamiento jurídico interno, dado que la Constitución se limita a declarar, en el artículo 50° N° 1) inciso 1°, que la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley, lo cual permite sostener que:

«...la referencia que la Constitución hace a la ley para indicar que el tratado se tramitará como una ley es defectuosa...

...la iniciativa la tiene siempre el Presidente de la República, no hay indicación de cuál es la Cámara de Origen, no actúan las Comisiones Mixtas, no hay normas sobre la publicación del tratado, lo cual crea una inseguridad jurídica...»<sup>15</sup>.

Ciertamente, no todos los trámites aplicables al procedimiento legislativo son aplicables respecto de la aprobación o rechazo de un tratado internacional, durante su secuela parlamentaria. Sin embargo, no parece indispensable introducir cambios o siquiera precisiones en esta materia, que ha seguido un derrotero razonable, salvo allí donde, efectivamente, se han producido dificultades o interpretaciones que desvirtúan la naturaleza de un tratado internacional.

## 7. Distinto quórum para aprobar disposiciones diferentes del tratado

El primer tema que, en materia de incorporación de los tratados, amerita ser revisado, a propósito del procedimiento de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, radica en la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que, cuando un tratado contiene disposiciones que, conforme al artículo 63° de la Carta Fundamental, requieren quórum diferente para ser aprobadas, hay que dividir esa aprobación respetando cada uno de los quórum allí previstos:

«Que, conforme a lo precedentemente considerado, el primer punto que corresponde resolver consiste en saber qué ocurre cuando un tratado internacional, como lo es el Convenio N° 169 en estudio, contiene normas propias de ley orgánica constitucional. El acuerdo sancionatorio por el Congreso de dicho tratado debe aprobarse con el quórum de ley simple y votarse como un todo como lo sostuvo la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interplanetarios e Integración Latinoamericana de la Cámara de Diputados con motivo del proyecto de acuerdo cuestionado. O el referido acuerdo, como lo argumentan los requirentes, debe votarse como un todo, pero con el quórum exigido para las leyes de rango orgánico constitucional;

Que ninguna de estas dos posiciones se concilia con una interpretación armónica y sistemática de la preceptiva constitucional...;

---

<sup>15</sup> Comentario del profesor Eduardo Vío contenido en **Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional**, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 160.

Que la circunstancia que un tratado deba aprobarse conforme a los trámites de una ley significa, sin necesidad de mayor demostración, que en dicha aprobación deberán observarse todas las normas que la Constitución establece para la tramitación de una ley, en cuanto resulten compatibles, de acuerdo a la preceptiva constitucional.

En la adecuada resolución de este asunto también es conveniente precisar que el ‘acuerdo ‘ aprobatorio de una convención internacional y el tratado mismo que se aprueba no constituyen actos jurídicos independientes y autónomos...

Que someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo con una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, en cuanto sean compatibles como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formación de la ley, sino también, necesariamente, los quórum requeridos para aprobar una ley, pues de lo contrario no podría aprobarse o rechazarse en cada una de esas etapas. En otras palabras, el quórum de aprobación de una ley, jurídicamente considerado, es consustancial a los trámites de formación de una ley, pues si se desconocen tales quórum, la ley simplemente no puede aprobarse ni desecharse, o sea, no puede tramitarse...;

...En este caso, en cambio, la situación es distinta, porque las razones que conducen a sostener que el término ‘ ley ‘ empleado en el artículo 50° N° 1), no es sinónimo de ley común sino de ley en general no sólo fluyen de su propio contexto y del antecedente histórico que deriva de la Constitución de 1925 donde no se contemplaban las leyes orgánicas constitucionales sino, además, se fundamenta en sólidos criterios interpretativos consustanciales a una verdadera interpretación constitucional...;

Que una interpretación armónica y sistemática de los artículos 50° N° 1) y 63, inciso segundo, del Código Fundamental llevan, indubitadamente, a la conclusión 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 esa clase de leyes...

Que, sin embargo, tal contradicción es más aparente que real, ya que interpretando ambas normas en forma armónica y teniendo en vista la finalidad perseguida por ambos preceptos, es perfectamente conciliable el propósito pretendido por el

artículo 50° N° 1), con la obligación que deriva del artículo 63°. De esta manera, interpretando ambas normas constitucionales de forma razonable, fuerza es concluir que las disposiciones del tratado -en el caso que éste contemple normas de distinta naturaleza- se aprobarán o rechazaran aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo...»<sup>16</sup>.

La tesis sostenida por el Tribunal Constitucional ha sido apoyada por la doctrina que se ha pronunciado al respecto, recordando que es coincidente con la forma como se ha conducido el Parlamento en el sentido que:

«De esta manera, el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, como también en su sentencia de fecha 3 de octubre de 2000, en la cual se pronunció acerca de la constitucionalidad del Tratado sobre Integración y Complementación Económica entre Chile y Argentina, ha consagrado una práctica parlamentaria que ha sido uniforme a partir del año 1990, en cuanto a exigir los quórum de aprobación de las leyes en la votación de los proyectos de acuerdos aprobatorios respectivos, según si las normas del tratado inciden en materias que la Constitución ordena regular por ley común, o por normas orgánico constitucionales o de quórum calificado...

Asimismo, debe destacarse el hecho que en la misma sentencia sobre la constitucionalidad del Convenio sobre Poblaciones Indígenas, tres de los siete Ministros del Tribunal Constitucional, los señores Eugenio Valenzuela Somarriva, Luz Bulnes Aldunate y Servando Jordán López, en prevenciones han argumentado sobre la necesidad de que tratados que contengan disposiciones de rango orgánico constitucional, sean objeto de un control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional, lo que además de constituir una interpretación que a mi juicio camina en el sentido propuesto de reforzar las facultades en la materia del Tribunal Constitucional, es concordante con el principio de interpretación que estipula que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición»<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Considerandos 9°, 10°, 12°, 13°, 15°, 17°, 18°, 20° a 22°, 24° y 25° de la sentencia pronunciada el 4 de agosto de 2002, Rol N° 309.

<sup>17</sup> Salinas Burgos, Hernán, citado en supra nota 14, pp. 278 - 279.

No cabe discutir la consistencia en la interpretación que ha efectuado el Tribunal Constitucional, el cual ha obrado acertadamente en esta materia<sup>18</sup>. Sin embargo, la normativa constitucional que lleva a razonar de esa manera, no resulta coherente con la naturaleza y características de los tratados en nuestro Sistema Jurídico, especialmente de frente a la intervención del Congreso Nacional, la cual sólo tiene por finalidad aprobar o rechazar, en su integridad, el tratado que le ha sido sometido por el Presidente de la República.

Por ello, debería introducirse una disposición, probablemente en el artículo 63º, que excepcione a los tratados de las reglas de quórum allí previstas o que fije un quórum especial para su aprobación por el Congreso, pudiendo incluso distinguirse, exigiendo un quórum de tres quintas partes de parlamentarios en ejercicio cuando los colegisladores determinen que se está de frente a un tratado que modifica la Constitución y calificado en los demás casos. Pero siempre estableciendo un quórum único para todo el tratado.

## 8. Participación del Congreso Nacional

Por otra parte, en nexa con el proceso de incorporación de los tratados a nuestro ordenamiento jurídico, se plantea la necesidad de aumentar las atribuciones del Congreso Nacional en la materia:

« ...democratizar la acción exterior del Estado no implica la sustitución del Presidente de la República en su papel central en este campo, por la del Congreso Nacional, sino buscar un mayor equilibrio, un necesario contrapeso entre ambos poderes, como asimismo un reforzamiento al control preventivo del Tribunal Constitucional»<sup>19</sup>.

Sin embargo, y a propósito del proyecto de reforma constitucional aludido al comienzo, el Gobierno, a través de la Ministro de Relaciones Exteriores, ha expresado que:

---

<sup>18</sup> Mohor Abuaud, Salvador y Varas Alfonso, Paulino, «Notas sobre la tramitación de los tratados» en I *Revista de Derecho Público* Vol. 63, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001, pp. 543 - 553; y, en la misma Revista, García Barzelatto, Ana María, «Tratados internacionales y Tribunal Constitucional», pp. 556 - 563.

<sup>19</sup> Comentario del profesor Hernán Salinas Burgos contenido en **Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional**, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 167.

« ...nuestra principal ventaja en materia internacional, entonces, reside en la agilidad y en la capacidad de la conducción internacional del Presidente de la República, explicando que todo ello podría ser puesto en cuestión si se conviene una difusión de las atribuciones constitucionales en estas materias. Los costos de alcanzar acuerdos y los tiempos para lograr la persuasión de las diversas fuerzas, añadió, serían una desventaja importante para Chile...

Prosiguió diciendo que tampoco hay que olvidar la diferente índole de los tratados internacionales respecto de las leyes. Los primeros atingen, básicamente, al conjunto del Estado como sujeto de Derecho Internacional. Las segundas, en cambio, se vinculan con las relaciones de los ciudadanos entre sí y respecto del Estado.

Por lo mismo, sostuvo que el proceso político que conduce a un tratado debe ser distinto del proceso que conduce a una ley, acotando que este último supone negociar intereses sectoriales o corporativos que un buen manejo de las relaciones exteriores exige mantener a nivel doméstico...

Expresó que esa negociación internacional presupone, a su vez, un importante grado de concesiones que recíprocamente se hacen los Estados para alcanzar el acuerdo, lo que genera, en muchos casos, equilibrios precarios que no es conveniente alterar...

Por su parte, la intervención del Congreso Nacional en la fase de aprobación de los tratados es una participación muy distinta de la que le corresponde en relación con la tramitación de una ley, proceso en el cual cumple el rol de colegislador.

Indicó que en el caso de los tratados, la intervención del Parlamento implica habilitar o no al Presidente de la República para comprometer internacionalmente al Estado en relación con el texto adoptado en la esfera internacional. Es decir, aporta el elemento en virtud del cual se completa la formación de la voluntad del Estado para obligarse internacionalmente»<sup>20</sup>.

Con todo, el proyecto propicia aumentar la participación del Congreso Nacional. Por una parte, obligando al Presidente de la República a comunicarle cuando denuncie

---

<sup>20</sup> Segundo Informe citado en supra nota 1.

un tratado o se retire de él; de otra, estableciendo que el Congreso debe autorizar al Jefe de Estado para retirar una reserva, cuando ésta había sido formulada antes de que el Congreso aprobara el tratado:

«Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva».

Resulta indudable que el texto propuesto es el resultado de una transacción o acuerdo político, donde se avanza en aumentar la participación del Congreso, pero sin afectar, severamente, las potestades presidenciales. Sin embargo, la regulación contenida en el proyecto parece razonable: Si el Jefe de Estado puede, sin limitaciones *ab initio*, negociar, concluir y firmar un tratado internacional, aun cuando haya sido, previo a su ratificación, aprobado por el Congreso, debe mantener la facultad exclusiva de denunciarlo o retirarse de él, conforme a las normas que el mismo tratado disponga. Por otra parte, cuando el Presidente de la República decide retirar una reserva que el Congreso tuvo en consideración para aprobar el tratado, es coherente que requiera aprobación del Órgano Parlamentario.

## VII. EJECUCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Por último, cabe mencionar vacíos o dudas de interpretación surgidas en torno de la ejecución de los tratados, una vez que han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional. En esta línea de pensamiento, cabe referirse al ámbito que compete a la potestad reglamentaria y a la distinción, trazada por el Tribunal Constitucional, entre disposiciones autoejecutivas y programáticas de un tratado internacional, para determinar el momento en que corresponde efectuar el control.

### 9. Procedencia de la potestad reglamentaria en materia internacional<sup>21</sup>

El artículo 50° N° 1) inciso 2° de la Constitución precisa que las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos<sup>22</sup> que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, salvo que se trate de materias propias de ley.

Conforme a dicho precepto, cabe distinguir, para resolver la procedencia de la potestad reglamentaria, si el acuerdo que adopta el Presidente de la República, para el cumplimiento de un tratado en vigor, se refiere o no a materias que son propias del dominio legal. Si el acuerdo versa sobre un asunto que no es propio de aquel dominio, entonces, el Jefe de Estado puede adoptarlo con carácter de acuerdo simplificado, sin necesidad de que sea aprobado por el Congreso Nacional<sup>23</sup>; pero, en cambio, si dicho acuerdo se refiere a materias propias de ley, sin importar que tenga por finalidad la ejecución de un tratado ya aprobado por el Congreso, requerirá su aprobación, conforme a lo preceptuado en el artículo 50° N° 1) inciso 1° de la Constitución<sup>24</sup>:

« ...de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución<sup>25</sup> fluye la interpretación en el sentido que si un convenio internacional se limita a cumplir o ejecutar un tratado anterior, respecto del cual el Congreso ya dio su aprobación, no se requerirá nueva aprobación, pero si el acuerdo de ejecución importa una

---

<sup>21</sup> El más completo estudio en la materia lo ha realizado Cea Egaña, José Luis, «Los principios de reserva legal y reglamentaria en la Constitución chilena» en IX *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 1998, pp. 81 - 102.

<sup>22</sup> Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 24 - 25.

<sup>23</sup> *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 345, p. 2.095.

<sup>24</sup> *Id.*, sesión 356, p. 2.291.

<sup>25</sup> El autor se refiere a las Actas correspondientes a la sesión N° 364, pp. 2.451 ff.

---

modificación a la legislación interna o trata sobre materias que han de ser objeto de ley, se requerirá la aprobación parlamentaria»<sup>26</sup>.

Para determinar, por cierto, si el contenido del acuerdo se refiere o no a materias propias de ley, debe acudirse al artículo 60° de la Carta Fundamental. Y no importa, pues la Constitución no permite distinguir, si el acuerdo internacional es autónomo o tiene por finalidad la ejecución de un tratado ya aprobado por el Congreso Nacional, sino que el criterio único que cabe emplear es, como se ha expresado, si dicho acuerdo se refiere a materias comprendidas en el mencionado artículo 60°, en cuyo caso requerirá aprobación del Congreso Nacional<sup>27</sup>:

«De acuerdo a lo dispuesto en el número 1) del artículo 50°, todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso Nacional, previa presentación o propuesta del mismo por parte del Presidente de la República. Adicionalmente, el Presidente de la República posee la facultad de dictar ‘medidas’ o ‘acuerdos’ -fuentes normativas diferentes de un tratado- en ejecución de un tratado previamente aprobado por el Congreso Nacional y sólo en el caso que no se refieran a materias propias de ley»<sup>28</sup>.

En consecuencia, si un acuerdo adoptado por el Presidente de la República tiene por finalidad ejecutar un tratado internacional ya aprobado por el Congreso Nacional, debe igualmente ser sometido a esa aprobación por el Órgano Parlamentario cuando el acuerdo se refiera a materias propias de ley, conforme al artículo 60°. Con mayor razón se requerirá la aprobación del Congreso, si el acuerdo introduce modificaciones a la legislación vigente que no han sido siquiera referidas o mencionadas -ni tangencial o indirectamente- por el tratado que se está ejecutando. Más aún, si un tratado internacional contempla el deber de adoptar otro tratado, como parte de las obligaciones que impone el que ya ha sido incorporado, el nuevo tratado debe someterse a la aprobación del Congreso y proceden a su respecto todas las reglas contenidas en los artículos 32 N° 17° y 50° N° 1) de la Carta Fundamental, incluyendo, por cierto, los controles de constitucionalidad, como el previsto en el artículo 82° N° 2° de ella.

---

<sup>26</sup> Salinas Burgos, Hernán, citado en supra nota 14, p. 281.

<sup>27</sup> Actas citadas en supra nota 23, sesión 371, p. 2.584.

<sup>28</sup> Avilés Hernández, Víctor Manuel, «Fallo sobre la legalidad tributaria» en *LXI Revista de Derecho Público*, Publicación del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1998-1999, p. 254; y, en el mismo sentido, Navarro Beltrán, Enrique, «Requerimiento al Tribunal Constitucional sobre rebaja de aranceles», publicado en la misma revista antes citada, pp. 250-253.

Cierto es que se encuentran aquí las mismas dificultades de delimitación que hallamos en la relación ley - reglamento. Empero, en uno y otro ámbito, los criterios y reglas de solución son idénticos.

Distinta de la que viene siendo expuesta es la situación contenida en el inciso 3° del artículo 50° N° 1) de la Constitución, pues allí se faculta al Congreso Nacional para que delegue facultades, en el Presidente de la República, para la ejecución de un tratado. Dicha delegación implica, *per se*, que las materias sobre las cuales dispondrá el Jefe de Estado son propias de ley; sin olvidar, obviamente, que aquella delegación queda sujeta, en todo y sin excepciones, a lo dispuesto en el artículo 61° de la Carta Fundamental.

En esta materia, si se interpreta y aplica la Constitución en los términos explicados, no aparecen dudas o inconvenientes, tornándose innecesario reformar la Constitución en este aspecto, salvo que se quiera introducir un mecanismo nuevo en nuestro Sistema Jurídico consistente en incorporar el mecanismo conocido como *fast track*. Conforme a dicho procedimiento, en el caso de Estados Unidos, el Senado obliga al Congreso a aprobar un tratado negociado por el Presidente de la República, siempre que éste se ajuste a los términos contenidos en la autorización<sup>29</sup>.

Sin embargo, no parece razonable ni posible incorporar aquella fórmula, sí, en cambio, se ha concordado en aumentar, aunque sea levemente, y no disminuir las atribuciones del Congreso Nacional en la materia. A mayor abundamiento, aquella figura es consistente con un esquema donde la negociación de los tratados internacionales queda entregada al Congreso y no al Presidente de la República y, entonces excepcionalmente, puede resultar útil que se autorice al Jefe de Estado para negociar por sí mismo un tratado internacional, renunciando el Congreso a participar en dicho proceso.

#### **10. Disposiciones autoejecutivas y disposiciones programáticas**

Finalmente, conviene hacerse cargo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que las disposiciones programáticas de un tratado no pueden ser objeto de control por dicho Tribunal, en tanto no se dicten las normas, de Derecho Interno, que las actualicen, dándoseles efectiva vigencia:

---

<sup>29</sup> Comentario del profesor Eduardo Vío citado en supra nota 15, p. 162.

«Que antes de entrar al análisis de las inconstitucionalidades de los artículos del Convenio N° 169, planteadas por los requirentes, ‘en ausencia de dicha inconstitucionalidad total’, resulta necesario precisar dos órdenes de materias relevantes para una adecuada decisión:

a) 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*.

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las 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 aquéllas 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.

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto 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.

Siendo así, en cada caso particular deberá previamente decidirse por este Tribunal si las disposiciones del tratado son o no auto ejecutables y, por ende, si quedarán incorporadas, sin necesidad de otro acto de autoridad, al derecho interno. Sólo en

el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe -en esta instancia jurisdiccional- pronunciarse sobre su constitucionalidad»<sup>30</sup>.

Desde luego, la tesis del Tribunal sólo es admisible si se considera que los tratados internacionales no son materialmente parte de la Carta Fundamental, sino que inferiores a ella; pues, si lo fueran, dada la fuerza normativa o vinculación directa de la Constitución, no cabe la existencia de disposiciones programáticas.

Ahora bien, no me parece coherente con el tipo de control que realiza el Tribunal Constitucional, que es de carácter abstracto, sostener que no pueda examinar, desde luego, el respeto del principio de supremacía por las disposiciones programáticas de un tratado<sup>31</sup>. Es más, si el tratado fue sometido al Tribunal Constitucional y éste no efectuó pronunciamiento alguno en torno de aquellas disposiciones, sobre la base de la razón señalada, se corre el riesgo que, después, cuando se intente la inconstitucionalidad del precepto legal o administrativo que las trate de ejecutar, se acuda, v. gr., a la Teoría de la Ley Pantalla, para terminar, de esta manera, eludiendo el control de constitucionalidad.

Con todo, esta autolimitación que se ha impuesto el Tribunal no me parece que deba subsanarse mediante una reforma constitucional, debiendo, simplemente, corregirse la interpretación que ha dado aquella Magistratura, asumiendo plenamente sus potestades de control.

## VIII. REFLEXIONES FINALES

Concluyo señalando que, dado el carácter inevitable de la globalización y la obligación de proteger y promover los derechos fundamentales, no es opcional para el Estado, para la Nación y para su Ordenamiento Jurídico, hacerse partícipe de ese proceso: O se incorpora o quedará, no al margen ni retrasado, sino que fuera de aquella nueva realidad, un futuro donde el Estado, a juicio de algunos, puede llegar a transformarse en una «ficción nostálgica»<sup>32</sup>.

«Con la Paz de Westfalia en 1648 -que puso fin a la Guerra de Treinta Años- se marcó el nacimiento del concepto de Nación-Estado moderno, y con el adveni-

---

<sup>30</sup> Considerando 48º de la sentencia pronunciada el 4 de agosto de 2002, Rol N° 309.

<sup>31</sup> Mohor Abuaud, Salvador y Varas Alfonso, Paulino citados en supra nota 18, pp. 553 - 555. En el

<sup>32</sup> Omahe, Kenichi, *El Fin del Estado - Nación*, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1997, p. 28.

miento de la industrialización, el mundo vio nacer los mercados nacionales. Después de eso el mapa mundial empezó a verse diferente. Hoy se asume que cada centímetro cuadrado del planeta está gobernado por algún Estado.

Creo que lo que está pasando ahora es que estamos volviendo atrás, al siglo XVII, pero con más actores en el escenario político y con actores no nacionales que deben ser tomados en cuenta. Junto con eso tenemos una base de alta tecnología que nos conecta a todos. Ahora no se puede pensar en el poder político o económico sin considerar, por ejemplo, el Islam, la Iglesia Católica, los narcotraficantes, las organizaciones no gubernamentales como Greenpeace, las corporaciones multinacionales, etcétera. Todos estos actores están compitiendo por poder y debido a que están conectados por la red en forma íntegra, configuran un escenario mucho más complejo que el de tiempos pasados...

...Creo que alrededor del mundo los gobiernos todavía están basados en el concepto de Nación. Es interesante, sin embargo, constatar que están surgiendo entidades binacionales, trinacionales y grupales; las fronteras están cada vez más integradas y son más porosas»<sup>33</sup>.

El proceso de globalización, entre muchos otros efectos, resulta devastador para el Estado y, por ende, para el Derecho, también en lo Constitucional e Internacional, atendido que el «ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguientes»<sup>34</sup> que, tradicionalmente, ha correspondido al Estado -no sólo al Gobierno-, particularmente en cuanto al monopolio de la información, queda destruido o severamente aminorado:

«Un nuevo derecho para una 'nueva era'. De allí la incorporación lingüística del «comunitarismo», expresión nueva, que excede el marco de la organización o la simple estructura «comunitaria» para sumarle un contenido de ideas y principios - fuerza, que transforman a la «Comunidad» en una «forma de Estado» o de «*supraEstado*» sustentada en las formas de gobierno democráticamente homogéneas de los Estados miembros... inspirada en los principios universalistas del Estado democrático de lealtad constitucional»<sup>35</sup>.

---

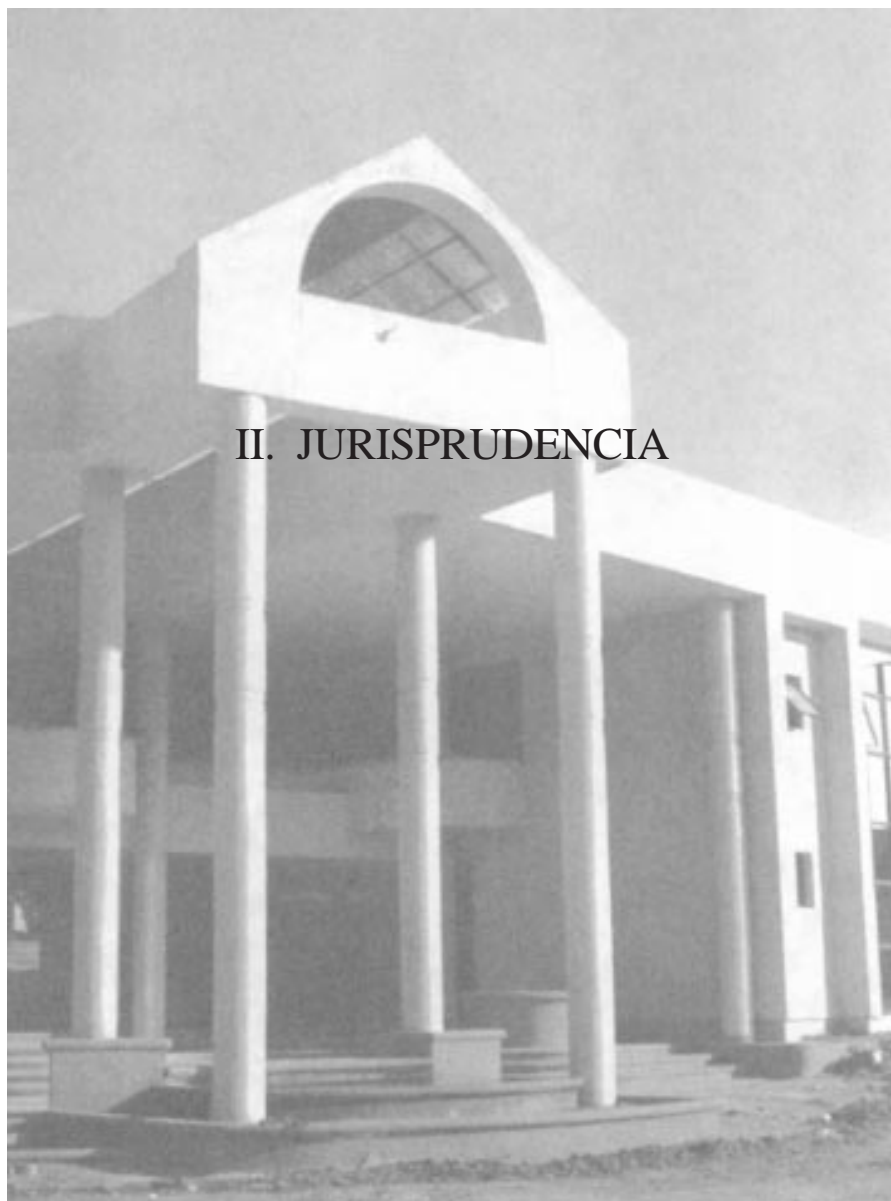
<sup>33</sup> Toffler, Alvin, «Nadando en la Tercera Ola», publicado en *El Mercurio* el 25 de octubre de 1998, pp. 6 - 7.

<sup>34</sup> **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**, Ed. Espasa - Calpe, Madrid, 1992, p. 988.

<sup>35</sup> Dromi, Roberto; Ekmekdjian, Miguel A. y Rivera, Julio C., **Derecho Comunitario**, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 20 - 21.

En fin y reitero que con ánimo prospectivo, no siempre cabe solucionar las deficiencias y vacíos de la Carta Fundamental mediante reformas, más aún cuando ello no siempre resulta fácil, si se quiere enmendar sobre la base del consenso. Los perfeccionamientos que cabe introducir, en la materia de la regulación constitucional de los tratados, pueden efectuarse mediante interpretaciones adecuadas de la Constitución, aunque ellas, indefectiblemente, conducen a la primacía de los tratados sobre el Derecho Interno. Encuentros como éste contribuyen, a no dudarlo, en ese sentido.





## II. JURISPRUDENCIA



## DELITOS INFORMÁTICOS: UN IMPORTANTE PRECEDENTE

Alberto Contreras Clunes (\*)

### I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

a) Cuestiones previas: En los últimos meses hemos observado a través de los distintos medios de comunicación, varios hechos punibles en los que la característica fundamental para su comisión ha sido el empleo de una computadora. En efecto, el caso sobre «espionaje informático» seguido contra la empresa Inverlink S.A.; el periodísticamente denominado caso «coimas», seguido en contra del Ministerio de Obras Públicas, son sólo algunos de los que aparecen a diario en los noticieros.

Los medios de comunicación en general han calificado estos hechos como «delitos modernos», «delitos tecnológicos», «delitos nuevos». En rigor la mayoría de ellos puede agruparse dentro de los Delitos Informáticos, previstos y sancionados en la Ley N°19.366, publicada en el *Diario Oficial* el 7 de junio de 1993. Esta ley en sus cuatro artículos tipifica conductas que utilizan las tecnologías de la información como medio de comisión de hechos punibles.

b) Análisis de la Ley N°19.366: El bien jurídico protegido, según la historia fidedigna de esta ley, es: La calidad, pureza e idoneidad de la información en cuanto tal, contenida en un sistema automatizado de tratamiento de la misma y de los productos que de su operación se obtengan.

---

(\*) Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Las Américas y Universidad Bolivariana.

Sin embargo, importante doctrina sostiene que los Delitos Informáticos son «pluriofensivos, por lo que atentan contra diversos bienes jurídicos, a saber, la propiedad, la intimidad, etc.»<sup>1</sup>.

La doctrina suele clasificar los tipos penales de esta ley en: a) delitos de espionaje informático y b) delitos de sabotaje informático<sup>2</sup>.

Esta ley consta de tan solo cuatro artículos, de los cuales los artículos 1, 3 y 4 exigen un dolo específico o directo en la comisión del delito, al exigir el tipo un actuar «malicioso».

*Artículo 1° «El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.*

*Si como consecuentita de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo».*

Parte de la doctrina sostiene que no se trata de un Delito Informático propiamente tal, sino más bien de un «delito de daños convencional». Además, en esta disposición se mezcla erróneamente el daño producido al «software» con el «hardware».

*Artículo 2° «El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio».*

Se trata de un delito de espionaje informático, requiriendo el sujeto activo actuar con una determinada motivación, precisamente aquellas que el mismo tipo penal describe: «con ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en él».

*Artículo 3° «El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de la información, será castigado con presidio menor en*

---

<sup>1</sup> Humberto Carrasco, Magíster Derecho Informático.

<sup>2</sup> Huerta M., Marcelo y Líbano M., Claudio, **Delitos Informáticos**, Ed. Cono Sur Ltda., 1996, p. 285.

*su grado medio».*

Nos encontramos frente a una especie de sabotaje informático, requiriendo el elemento subjetivo la concurrencia de un dolo específico o directo.

*Artículo 4° «El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado».*

Nuevamente se trata de una especie de espionaje informático, requiriendo el tipo un dolo específico. Además, se contempla una figura agravada, cuando quien incurre en este delito es el responsable del sistema.

## II. LOS HECHOS

Entre los días 28 de diciembre de 2001 y 8 de enero de 2002, un ex empleado de la empresa ATI Chile, realizó diversas intromisiones ilegales al servidor de ésta, alterando, dañando y conociendo indebidamente información contenida en éste. Los sitios Web afectados fueron: [www.guestbook.cl](http://www.guestbook.cl) y [www.metabuscador.cl](http://www.metabuscador.cl)

El imputado era un joven de 19 años, conocido en el Chat IRC con el seudónimo «POkey», el cual habría actuado por «venganza» en contra de la empresa, pues había sido despedido de ésta.

El «cracker»<sup>3</sup> al ingresar ilegalmente a estos sitios, alteró el contenido de éstos, creando una nueva página Web (index.html) en reemplazo de la existente, que mostraba mensajes ofensivos<sup>4</sup> hacia la empresa e indicaba que el sitio había sido hackeado.

El administrador del sistema informático procedió a efectuar una inmediata auditoría de todos los archivos «LOG» del servidor y pudo comprobar que dichos sitios habían sido víctima de una serie de ataques e intromisiones, además, la eliminación de algunos archivos de auditoría de transacciones de cuentas de FTP, para borrar rastros desde dónde se efectuaban los ataques. Incluso, mientras se realizaban las auditorías, se

---

<sup>3</sup> Persona que «quiebra» un sistema de seguridad informática.

<sup>4</sup> «Sí, soy un criminal ..., mi crimen es ser mejor que todos ustedes, algo que jamás me perdonarán ...».

pudo comprobar que el «cracker» intentaba ingresar al correo electrónico del gerente general de la empresa, hecho que pudo ser controlado a tiempo.

Se pudo comprobar que el 90% de los ataques provenía desde una IP fija, que correspondía a un Ciber Café en el cual el imputado trabajaba como administrador. El resto de los ataques provenía desde cuentas conmutadas de acceso a Internet, fundamentalmente desde el domicilio del imputado.

Una vez iniciada la investigación y presentada la querrela criminal por delitos informáticos, el caso tomó especial importancia en la prensa de la ciudad de Talca y entre los usuarios del Chat IRC. Aprovechando este momento, el imputado concurrió en forma voluntaria al diario *El Centro* de Talca y entregó una entrevista, siendo portada, bajo el título: «*Yo soy el ciber pirata*». De esta manera lograba la fama y reconocimiento por sus pares, hecho buscado comúnmente entre los «crackers». Incluso ofrecía sus servicios para reparar las fallas de seguridad del sistema.

### III. EL JUICIO ABREVIADO

El día fijado para la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes: Ministerio Público, Defensor Penal Público y Querellante, acordaron proceder conforme al Procedimiento Abreviado<sup>5</sup>. Para ello el querellante tuvo que desistirse de otros dos delitos a fin de cumplir con los requisitos establecidos en el Código Procesal Penal. Una vez realizadas las preguntas de rigor al acusado, la Juez de Garantía señora Marta Asiaín Madariaga, autoriza la realización del juicio abreviado y da la palabra al fiscal para que exponga el caso.

El fiscal jefe de la ciudad de Talca don Carlos Olivos Muñoz, realizó una clara exposición respecto de los hechos, la investigación realizada, todos los medios de prueba reunidos durante ocho meses de investigación y solicitó la aplicación de una pena de 3 años y un día de presidio, por tres delitos informáticos: artículos 1, 2 y 3 de la Ley 19.223.

El querellante, abogado Alberto Contreras Clunes, ratifica todo lo señalado por el fiscal y recalca la gravedad de los delitos imputados, los perjuicios ocasionados a la

---

<sup>5</sup> Artículo 406 del Código Procesal Penal.

empresa y el actuar malicioso del acusado. También resalta el hecho que el acusado confiesa su participación en su declaración policial y el jactarse de ello en la entrevista del diario *El Centro*.

Importante resulta la inclusión de un peritaje informático realizado por la Brigada del Ciber Crimen de la Policía de Investigaciones de Chile. En efecto, se realizó un peritaje a la computadora que ocupaba el acusado en el Ciber Café, como a su computadora personal. Por medio de un sofisticado programa, inaugurado en esta ocasión, se logra recuperar diversos archivos borrados del disco duro de la CPU del Ciber Café. Merece especial atención uno, consistente en un correo electrónico enviado por el acusado a su pareja en el cual le cuenta: *«estoy borrando unas («weas») que me pueden comprometer en los asuntos judiciales ...»*, enviado precisamente en la tarde del día anterior al que prestó declaración policial.

En sus conclusiones el peritaje señala que: *«El computador en cuestión cuenta con las capacidades técnicas necesarias y los programas adecuados tanto para navegar por Internet como para efectuar daños a sistemas informáticos»*. En efecto, se pudo determinar que el disco duro contenía 24 programas: *«... de uso frecuente por los Hackers, Crackers o Criminales Informáticos»*.

Finaliza el querellante señalando la importancia que tiene la informática en la actualidad, las potenciales víctimas de este tipo de delitos y los graves perjuicios que se causan a las empresas, pudiendo éstas llegar a quebrar económicamente por el desprestigio que estos delitos le provocan, solicitando la imposición de una pena de cinco años de presidio, en atención a tratarse de reiteración de delitos, contemplados en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 19.223.

Por su parte el defensor penal público don Joaquín Lagos León, alegó indicando que no se encontraba acreditada la participación de su defendido en los hechos, negándole valor a la declaración policial.

Introdujo una novedosa jurisprudencia del derecho norte americano, en la cual se penaliza a las empresas que ofrecen servicios de seguridad informática y son víctimas de «hackers», puesto que no dan cumplimiento a los servicios ofrecidos<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> La empresa víctima se dedica sólo a «Web hosting», es decir, alberga páginas Web, las diseña y mantiene.

Trata en detalle las circunstancias personales del acusado, indicando que se trata de un joven autodidacta en computación, de esfuerzo, padre de familia, casado. Solicita la absolución de su representado y en caso de condena, se aplique el mínimo de la escala, esto es, la pena de 541 días de presidio, con el beneficio de libertad vigilada, al no registrar antecedentes penales.

#### IV. EL FALLO

Al finalizar la audiencia, la Juez de Garantía dicta su veredicto: Culpable por los delitos N° 1, 2 y 3 de la Ley 19.223, fijando la fecha de la lectura del fallo para el día 11 de abril de 2003.

El fallo consta de 13 fojas en las que pormenorizadamente se analizan todos los medios de prueba, describiendo en forma precisa el actuar delictivo y la forma en que éste se encontraba acreditado.

Al fijar la pena, la Juez advierte que tratándose de reiteración de delitos resulta más beneficioso aplicar una pena única conforme al artículo 351 del Código Procesal Penal. Señala también que lo dispuesto en el inciso cuarto de dicho artículo, es: «*una facultad para el Tribunal*» en consideración a que el querellante solicitó una pena superior a la del fiscal.

Por otra parte, afirma que: «*la entidad de las atenuantes<sup>7</sup> no nos convence, teniendo presente que según quedó establecido se trata de delitos reiterados, por lo que la pena que se impondrá en el grado señalado se considera más condigna con el actuar ilícito del acusado*».

En atención a ello aplica la pena de tres años y un día de presidio, que es el mínimo de la escala penal de presidio menor en su grado máximo.

#### V. COMENTARIOS

Tratar los Delitos Informáticos es en sí un tema complejo. Sin embargo, la claridad del fallo nos deja plenamente satisfechos que se ha comprendido en toda su dimensión

---

<sup>7</sup> Artículo 11 N°6 y N°9 del Código Penal.

el tipo penal y las consecuencias que de él derivan.

Siendo muchas veces la prueba pericial esencial en el esclarecimiento de los hechos y la participación del autor de estos ilícitos, ella fue cabalmente comprendida y acreditó, más allá de toda duda razonable, la participación culpable del acusado.

La oportuna incautación de la CPU del acusado y del servidor del Ciber Café, además, del análisis exhaustivo dichos equipos; logró precisar con fecha, hora, minuto y segundo cuando se cometieron los ataques, como también el lugar de origen de éstos y el usuario que los realizó.

La oportuna detección de los ataques y las rigurosas medidas de seguridad aplicadas por la empresa, evitaron que los daños y perjuicios fuesen mayores.

La adecuada colaboración entre el fiscal jefe del Ministerio Público de la ciudad de Talca señor Carlos Olivos con el abogado querellante y la víctima, lograron diseñar una investigación que a lo largo de ocho meses obtuvo abundantes medios probatorios que incriminaron al imputado.

Siendo éste el primer caso sobre Delito Informático dentro de la reforma procesal penal y la meridiana claridad de los fundamentos en la sentencia condenatoria, se convertirá necesariamente en un obligado precedente.

Es necesario destacar que, más allá del éxito en la resolución del caso, existió una empresa que se atrevió a denunciar el delito, con todas las consecuencias que trajo para con sus clientes y prestigio, algo que por lo general no hacen las víctimas de estos delitos.

Como conclusión final simplemente cabe señalar que en la actualidad existe suficiente tecnología para investigar este tipo de delitos y, mejor aún, es posible sancionar a los autores de éstos, erróneamente denominados «hackers», siendo en rigor, simples delincuentes informáticos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Más información sobre este caso en: [www.abogadoalbertocontreras.com](http://www.abogadoalbertocontreras.com) y [www.atichile.cl](http://www.atichile.cl)



## LA ANULACIÓN DE PROCESOS TRIBUTARIOS POR PARTE DE LA SALA TRAMITADORA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: ALGUNAS NOTAS EN TORNO AL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN ESTAS MATERIAS

Diego I. Palomo Vélez (\*)

Resumen de la doctrina fundamental de las resoluciones dictadas por la Corte de Apelaciones: Cuando las autoridades del Servicio de Impuestos Internos resuelven una reclamación, se está frente al ejercicio de la función jurisdiccional. En la reglamentación del ejercicio de la jurisdicción deben observarse normas básicas referidas a los principios de legalidad, imparcialidad e independencia del órgano juzgador. La Constitución Política establece principios que deben observarse por el Estado al ejercer su potestad tributaria, tanto al imponer tributos, como al fiscalizarlos y resolver los conflictos, entre los que se cuentan las garantías del numeral tercero del artículo 19, además de lo prescrito en los artículos 38 inciso segundo, 73 inciso primero y 74 inciso primero. Normas del Código Tributario y de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, además de resoluciones y oficios circulares, autorizan a los Directores Regionales delegar el conocimiento y fallo de las reclamaciones a funcionarios de su dependencia, quienes deberán observar en su labor las normas impartidas por el Director, de quien dependen de manera directa. La única autoridad que puede crear tribunales con carácter permanente, es la ley. Todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales y definitorios del debido proceso. Entre las normas legales citadas y las constitucionales

---

(\*) Profesor instructor de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile. Cursa créditos en Programa de Magíster y cursos de Doctorado en la misma universidad en convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

referidas existe evidente antinomia, la cual debe ser resuelta conforme al principio de la temporalidad de vigencia de las leyes o, en todo caso, bajo el imperio del principio de supremacía constitucional. El juicio se ha substanciado y la sentencia se ha dictado por autoridades administrativas que carecen de jurisdicción, vicio que influye sustancialmente en la marcha del juicio y en lo dispositivo de la sentencia. Se invalida la resolución y se declara que, por no haber sido dictada por tribunal establecido por la ley (falta de jurisdicción del órgano), ella carece de todo efecto y eficacia jurídica. Se repone el juicio al estado que el juez tributario competente dé el debido trámite al reclamo interpuesto por el contribuyente. No se emite pronunciamiento respecto de la apelación que venía concedida.

«La independencia e imparcialidad no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de juez» (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°46, de 21 de diciembre de 1987).

## I. ANTECEDENTES

La Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, al declarar nulos cientos de procesos tributarios, reposicionó - una vez más - el debate jurídico en torno a la *justicia tributaria* que tenemos en el país. Ello, con independencia de la objeción procesal que puede formularse y de la posterior actuación de la Corte Suprema en esta materia (celosa siempre de atribuciones que estima exclusivas) que, acogiendo una queja disciplinaria presentada por el Consejo de Defensa del Estado y el Servicio de Impuestos Internos, estimó que la Sala referida no contaba con las atribuciones para anular dichos procesos y - anulando lo actuado por la Corte de Apelaciones - ordenó que cada causa fuera conocida y resuelta por la Sala respectiva siguiéndose el curso normal de las apelaciones interpuestas en su oportunidad<sup>1</sup>. Nótese, sin embargo, que se trata de la misma Corte Suprema que, en pleno, antes había declarado en un caso concreto que la delegación era contraria a la Constitución<sup>2</sup>. Pero no queremos detenernos en este

---

<sup>1</sup> Esta anulación de procesos también invita a hundir las raíces del debate en la ya tradicional discusión de los constitucionalistas nacionales en torno a la aplicación directa de la Carta Fundamental por los jueces del fondo, y el juego de los artículos 6 y 7 de la misma en relación con la nulidad de derecho público.

<sup>2</sup> De hecho, si se analizan los argumentos que sirvieron de sostén a este fallo y aquellos contenidos en las resoluciones dictadas por la Corte de Apelaciones, se puede constatar que son fundamental y esencialmente similares.

punto, sino que centraremos la atención en otro extremo de la cuestión.

La *doctrina* emanada de las resoluciones dictadas en estos procesos por la citada Sala de la Corte capitalina trasluce con claridad su *hilo conductor base*: Según lo establece el artículo 115 del Código Tributario, el juez natural en ciertas materias tributarias es el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, sin embargo, los funcionarios del mencionado Servicio, distintos del Director Regional, denominados jueces tributarios, se les constituye en magistrados y se les confiere competencia por un acto administrativo y no legislativo emanado precisamente del juez natural, el Director Regional, el que, sobre la base de disposiciones que más adelante se señalan, delega la función jurisdiccional en quién estima pertinente, los cuales ejercerán esta función como delegados, esto es por orden del Director Regional. En otras palabras, la determinación de las atribuciones jurisdiccionales de que ha dotado a los jefes de División, Departamentos o Unidades, todos subordinados al Director Regional del Servicio, emanan de resoluciones por las cuales esta última autoridad se las delega, sin que su competencia se encuentre precisada en normas de rango legal. ¿Qué es lo grave de todo esto?: Que cuando las autoridades del Servicio de Impuestos Internos resuelven una reclamación de un contribuyente, en especial el Director Regional, sobre la base de la competencia atribuida por el artículo 115 citado, se está frente - ni más ni menos - *al ejercicio de la función jurisdiccional*, concurriendo todas y cada una de las características y elementos que le identifican, léase las exigencias de forma (procedimiento, partes y juez), un contenido (controversia de relevancia jurídica y una pretensión procesal concreta) y la función (aseguramiento de la paz social por medio de decisiones justas y eventualmente coercibles)<sup>3</sup>.

En este sentido, pocas dudas quedan en cuanto a la plena aplicación que tiene (o debe tener) en la especie la normativa constitucional, especialmente aquella contenida en el numeral tercero del artículo 19 de la Carta fundamental<sup>4</sup> que, en materia de derechos fundamentales procesales reconoce el derecho a la defensa jurídica, el derecho al juez natural y el derecho al debido proceso, todos derechos que se vinculan - a juicio del suscrito - bajo un mismo y único concepto: *el derecho de acceso a la justicia*.

---

<sup>3</sup> Couture, Eduardo, 1974, **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, p. 34 y sgtes.

<sup>4</sup> De hecho, el inciso 5° del referido numeral alude a la exigencia de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado respecto de «toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción». Incluye, por tanto, al Director del Servicio de Impuestos Internos.

En materia tributaria, la interrogante se traduce en determinar el verdadero contenido de este derecho. O de otro modo, determinar a qué clase de justicia es a la cual el contribuyente (presunto infractor) tiene derecho de acceso.

## II. PLANTEAMIENTO JURÍDICO BÁSICO A PARTIR DE LAS RESOLUCIONES REFERIDAS

No obstante lo señalado en el apartado anterior, la Constitución Política chilena no contiene, en su texto, una consagración general y explícita del derecho de acceso a la justicia, también llamado derecho de acceso a la jurisdicción<sup>5</sup>. Sin embargo, no se crea que fue un derecho omitido por ignorancia de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC). Muy por el contrario, la lectura de las actas demuestra que el derecho fue expresamente analizado y discutido, llegándose incluso a un proyecto de disposición que contemplaba un inciso específico referido precisamente a él<sup>6</sup>. No obstante, como da cuenta la «*historia fidedigna*» de la Carta Fundamental, la disposición no fue incorporada al texto finalmente aprobado<sup>7</sup>.

El derecho de acceso a la jurisdicción (en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de la persona) constituye - como se ha resaltado por la doctrina española - «*la primera consecuencia* del derecho a la tutela judicial efectiva y el paso previo y necesario para la prestación jurisdiccional». «No se puede obtener la prestación jurisdiccional, la resolución que pone fin a la controversia, si por algún motivo no es posible acceder primero a los jueces y tribunales, acceso que, por tanto, es considerado...

<sup>5</sup> Manifestaciones parciales y específicas de este derecho se pueden encontrar en los artículos 20, 21 y 38 inciso 2 de la Constitución nacional.

<sup>6</sup> El inciso propuesto prescribía: «Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y dispondrá de un recurso efectivo contra los actos que los violen».

<sup>7</sup> En efecto, en la sesión N° 103, puede encontrarse intervenciones del siguiente tenor: «El señor Ortúzar (presidente) señala que lo dicho por el señor Diez, coincide plenamente con las observaciones que hizo en sesiones anteriores, en el sentido de que un precepto de esta naturaleza permite recurrir directamente a los tribunales sin que éstos puedan excusarse ni por razones de competencia, ni porque no exista una ley que resuelva el conflicto o establezca otro procedimiento... El señor Silva Bascuñán, declara, que esta es una de las reformas más importantes que se puedan concebir, porque se establecen el derecho a la acción y, además, de que no puede haber excusa en el ordenamiento jurídico de que un derecho no tenga protección, por no existir en un momento dado el órgano o el recurso correspondiente... El señor Diez solicita dejar constancia de que si no existe el Órgano competente para resolver sobre el atropello de un derecho, corresponde decidir a los tribunales ordinarios de justicia...». Sin embargo, bastó una intervención (la del comisionado Guzmán) para echar por tierra la consagración de este derecho, argumentándose en torno a la inconveniente y peligroso que resultaría para la autonomía de las sociedades intermedias que todo conflicto debiera derivar - necesariamente - en los tribunales de justicia. Huelgan los comentarios frente a semejante justificación.

como el *primer escalón* en el ejercicio del derecho a la prestación judicial»<sup>8</sup>.

De la mano de este derecho debe entenderse - necesariamente - el derecho de libre acceso *al proceso*. En efecto, como se ha señalado por alguno, el proceso «es el camino necesario y obligado para obtener una resolución jurisdiccional, de tal forma que si el órgano judicial prescinde totalmente de él, ello comporta ya una denegación de tutela judicial efectiva»<sup>9</sup>. Por lo mismo, lo que nos ocupa es un «derecho de carácter instrumental que permite la defensa jurídica de los derechos, *mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional*», «un derecho a exigir la prestación jurisdiccional en un proceso, mediante alegaciones y pruebas pertinentes, según las pretensiones deducidas para la aplicación coercitiva *e imparcial* de la ley al caso concreto»<sup>10</sup>.

Ahora bien, de entrada cabe realizar una precisión. Desde la perspectiva de interpretación que ofrece la teoría del *bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales*, poco relevante resulta que nuestro texto constitucional no haya asegurado expresa y generalmente el derecho de acceso a la jurisdicción, toda vez que se entienden incorporados - con jerarquía constitucional - a nuestro ordenamiento los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos (DDHH) ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, los que vienen a complementar la regulación que en sede interna se realiza de los mismos. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico sí cuenta con normas de jerarquía constitucional que aseguran y reconocen el derecho de acceso a la jurisdicción.

De esta forma, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a ser oído por un tribunal competente, *independiente e imparcial*, se encuentra incorporado - con la jerarquía aludida - a nuestro ordenamiento a través del citado bloque normativo, complementan-

---

<sup>8</sup> Chamorro Bernal, Francisco, **La tutela judicial efectiva**, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1994, p. 18. En el mismo sentido encontramos al profesor Fernández Segado que, aprovechando un fallo del Tribunal Constitucional español (STC 115/1984, de 3 de diciembre), señala: «El derecho a obtener la tutela judicial efectiva como primer contenido, en un orden lógico y cronológico, el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso, pudiendo de esta forma promover una actividad jurisdiccional que desemboquen una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» (Fernández Segado, Francisco, 1999, «El derecho a la jurisdicción y las garantías del proceso debido en el ordenamiento constitucional español», *Ius et Praxis*, Derecho en la Región, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 5, N° 1, p. 71).

<sup>9</sup> Chamorro Bernal, Francisco, «La tutela judicial...», Op. cit., p. 41 (citando el fallo del Tribunal Constitucional español: STC 69/1983 de 26 de julio).

<sup>10</sup> Almagro, Nosete, citado en: Pita Grandal, Ana María, **La prueba en el procedimiento de gestión tributaria**, Barcelona, Editorial Marcial Pons, 1998, p. 63.

do lo asegurado - de modo expreso - en nuestra norma primaria. De allí la importancia que, en el contexto interamericano, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos poseen<sup>11 12</sup>.

Es en este contexto jurídico, donde cabe situar la evaluación de nuestra justicia tributaria. Es bajo estos parámetros de rango constitucional que debemos juzgar los extremos que nos propone la materia, es en esta perspectiva - en definitiva - donde cimentamos este comentario, a fin de averiguar hasta qué punto nuestra *jurisdicción del tributo cumple* con las exigencias de garantizar a todos y cada uno de los contribuyentes un verdadero derecho de acceso a la jurisdicción y, por cierto, una efectiva, igualitaria y justa tutela judicial.

En fin, so pretexto de las resoluciones emanadas de la Sala tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago, pretendemos hacer un breve recorrido por los principales cauces de nuestra «jurisdicción tributaria» y, de esta forma identificar los principales problemas que arroja desde los puntos de vista que hemos propuesto.

### III. EL PODER TRIBUTARIO Y EL INTERÉS GENERAL COMO EXCUSAS

Como alguno destacó en cierta oportunidad, el tema que abordamos tiene que ver, antes que todo, con la relación que se establece entre el derecho y el poder y, particularmente, «con una reflexión sobre el poder en el ámbito de los tributos y los

<sup>11</sup> Sobre el particular el lector puede revisar un artículo de autoría del suscrito, publicado en esta misma revista. Palomo, Diego, 2002, «La aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial : Un apoyo en dos fallos, caso Barrios Altos y Castillo Petrucci», en Revista *Ius et Praxis, Derecho en la Región*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 8, N°2.

<sup>12</sup> Nótese la similitud de las expresiones empleadas en el sistema internacional para recoger este derecho. El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...». En el mismo sentido, el artículo 6 de la Convención Europea: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial...». Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...». La Convención Americana, en su artículo 8, expresa: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...». Sólo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre cambia en parte la terminología, pero mantiene intacta la idea: «Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

frenos que una sociedad libre ha de poner a este poder»<sup>13</sup>. En efecto, introducirse a esta cuestión implica - necesariamente - batirse entre dos grandes posiciones que pretenden explicar el poder tributario o financiero. Una de ellas, posiciona al Estado como un ente superior respecto de sus súbditos, superioridad que asumiría especial énfasis tratándose de las relaciones jurídicas que surgen a propósito de los tributos. En ella, se concibe al tributo como «manifestación esencial, atributo o emanación de un poder político superior sin el que éste no podría cumplir su esencial tarea, su función característica, su deber de procurar el interés general»<sup>14</sup>. La otra, en cambio, ubica a ambas partes de la relación tributaria en un plano de igualdad, siendo exigencia tanto para el contribuyente como para el Estado el ajustarse y someterse al derecho. Pues bien, esta idea que el Estado descienda de su superior posición y se someta al derecho, al igual que sus «súbditos», no es otra cosa que la exigencia básica que impone un Estado de Derecho, donde «la idea de control jurídico, de regulación desde el derecho de la actividad estatal, de limitación del Poder del Estado por el sometimiento a la ley, aparecen, pues, como centrales... en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales»<sup>15</sup>.

En este sentido es dable plantear la siguiente pregunta: ¿De las diversas manifestaciones que el Poder del Estado puede tener, y de hecho tiene, el Poder tributario está exento de las exigencias propias de un Estado de Derecho?. El problema está justamente en la respuesta a esta pregunta, y - por cierto - ella parte de la base que estamos buscando algo más que la constatación de la existencia de un mero sistema de legalidad, en este caso, tributaria<sup>16</sup>. Parte de la base, en otras palabras, de que «la novedad histórica del Estado de Derecho respecto a los otros ordenamientos del pasado radica en el hecho de haber incorporado, transformándolas en normas de legitimación interna normalmente

---

<sup>13</sup> Ferreiro Lapatza, José, 2001, «Lección Inaugural del curso académico 1997-1998 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona: Poder tributario y tutela judicial efectiva», en *Apuntes para el curso de Derecho Tributario*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Económico, p. 56.

<sup>14</sup> Ferreiro Lapatza, José, Op. cit., p. 58.

<sup>15</sup> Díaz, Elías, 1966, **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Primera edición, p. 7.

<sup>16</sup> En otras palabras, nos apartamos aquí de la clásica concepción kelseniana del Estado de Derecho, donde - formalmente - todo Estado es un Estado de Derecho.

---

*a nivel constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externas relativas al cuando y al cómo del ejercicio de los poderes públicos»<sup>17</sup>.*

Decimos que el problema está justamente en la contestación de la pregunta, pues - aún cuando - teóricamente no debiera llamar a duda una respuesta negativa, la realidad - a lo menos la chilena - nos muestra otra cara de la cuestión, más cruda, más atentatoria de los derechos fundamentales de las personas.

Para nosotros, un correcto enfoque de la cuestión pasa por entender que si bien el tributo está al servicio del interés general de la comunidad, el poder tributario debe permanecer - siempre - plenamente sometido al derecho (no sólo a la ley), sitial del cual no debe salir jamás, ni aún *so pretexto* de invocaciones al recurrido interés general<sup>18</sup>. Es esta la crítica de fondo que formulamos en contra de la jurisdicción del tributo criolla, cuya regulación legal trasluce justamente - en estas materias - la opción por un Estado superior, al cual no bastan las reglas jurídicas aplicables a todos y cada uno de nosotros, sino que - «*en bien del interés general*» - se autobeneficia con una estructura y normativa procesal que dificulta, en extremo, la consecución de una efectiva tutela judicial para los ciudadanos contribuyentes que, a su pesar, se encuentran sin una justicia real en materia tributaria o, si se quiere ser menos categórico, se encuentran con una justicia preocupantemente deficitaria, en la garantía de importantes derechos procesales fundamentales<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi, 2000, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, cuarta edición, p. 354. El autor destaca el paso de un Estado Legislativo de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, aportando una nueva dimensión «sustancial», que limita y vincula a la legislación, una especie de «derecho sobre el derecho». De esa forma, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes (vigencia), sino que, además, programa sus «contenidos» sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a las valoraciones inscritos en sus Constituciones (validez), específicamente a los derechos fundamentales.

<sup>18</sup> Así se ha dicho (a propósito de la creación de un modelo de Código Tributario para América Latina): «La obtención de un equilibrio adecuado entre ambas partes es un problema de difícil solución, pero a juicio de la Comisión, el debe emanar de la aplicación de los principios fundamentales de la legalidad y la jurisdiccionalidad, es decir, que el Fisco y el contribuyente estén sometidos por igual a la ley y a la jurisdicción, que no hay tributos sin ley que lo establezca y que nadie puede ser juez en su propia causa» (Valdés Costa, Ramón, 1996, **Curso de Derecho Tributario**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edición, p. 256).

<sup>19</sup> Como lo han señalado los autores alemanes: «El Estado de Derecho material comienza a existir a partir de la garantía de los derechos fundamentales sobre todo en la clásica acepción de derechos de defensa frente al Estado... Los derechos fundamentales troquelan materialmente el Estado de Derecho... De los derechos fundamentales - y también de los límites contenidos en los mismos para el ejercicio de las libertades - resultan los valores a los que debe orientarse un Estado que tiene como misión realizar la justicia. Simultáneamente, puede el individuo que invoca sus derechos fundamentales someter a control constitucional la acción estatal, y de esa forma poner en marcha el sistema de frenos de los poderes. La garantía de tutela judicial... es uno de los instrumentos más importantes para hacer realidad el Estado de Derecho (Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen; Hesse, Konrad; y Heyde, Wolfgang, 1996, **Manual de Derecho Constitucional**, Editorial Marcial Pons, Instituto Vasco de Administración Pública, Edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Pina, p. 505).

#### IV. LA PARADOJA DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUTO EN CHILE. INEXISTENCIA DE UN SISTEMA DE FRENOS SERIO AL PODER TRIBUTARIO

Se sabe que en la regulación de los procedimientos el legislador nacional debe establecer siempre las garantías que permitan identificar en ellos racionalidad y justicia. Así lo prescribe claramente el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política.

Lo que la Carta Fundamental dispone, en otras palabras, es la exigencia de procedimientos que garanticen el «*juego limpio*» entre las partes que se enfrentan en un proceso. Con todo, no cabe perder de vista una cosa, cual es, que lo básico que se asegura y garantiza es la *igualdad de armas*, punto esencial a la hora de tratar de entender el tipo de justicia tributaria a la que accedemos. Como se ha destacado adecuadamente por algunos, «deberá ser adecuadamente tenido en cuenta que ordinariamente el individuo es inferior al aparato estatal, o que en todo caso se siente inferior... El derecho a un proceso en regla debe *equilibrar* tales inconvenientes»<sup>20</sup>. La pregunta, entonces, resulta de rigor: ¿El procedimiento de reclamación tributaria regulado en la legislación nacional garantiza esta igualdad de armas?... No queremos responder de inmediato la pregunta, preferimos tomar sólo algunas características del procedimiento de reclamación y con ellas, analizar si efectivamente se garantiza la igualdad de armas para las partes contendientes: El Estado y el (presunto) contribuyente infractor.

Antes que todo, sin embargo, cabe retomar un momento el concepto y finalidad que posee la jurisdicción. No es del caso comenzar aquí una enumeración de definiciones o características, sólo nos interesa centrar la atención en un punto que nos parece demasiado relevante: el carácter distintivo de la jurisdicción está dado por su fin, que no es otro «que garantizar la observancia práctica del derecho objetivo»<sup>21</sup>. Para ello, se ha subrayado por alguno, es necesaria «la *imparcialidad* del órgano jurisdiccional, la que sólo será posible si se le otorga la *independencia* necesaria, y las suficientes

---

<sup>20</sup> Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen; Hesse, Konrad; y Heyde, Wolfgang, Op. cit., p. 506.

<sup>21</sup> Calamandrei, citado en: Quezada Meléndez, José, 1984, *La jurisdicción, derecho procesal civil chileno*, Santiago, Editorial Ediar Conosur, p. 38.

garantías para el desempeño sin cortapisas de la augusta misión de decir el derecho»<sup>22</sup>. En otras palabras, «sólo cuando el juez es independiente podrá eventualmente servir a la justicia por sí misma; cuando no es independiente podrá eventualmente servir a la justicia, pero entonces la sirve por algo que no pertenece a la justicia misma (temor, interés, amor propio, gratitud, honores, publicidad, etc.)»<sup>23</sup>.

Prevenido lo anterior, corresponde preguntarse si la imparcialidad e independencia son rasgos que caractericen nuestra jurisdicción del tributo. En esta cuestión, la respuesta de la doctrina nacional ha sido unánimemente negativa y, por cierto, a ella nos sumamos<sup>24</sup>. ¿Puede hablarse - seriamente - de independencia e imparcialidad cuando quién hace las veces de juez en estas materias resuelve jerárquicamente y como parte, peor aún, puede hablarse - seriamente - de «tribunal» en estos casos?... De hecho, por un lado se nos presenta al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos como la autoridad máxima del Servicio dentro de los límites de su jurisdicción territorial (Servicio al que corresponde la aplicación y fiscalización de los impuestos), como un funcionario público dependiente directamente de la administración del Estado, sujeto al Estatuto Administrativo y, por el otro, como juez tributario dotado de las facultades para conocer y fallar las causas sometidas a su competencia, función en la cual - sin

---

<sup>22</sup> Spila García, Rubén, 1978, **Principios de Derecho Procesal Tributario**, Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 37. Agregaba el autor: «No compartimos, pues, la opinión de Miguel Fenech cuando se refiere al estado de la legislación española en esta materia a la época de escribir su obra, 1949, en el sentido de que no puede afirmarse en manera alguna que la independencia sea una nota característica de la función jurisdiccional como lo es la imparcialidad... que la función de garantía de la observancia de las normas tributarias no sea tan eficaz como debiera, es un defecto que debe corregirse, pero en manera alguna puede lo que no es más que un grado de intensidad en el contenido del ejercicio de una función caracterizar o alterar su naturaleza jurídica. No compartimos precisamente su opinión... porque de lo que aquí se trata es precisamente de una garantía, que no puede ser en manera alguna proclamada, si no se otorga a los custodios del orden jurídico la seguridad suficiente como para que puedan constituirse en vigías de la legalidad ante los concretos requerimientos de las partes en el proceso. Se trata, además... de la necesidad de que un tercero (que, por tanto, no puede ser parte) garantice la efectiva vigencia del derecho, para lo cual es menester que se sitúe frente - o mejor, por encima - de las partes, asegurando la igualdad de ambas en el proceso. Es imprescindible, para que esto ocurra, que los órganos jurisdiccionales gocen de independencia» (Loc. cit.).

<sup>23</sup> Couture, Eduardo, 1989, **Estudios de Derecho Procesal Civil: La Constitución y el proceso civil**, Buenos Aires, Tomo I, tercera edición, reimpresión, p. 88.

<sup>24</sup> Así lo reconoce también Eugenio Evans E. Véase: Evans, Eugenio, «La igualdad ante la justicia: Desafío modernizador de algunas jurisdicciones especiales», p. 189 - 197. En: Navarro, Enrique (Editor), 2001, **20 años de la Constitución Chilena: 1981-2001**, Santiago de Chile, Ed. Jurídica ConoSur, 672 p.

La anulación de procesos tributarios por parte de la sala tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago: Algunas notas en torno al derecho de acceso a la justicia en estas materias.

---

embargo - no se desprende de su calidad de funcionario administrativo del Servicio<sup>25</sup>.

En efecto, un breve vistazo a algunas de las normas que regulan la materia demuestra, fehacientemente, lo que estamos señalando. Ya el artículo 19 (letra b) de la Ley orgánica del Servicio de Impuestos Internos (DFL N°7, D.O. del 15 de octubre de 1980) dispone que le corresponde *a los Directores Regionales* - dentro de sus respectivas jurisdicciones - resolver las reclamaciones tributarias que presenten los contribuyentes y las denuncias por infracción a las leyes tributarias en conformidad al libro III del Código Tributario *y a las instrucciones del Director*. También se alude a esta «competencia de los Directores Regionales» en el numeral 6 de la letra b) del artículo 6, y en el artículo 115 del Código Tributario.

En otras palabras, tratándose de juicios tributarios, donde las partes están constituidas por el Servicio de Impuestos Internos y el (presunto) contribuyente infractor, quién debe resolver la controversia es uno de los Subdirectores del Servicio (el Director Regional que corresponda), es un funcionario de una de las partes, debiendo - además - resolver de conformidad con las instrucciones emanadas del Director. Esto último se encuentra ratificado, como se dijo, en el inciso final del artículo 6 del Código Tributario, donde se prescribe que los Directores Regionales, en el ejercicio de sus funciones, *deberán ajustarse a las normas e instrucciones impartidas por el Director*<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Hasta el cansancio se ha denunciado los problemas que aparejan estas vinculaciones tan estrechas entre el juez tributario y la administración. Las resoluciones de la Corte de Apelaciones de Santiago citan un recordado fallo de la misma Corte 30 de noviembre de 1979: «La dificultad del sentenciador de primera instancia estriba en su doble condición de miembro del Servicio, dentro de una jerarquía y obediencia interna, y de Tribunal de primera instancia que resuelve reclamaciones. Como funcionario administrativo el Director Regional debe cumplir las instrucciones, normas y órdenes de su superior, acatando dentro de ese plano las interpretaciones administrativas del Director del Servicio; pero, como Tribunal, su papel jurisdiccional lo desliga de la dependencia administrativa y lo obliga a aplicar las reglas de hermenéutica que establecen los preceptos legales sobre la materia en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, para que soberanamente y cómo intérprete fiel aplique una ley en su genuino sentido. Si al fallar un reclamo tributario se acoge sin más a una interpretación administrativa otorgándole la calidad de norma con valor igual o superior a la ley, estaría renunciando a su función fundamental de juzgador y, al mismo tiempo, reconocería su falta de independencia para impartir justicia ya que acataría la posición de uno de los contendientes con el sólo argumento de autoridad jerárquica superior» (En Revista *Gaceta Jurídica*, N°29, p.5)..

<sup>26</sup> El literal b) del artículo 7 de la ley orgánica del Servicio faculta al Director Nacional para interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de impuestos. Para el Director regional que no lo entienda así, se le recuerda lo prescrito en el artículo 22: «Todos los funcionarios del Servicio son de la exclusiva confianza del Director, quien los nombrará por resolución, y permanecerán en sus cargos mientras cuenten con dicha confianza, sin perjuicio de las facultades del presidente de la República». Por último, no se puede olvidar lo dispuesto en el artículo 45: «Los informes que importen un cambio de doctrina o que se refieran a materias sobre las cuales no haya precedentes, deberán ser sometidos a la aprobación del Director». Sobran los comentarios.

Con todo, los problemas no terminan con lo anteriormente expuesto. El artículo 20 del DFL N° 7 permite a los Directores Regionales (de acuerdo a las normas impartidas por el Director), autorizar a funcionarios de su dependencia, para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando «*por orden del Director Regional*». Lo propio se colige - aún de forma más explícita - de la norma del artículo 116 del Código Tributario: «El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del Director Regional». Vale decir, en una «jurisdicción» tributaria que no asegura - ni siquiera - las más básicas garantías de independencia e imparcialidad del juzgador, y como si no fuera suficiente atentado a una tutela judicial efectiva, se agrega otro elemento: *la delegación de funciones jurisdiccionales* por parte de los Directores Regionales en los jefes de los Departamentos Jurídicos, quienes son los que actualmente actúan - en los hechos - como jueces tributarios<sup>27</sup>.

Sobre este último punto en particular, las resoluciones emanadas de la Sala Tramitadora de la Corte de Santiago precisan: «La determinación de las atribuciones jurisdiccionales de que se ha dotado a los jefes de División, Departamentos o Unidades, todos subordinados al Director Regional del Servicio, emanan de resoluciones por las cuales esta última autoridad se las delega, sin que su competencia se encuentre precisada en normas de rango legal. La circunstancia anotada ha permitido que una autoridad administrativa regional, por medio de resoluciones exentas y oficios circulares conceda, delegue, amplíe, restrinja o derogue, según estime pertinente, la atribución de competencias jurisdiccionales a funcionarios subordinados a ella, carácter discrecional y precario que se contrapone con la estabilidad y certidumbre que inspiran el establecimiento de los tribunales y precisión de su competencia, que deviene en la inexistencia del principio de legalidad y, consecuentemente, en la transgresión de la garantía individual del debido proceso, en lo relativo a la estabilidad, certidumbre, independencia e imparcialidad del juzgador».

Pues bien, el escenario procesal descrito no puede ser más contrario a los derechos fundamentales de las personas, y sólo resulta comparable con el sistema procesal penal del Código de 1906 que, en todo caso, ya se bate en retirada según el cronograma establecido por la reforma implementada al enjuiciamiento criminal nacional. Debemos reconocer que toda esta materia nos trae a la mente el recuerdo de un fallo del Tribunal

---

<sup>27</sup> Véase Resolución N°136 de 24 de julio de 1981 y Oficio Circular N°3832 de 19 de agosto de 1981.

Constitucional chileno, ya clásico en estas aguas de la independencia e imparcialidad, que en 1987 se pronunció de la siguiente forma: «Este Tribunal está de acuerdo en que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, *son elementos consustanciales al concepto mismo de juez*»<sup>28</sup>.

Lamentablemente, como ha señalado alguno, es la misma institucionalidad de la justicia tributaria nacional la que «incorpora abiertamente la parcialidad del juez como parte del sistema»<sup>29</sup>. No otra respuesta permite la constatación de tratarse de un funcionario de una de las partes que, además de sus labores administrativas, debe fallar y hacerlo conforme a las instrucciones del Director. En el mismo sentido se ha señalado: «Es evidente que el Director Regional (el funcionario delegado en los hechos, no obstante su calidad de tribunal, pudiera de antemano tener mayor lealtad y preferencia por la parte por cuyos intereses normalmente vela en su calidad de funcionario. Pero de esta promiscuidad no sólo resultan confusiones de lealtades - la del juez y la del funcionario - sino también *conflictos de intereses*. En efecto, la ley número 19.041 establece en su artículo 12 un incentivo monetario para todos los funcionarios del servicio de Impuestos Internos cuando la recaudación neta en moneda nacional exceda de una recaudación base fijada para el mismo año. Este incentivo beneficia, entre otros, al Director Regional y al juez tributario. El juez, entonces, podría también tener de antemano preferencia por el Fisco ya que el resultado a favor de éste *mejora su remuneración*»<sup>30</sup>.

Estos son los elementos que permiten ir configurando el exacto perfil de lo que es la jurisdicción del tributo en Chile, una jurisdicción con serias deficiencias y falencias en los aspectos más básicos de lo que conocemos bajo el nombre de garantía procesal de la tutela judicial efectiva o debido proceso. La mayor *paradoja*, sin embargo, radica en la conformidad que el Gobierno ha mostrado respecto a esta situación, centrando su pretensión reformadora no en la primera instancia de la justicia tributaria, sino en el fortalecimiento técnico de la segunda instancia. De hecho, ya en el Mensaje (N° 178-

---

<sup>28</sup> Sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46.

<sup>29</sup> Valenzuela Cori, Rodrigo, 2001, «Justicia Tributaria en Chile», Santiago, *Revista de Derecho Económico*, p. 19. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl>. Consultado el 12 de mayo de 2003.

<sup>30</sup> Valenzuela Cori, Rodrigo, Op. cit., p. 17.

342) del proyecto de ley para combatir la *evasión tributaria* al respecto se señaló: «Una materia que no corresponde a las ideas matrices de esta iniciativa, pero que interesa seriamente al Gobierno, es la que se refiere a la organización y atribuciones de los tribunales encargados de conocer las causas tributarias. Es un tema de la mayor envergadura y complejidad, porque involucra el análisis y estudio de la estructura, especialización, eficiencia, acceso y oportunidad de la justicia tributaria... El sistema reseñado ha resultado, en general, eficiente. Así, en los reclamos de liquidaciones, en el curso del año 1999, los tribunales tributarios, en un 58% de los casos han aceptado parcial o totalmente la posición del contribuyente. En cuanto a los reclamos de denuncias le han dado lugar al 24% de ellos. De los reclamos de liquidaciones y denuncias en que el tribunal tributario no ha dado lugar al reclamo del contribuyente, aproximadamente el 10% han sido apelados ante las Cortes de Apelaciones. De estos casos la Corte ha fallado parcial o totalmente a favor del contribuyente en un 53% de los casos de denuncias y 26% de los casos de liquidaciones. El sistema ha originado diversas ventajas en la primera instancia. Desde luego, nos encontramos en presencia de un tribunal de derecho que debe ceñirse *estrictamente a la ley*<sup>31</sup> en sus procedimientos y resoluciones y que es servido por un juez letrado, respaldado por conocimientos especiales y relevantes de aspectos jurídicos-tributarios y contables. Se entrega, además, una justicia de acceso gratuito, pues para reclamar *no se requiere de patrocinio de abogado*<sup>32</sup>, pudiendo comparecer y actuar el contribuyente personalmente. No obstante lo anterior, un adecuado sistema de justicia tributario requiere de instancias de revisión que garanticen plenamente los derechos del contribuyente. En la actualidad, las Cortes de Apelaciones cuentan con algunas limitaciones importantes para ejercer ese rol por verse obligadas a resolver sobre materias de alta complejidad, sin contar con una especialización y un respaldo técnico adecuado...»<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Es de público conocimiento que las múltiples instrucciones del Servicio de Impuestos Internos han dejado de ser meras interpretaciones administrativas, llegando a constituir un conjunto de normas que sobrepasan la ley, varias veces contrariándola, asumiendo el Servicio un rol legislativo que no le corresponde de acuerdo a la ley y la Constitución. Instrucciones que, por lo demás, deben ser necesariamente acatadas por el «juez tributario».

<sup>32</sup> Es la verdadera paradoja del derecho a no contar con la asesoría y representación de un abogado en materias tan técnicas y complejas como las tributarias y, conformarse con la de un contador, situación que, dicho sea de paso, compromete - seriamente - las posibilidades de obtener resultados favorables en la segunda instancia, pues los defensores letrados se ven - en la segunda instancia - atados a líneas argumentativas de fondo deficientes, planteadas en primera instancia. En este contexto, no es poco común leer en fallos pronunciados por Cortes de Apelaciones de nuestro país, frases como la que sigue: «Las alegaciones del apelante reseñadas deben desestimarse por los sentenciadores por cuanto estas no fueron incluidas en el primitivo reclamo». En otras palabras, es la reclamación - según este criterio jurisprudencial - el momento procesal preciso en el cual se fijan irrevocablemente las excepciones opuestas por el reclamante.

<sup>33</sup> Disponible en <http://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias>. Consultado el 12 de mayo de 2003.

Es con este diagnóstico, que estimamos parcial y - en ocasiones - derechamente apartado de la realidad, que el Gobierno se compromete a propiciar una iniciativa legal que permita perfeccionar la justicia tributaria de nuestro país. Se han publicitado algunas de sus ideas centrales que, al parecer, apuntan a corregir el sistema de justicia tributaria vigente, principalmente en lo que se relaciona con la independencia e imparcialidad que le son exigibles a quienes les corresponde resolver estos delicados asuntos. Entre ellas, destaca la designación de jueces *independientes del Servicio* como tribunal de primera instancia, los cuales no tendrán que aplicar obligatoriamente las interpretaciones administrativas de ese Servicio. Sin embargo, *aún no está claro* cual será el mecanismo de designación de estos jueces, punto esencial a la hora de asegurar verdadera independencia y autonomía, como asimismo dotarlos de personal e instalaciones que no pertenezcan al Servicio. En lo que se vincula con la segunda instancia, la iniciativa que actualmente se estudia postula *salas especializadas* en materias tributarias de las Cortes de Apelaciones. En definitiva, de lo que se trata es lograr la combinación entre la independencia e imparcialidad - necesarias en todo juzgamiento - y la capacidad técnica y especialización, que en este tipo de materias adquieren un rol fundamental.

Para nosotros, no es otra cosa que intentar extender a la justicia tributaria las mínimas exigencias de un *Estado de Derecho*, con la finalidad de respetar - a todos - las garantías procesales básicas que aseguran la Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre DDHH ratificados por Chile y que se encuentren vigentes<sup>34</sup>. Ahora, claro está, mientras no se apruebe la iniciativa legal propuesta los atentados reseñados seguirán materializándose en perjuicio, generalmente, de los contribuyentes y empresas de menores recursos, sin capacidad económica para afrontar los costos de una defensa jurídica en segunda instancia. En fin, en el ínter tanto seguiremos con la aparente justicia tributaria que se ofrece a los contribuyentes, en otras palabras, una justicia del tributo que no constituye un sistema de frenos y contrapesos serio frente al

---

<sup>34</sup> Así se ha señalado: «No hay lugar, en el Estado de Derecho, para un poder soberano, es decir, para un poder sustruido a toda regla...; de forma que en un Estado de Derecho el poder financiero, al igual que cualquier otra manifestación del poder político, debe ejercitarse en el marco del Derecho, esto es, del Ordenamiento jurídico en su conjunto (y no sólo en el de las concretas normas jurídicas, conforme a los postulados del hoy definitivamente superado positivismo legalista). Es, pues, el Ordenamiento jurídico en su totalidad el que debilita el ejercicio del poder financiero en sus múltiples manifestaciones. Siendo cometido esencial del derecho Financiero... el de hacer posible la sujeción del Poder al Derecho, asegurando su efectiva juridificación y control, el estudio de los límites jurídicos del poder financiero se confunde... con el estudio del derecho financiero en su totalidad» (Martín Queralt, Juan; Lozano Serrano, Carmelo; Casado Ollero, Gabriel y; Tejerizo López, José M., 1995, Curso de Derecho Financiero y Tributario, Madrid, Editorial Tecnos, Sexta edición revisada y puesta al día, p. 228).

---

Poder tributario estatal, una justicia que no permite el juego limpio, en definitiva, una justicia donde no existe verdadera igualdad de armas entre las partes<sup>35</sup>.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Coincidimos con aquellos que destacan la importancia de bien común o general que sostiene la recaudación de los tributos por parte del Estado. Coincidimos también con los que denuncian la especial dificultad que comprende la búsqueda de un efectivo equilibrio en materias como las que propone la jurisdicción tributaria.

Sin embargo, ante la evidente tensión de derechos e intereses que nos propone esta cuestión, la decisión - a estas alturas del desarrollo de los derechos fundamentales de las personas - debiera ser más o menos clara en favor del establecimiento de un efectivo sistema de control o frenos al Poder Tributario que debe situarse primero en la ley, pero luego - y no con menor importancia - en la jurisdicción, actividad integrada no sólo por un aspecto *objetivo*, el enjuiciamiento en sí, sino también por otro *subjetivo* que exige que dicho enjuiciamiento se desarrolle por un órgano enteramente independiente que forme parte del Poder Judicial, siendo claramente ajeno a la Administración.

Pues bien, es patente que esta independencia orgánica y jerárquica no la posee nuestro Tribunal tributario nacional (Director Regional del Servicio y funcionarios delegados) que, a pesar de su denominación de tribunal, no reúne los elementos básicos y consustanciales que permitan identificar allí - en rigor - a un tribunal de verdad. Decir que no se afecta el derecho de acceso a la jurisdicción y a un proceso justo por parte de los contribuyentes es derechamente faltar a la verdad; un mero cumplimiento formal de garantías procesales no basta para los efectos de asegurar - realmente - el acceso de las personas a una jurisdicción que permita el desarrollo de un proceso tributario justo, donde ambas partes posean igualdad de armas, donde se permita el juego limpio, donde

---

<sup>35</sup> Dejamos expresa constancia que no hemos querido realizar una enumeración exhaustiva de todos los defectos que contiene nuestro sistema de justicia tributaria. Sólo nos hemos centrado en el problema surgido a propósito de la falta de independencia e imparcialidad que le afecta. En este sentido se ha señalado por la doctrina constitucional: «Este cuerpo legal (refiriéndose al Código del Tributario), aun cuando señala normas de procedimiento que atestiguan cierto cumplimiento a los requerimientos del debido proceso, a saber, notificación de la acción tributaria, emplazamiento, recepción de la prueba, su análisis y revisión de la sentencia por un tribunal ordinario, dista de establecer una relación judicial en que las partes se encuentren en un plano de igualdad real, todo ello desde el momento que el juez tributario de primera instancia depende de una de tales partes» (Véase: Evans, Eugenio, Op. cit. p. 194).

- en definitiva - se brinde efectiva tutela judicial a aquella parte que, *a priori*, se manifiesta como la más débil en este tipo de procesos<sup>36</sup>: El contribuyente (presunto) infractor de la ley tributaria.

Se trata, a nuestro juicio, de adoptar una decisión, cual es, el situar el tema de *la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales* por encima de cualquier otra consideración, incluso frente a requerimientos que pudieran resultar tentadores a la hora de imponer - el Estado - limitaciones a los derechos de los contribuyentes o al momento de estatuir procedimientos legales que no garantizan la efectiva igualdad de armas entre las partes de un proceso tributario, como lo es sin duda el problema del interés público general comprometido en la recaudación de tributos.

Trata también, como olvidarlo, de obtener que el *Estado de Derecho* y sus exigencias se extiendan por toda actuación del Estado, sin dejar aspectos exentos o liberados. En fin, se trata de *combinar* - adecuadamente - lo que es el interés de la comunidad con el interés del sujeto contribuyente lo que, al igual que lo que acontece en materia procesal penal, exige el establecimiento de procedimientos que reflejen objetivamente un juego limpio e igualdad de armas, donde el Estado - de hecho superior - no se aproveche de esa superioridad al momento de enfrentarse judicialmente con sus ciudadanos.

Lo que se exige en esta materia, entonces, es el ejercicio correcto y constitucional de las funciones jurisdiccionales, nada más ni nada menos. No basta, por tanto, con la existencia de órganos que - bien, mal o regular (con buena o mala intención) - ejerzan actividades que puedan - sin rigor - denominarse «jurisdiccionales o judiciales», sino que lo que se exige por el derecho de acceso a la jurisdicción y a un proceso justo es que dicha función sea asumida por «órganos efectivamente jurisdiccionales», integrantes del Poder Judicial, cuyos miembros - letrados - sean inamovibles, que tengan la misión de conducir, conocer y resolver un proceso ajeno, donde se discutan intereses distintos a los propios, donde quién deba decidir no comparta las calidades de juez y de parte, en

---

<sup>36</sup> Si uno pone atención en las resoluciones anulatorias de los procesos tributarios, repiten una y otra vez los elementos que se identifican en un debido proceso, elementos entre los cuales ciertamente se incorpora aquel que exige el establecimiento de los tribunales en forma permanente por el legislador y con anterioridad a la iniciación del juicio, el que deberá ser seguido ante un juez imparcial, dentro de un procedimiento contradictorio, bilateral y con igualdad de derechos para las partes, que permita exponer adecuadamente las pretensiones, defensas y oposiciones, en su caso, haciendo posible el ofrecimiento, aceptación y recepción de los medios de prueba en que aquellas se fundan, obteniendo una decisión por un juzgador imparcial e independiente.

fin, donde se asegure la mínima igualdad procesal y los jueces - como dijo Couture - sirven efectivamente a la justicia por sí misma y no en base a otros intereses o motivaciones.

De allí la importancia que la reforma que se estudia a la normativa tributaria nacional se haga cargo de estos serios problemas; de lo contrario, la seriedad seguirá presente sólo en los problemas y no en los frenos y límites que se deben imponer a los Poderes del Estado en general y al Poder Tributario en particular en un verdadero Estado de Derecho. En otras palabras, lograr que en materia tributaria la efectividad de la tutela judicial no se ponga en entredicho por la falta de independencia del juzgador, asegurar el concurso e intervención de un tribunal independiente e imparcial que refleje la vigencia del derecho. Para ello, se debe comenzar de una base: la función jurisdiccional debe estar reservada a órganos judiciales, que estén ubicados dentro del Poder Judicial, de manera que sean efectivamente independientes de la Administración la que ya no estará facultada para conocer las controversias en calidad de juez<sup>37</sup>. Por cierto, los jueces que deban conocer y resolver estos conflictos deberán estar dotados del conocimiento técnico y especialización que requieren estas materias.

Sólo respetando estas mínimas garantías de independencia e imparcialidad (integrantes del concepto de debido proceso)<sup>38</sup> podremos hablar de verdaderos mecanismos de protección jurisdiccional del contribuyente que garanticen la efectiva vigencia y realización del derecho, tarea en la cual el Estado (en el ejercicio de la actividad jurisdiccional), se sustituye a la voluntad de las partes en conflicto<sup>39</sup>, sustitución que para ser efectiva y real requiere de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial designado conforme a texto legal expreso. En fin, de allí la importancia (como señal de alerta) de las resoluciones de la Corte de Santiago que sirvieron de excusa a estas líneas y permiten imaginar (a pesar del retroceso que significa la posición de la Corte Suprema) a la justicia como el principal límite jurídico al Poder Tributario: sin la garantía del acceso a ella, en las condiciones expuestas, la potestad del Estado en estas materias no tendrá frenos más allá de los meramente formales.

<sup>37</sup> «La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, tal como se encuentra formulada en la carta fundamental, exige de parte del legislador instituir tribunales tributarios independientes queden garantía de objetividad e imparcialidad a las partes que ante ellos litigan. Hoy existe la percepción generalizada en el sentido de que los tribunales tributarios son meros ejecutores judiciales de los criterios interpretativos de la Administración central del Estado y, por lo tanto, el acceso igualitario y la resolución justa de los conflictos de esa especie sólo comienza cuando ellos son revisados por los magistrados de los Tribunales superiores de justicia» (Evans, Eugenio, Loc. cit).

<sup>38</sup> Véase Tavorari, Raúl, 2000, *El proceso en acción*, Santiago de Chile, Ed. Libromar, p. 537.

<sup>39</sup> Spila García, Rubén, Op. cit., p. 36.

## EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL EN LA DOCTRINA EMANADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Humberto Nogueira Alcalá (\*)

En sentencia de nueve de abril de 2003, El Tribunal Constitucional se refiere una vez más al tema del *principio de reserva legal*, sistematizando la doctrina sobre la materia, estableciendo los criterios de armonización de la potestad legislativa con la potestad reglamentaria de ejecución del gobierno.

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

El Tribunal Constitucional recuerda que el dominio legal máximo fijado en el artículo 60 de la Constitución, es una de las características sustanciales de la Carta Fundamental vigente (considerando decimocuarto). El Tribunal precisa que el primer nivel de reserva legal se encuentra previsto «*en los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución, (además del artículo 19 N° 26, agregamos nosotros) siendo de alcance general y de común aplicación a todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia*». El segundo de los niveles de reserva legal se encuentra «*contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras*» (considerando decimoquinto). En tal sentido, se recoge la *distinción entre reserva*

---

(\*) Doctor en Derecho de la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Político y Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Chile.

*absoluta y reserva relativa de ley, existiendo en el último caso, un mayor ámbito de acción de la administración a través de la potestad reglamentaria de ejecución, fijando la ley solamente las bases o criterios generales que encuadran la actuación de la potestad de administración. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como «con arreglo a la ley», «de acuerdo con las leyes», «con sujeción a la ley», «de acuerdo a lo que determine la ley» o «en conformidad con la ley», como ocurre en los artículos 10 N° 4; 24 inciso 2°; 32 N° 22; 87 y 94 de la Constitución, como ya se había explicitado en su sentencia Rol N° 254 de 26 de abril de 1997, considerando 26° (considerando decimosexto).*

En el caso en que la Constitución determina una *reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto debe ser hecha por el legislador «con la mayor amplitud, precisión y profundidad que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica» (considerando decimoséptimo)*. En este caso, el ámbito de actuación de la potestad reglamentaria de ejecución se reduce al mínimo, ya que *el legislador debe regular minuciosamente la materia objeto de la reserva legal, desarrollando los «conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, en el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado» (considerando decimoctavo)*, debiendo conciliarse la *«generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido» (considerando decimonoveno)*. Así, el legislador debe regular la materia con *«determinación» y «especificidad»*.

El Tribunal Constitucional agregará, en el considerando vigesimosegundo, que, donde *«la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia»*.

## **2. PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL Y POTESTAD REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN EN MATERIA DE DERECHO DE PROPIEDAD**

Luego de realizar estas consideraciones básicas, el Tribunal Constitucional fija

criterio respecto del principio de reserva legal y ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en materia del derecho de propiedad.

El Tribunal Constitucional determina que *«la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio»*, precisando que ella sólo puede ser ejercida, *«nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica»* (considerando vigésimo tercero).

La ley hace una remisión a la potestad reglamentaria de ejecución para que complete, bajo ciertas directrices, su contenido básico, la segunda no puede vulnerar el derecho que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 24 y 26, señalando que no es «razonable» aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Constitución, debiendo existir «una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar».

El Tribunal Constitucional señala que «establecer, crear o instituir una obligación que afecte el dominio presupone, ...que el legislador no se limite a ello sino que, además, lo configure en sus aspectos o elementos definitorios o característicos, trazando, con adecuada densidad normativa, en que consiste el deber que impone, cuál es el motivo de función social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla, cuál es la autoridad competente para llevarla a efecto y controlarla, a quiénes y por qué motivos se les exime de ella, etc.» (considerando trigésimo primero).

Así, cumplir en materia del dominio, con el mandato constitucional del artículo 24 inciso 2°, «significa que el legislador debe precaver hasta los indicios de una deslegalización constitucionalmente prohibida, evitando incurrir, por ende, en meros enunciados normativos, en disposiciones abiertas, en suma, en normas carentes de la determinación y especificidad que .... Son requisitos esenciales para que la potestad reglamentaria de ejecución se halle legítimamente habilitada» (considerando trigésimo segundo).

En materia de derecho de propiedad, la Constitución requiere del legislador, de acuerdo al artículo 19 N° 24, «que configure un ordenamiento con densidad normativa suficiente, tanto sustantiva como formalmente entendida, de manera que no pueda después el proyecto o la ley respectiva, ser objeto de una habilitación excesiva a favor de la potestad reglamentaria de ejecución o, más grave aún, a raíz de tratarse de una deslegalización, siempre contraria a la Carta Fundamental por hallarse en ella prohibida» (considerando trigésimo quinto).

Así, el Tribunal Constitucional considera que es «constitucionalmente insostenible que, en aras de preservar esa flexibilidad del reglamento supremo, se llegue a situaciones en que ya no se trata de ejecutar, llevar a la práctica o implementar, en concreto, los preceptos legales, porque éstos son reales enunciados en blanco, sin la especificidad que exige el Código político. Esto, además, suscita el reparo constitucional consistente en aumentar la discrecionalidad administrativa en la misma medida que se afecta en su esencia el valor de la certeza o seguridad jurídica» (considerando trigésimo sexto).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

Santiago, nueve de abril de dos mil tres.

VISTOS:

Doce señores senadores que constituyen más de la cuarta parte de los miembros del Senado en ejercicio, presentaron, con fecha 28 de febrero de 2003, un requerimiento para que se declare la inconstitucionalidad del decreto supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 8 de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de este año, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 N° 5° de la Constitución Política, por vulnerar, entre otras disposiciones, el artículo 19 N° 26 de la Constitución, en relación con los artículos 32 N° 8 y 60, el artículo 19 N°s. 2°, 20°, 21° y 24°, y los artículos 6°, incisos primero y segundo, 7°, incisos primero y segundo, 88 y 107, todos de la misma Carta Fundamental.

La nómina de los senadores requirentes es la siguiente: señora Evelyn Matthei Fornet y señores Jorge Arancibia Reyes, Carlos Bombal Otaegui, Marco Cariola Barroilhet, Juan Antonio Coloma Correa, Andrés Chadwick Piñera, Sergio Fernández Fernández, Hernán Larrain Fernández, Jovino Novoa Vásquez, Jaime Orpis Bouchon, Sergio Romero Pizarro y Rodolfo Stange Oelckers.

El decreto impugnado tiene por objeto exigir un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano a los proyectos residenciales y no residenciales con destino único y a aquellos con destinos mixtos cuando superen los umbrales que en él se contemplan. Dicho Estudio debe realizarse y evaluarse según la metodología y procedimientos que determine el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones mediante resolución exenta, la cual deberá llevar, además, la firma del Ministro de Vivienda y Urbanismo.

Se expresa que el decreto supremo que se impugna, restringe libertades y derechos constitucionales, que ello es materia de ley y que el decreto no dispone de fuente legal suficiente que habilite al Presidente de la República para efectuar dichas restricciones.

Se agrega, en lo esencial, que el decreto supremo que se impugna, que invade ilegítimamente la potestad legislativa, impone un requisito que afecta en su esencia (artículo 19, N° 26), el ejercicio legítimo del derecho a desarrollar una actividad económica (artículo 19, N° 21), como también el derecho de propiedad (artículo 19, N° 24), y viola, igualmente, el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política.

Se indica, además, que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones debe aprobar la metodología y procedimientos para la realización y evaluación del Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano por resolución exenta del trámite de toma de razón, lo que contraviene el artículo 88 de la Constitución, que dispone que sólo la ley puede establecer una exención de esa naturaleza.

Por último, se expresa que el decreto supremo, sin intervención de la ley, concede a la Administración una atribución que condiciona la actuación de la autoridad municipal, que posee autonomía constitucional, violando lo dispuesto en el artículo 107 de la Carta Fundamental.

Finalizan los requirentes solicitando que se declare, en consecuencia, que el decreto supremo impugnado es inconstitucional en su totalidad, o en la parte que el Tribunal así lo determine.

Con fecha 11 de marzo de 2003 se acogió a tramitación el requerimiento y, al día siguiente, se puso en conocimiento del Presidente de la República, del Senado, de la Cámara de Diputados y del Contralor General de la República.

El Presidente de la República, contestando el requerimiento, con fecha 18 de marzo de 2003, expone, en esencia, lo que se pasa a indicar.

En primer término, se refiere al contenido normativo del decreto supremo N° 1, de 2003, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, haciendo un análisis pormenorizado de dicho acto administrativo reglamentario.

Manifiesta el Jefe de Estado que tanto la exigencia de un Estudio de Impacto Vial,

como la de efectuar las adecuaciones correspondientes por parte del propietario de las obras, provienen de la norma original y no han sido establecidas por el decreto supremo impugnado.

El Presidente de la República señala que el requerimiento impugna normas vigentes, ya que la exigencia de un Estudio de Impacto Vial y las consecuencias que de él derivan no son creación del decreto supremo N° 1, sino que provienen del decreto supremo N° 59, de 8 de mayo de 2001, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en virtud del cual se reemplazó el artículo 2.4.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, por lo que la objeción de los requirentes es improcedente.

Expresa más adelante, que el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, es un cuerpo normativo regulatorio del derecho de propiedad urbanístico que invoca la potestad reglamentaria por su naturaleza de ley de bases.

El Sr. Presidente afirma, en seguida, que el decreto supremo N° 1 cumple con todas las exigencias para la intervención del reglamento.

Destaca que, en materia de urbanismo y de transporte, es la norma reglamentaria la que puede responder de mejor forma a la realidad particular de una determinada zona, localidad o colectividad, según sus propias características y circunstancias en un momento determinado.

Expone que para la intervención de la potestad reglamentaria de ejecución, las disposiciones legales que regulan derechos deben cumplir con los requisitos de determinación y especificidad.

La determinación, puntualiza el Jefe de Estado, exige que los derechos que pueden ser afectados se señalen en forma concreta en la norma legal, en tanto la especificidad requiere que se indiquen en la ley y de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar al efecto.

Manifiesta que las normas legales habilitantes del decreto supremo N° 1 dicen relación, en lo fundamental, con la libertad de locomoción, el derecho a desarrollar libremente actividades económicas y el derecho de propiedad y cumplen con los requisitos antes mencionados.

Pasa, luego, a hacer un detenido análisis de cada una de ellas.

Concluye que, de las amplísimas potestades con que cuenta el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en materia urbana, se desprende que se encuentra legalmente habilitado para modificar un simple factor de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, texto reglamentario que el propio Ministerio está llamado a actualizar, integrar, interpretar, regular, coordinar, supervigilar y fiscalizar.

Agrega, posteriormente, el Presidente, que el decreto supremo N° 1 no afecta el derecho de propiedad.

Expresa que, en la actualidad, la propiedad no puede ser entendida como un derecho absoluto ni de ejercicio incondicionado, y que tratándose de la ordenación urbanística, en cuanto legítima función pública, es la autoridad la que debe intervenir en resguardo de los derechos de los demás que se ven comprometidos.

Señala, además, que en este caso el derecho de dominio no se ve afectado en su esencia, por cuanto no se lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, no se lo entraba más allá de lo razonable ni se lo priva de tutela jurídica.

Luego, el Presidente de la República expone que el decreto supremo N° 1 no afecta la autonomía municipal. Las municipalidades son órganos de la Administración del Estado que se rigen por el principio de coordinación y, en conformidad con su propia Ley Orgánica Constitucional, deben aplicar dentro de cada comuna las normas sobre transporte y tránsito público y construcción y urbanización “que dicte el ministerio respectivo” (artículo 3°, letras d) y e)).

Por último, en relación con el artículo 88 de la Constitución Política, expresa el Jefe de Estado, en síntesis, que es la Ley Orgánica Constitucional la que confiere al Contralor la facultad para eximir del trámite de toma de razón a determinados actos.

Finaliza el Sr. Presidente de la República sus observaciones solicitando se declare la plena sujeción del decreto supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 2003, a la Constitución.

Con fecha 18 de marzo del presente año, el Sr. Contralor General de la República formula sus observaciones.

En primer término, examina la oportunidad del requerimiento, asunto en el cual destaca que la norma que se impugna fue establecida en el texto original de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones de 19 de mayo de 1992, en su artículo 2.4.3., el que, a su vez, fue reemplazado por el decreto supremo N° 59, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 2001.

De esta manera, asevera el Sr. Contralor, la medida que se objeta existe desde la dictación de la Ordenanza General, y solo fue materia de ciertas precisiones a través de los decretos supremos N° 59 de 2001, y N° 1 de 2003. En consecuencia, concluye, la pretensión de los requirentes es extemporánea.

Más adelante, se refiere al fondo del asunto planteado.

Destaca que la Constitución de 1980 sustituyó el principio de dominio legal mínimo por el de dominio legal máximo, y expone que de acuerdo al espíritu de dicha modificación y a las características propias de la norma legal, ésta ha de comprender las reglas fundamentales, los preceptos básicos, remitiendo al reglamento su complementación o ejecución. Luego de citar al respecto los artículos 1° y 2° y “en lo que interesa” el artículo 105 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, expresa que la regulación que contiene el decreto impugnado corresponde a materias que son propias de la potestad reglamentaria de ejecución.

Agrega que dicho decreto supremo no vulnera el derecho de propiedad, puesto que la regulación en él comprendida no tiene otra finalidad que el desarrollar una norma de rango legal que por sí sola constituye una limitación al derecho de propiedad impuesta en razón de la función social que lo caracteriza.

Por último, y luego de afirmar que no hay violación alguna, tampoco, a los demás derechos fundamentales que invocan los requirentes, expone que el decreto supremo N° 1 no invade la autonomía municipal dado que ésta no tiene carácter absoluto, debiendo entenderse y aplicarse de forma que las municipalidades actúen coordinadamente y en colaboración con los demás órganos que forman parte de la Administración del Estado, en conformidad con lo que dispone el artículo 107 de la Constitución y los otros cuerpos normativos que indica.

Concluye el Contralor manifestando que el decreto supremo impugnado se ajusta

a la Carta Fundamental sin que él haya transgredido las normas constitucionales que invocan los requirentes.

Este Tribunal consideró, además, lo manifestado en escritos presentados por el Colegio de Arquitectos de Chile A.G., por la Asociación Nacional de Revisores Independientes de Obras de Construcción A.G., y por los señores senadores requirentes formulando apreciaciones a las observaciones del Sr. Presidente de la República y del Sr. Contralor General de la República.

Con fecha 18 de marzo se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

#### **I. Sobre la Extemporaneidad y Procedencia del Requerimiento**

PRIMERO. Que el Sr. Contralor General de la República sostiene “(. . .) que la orden que en la especie se impugna, fue establecida en el texto original de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1992 (. . .)”. Agrega que “(. . .) el decreto supremo N° 59, de 8 de mayo de 2001, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, cuyo texto entró en vigencia el día 7 de julio de ese mismo año”, “reemplazó el ya citado artículo 2.4.3.” Luego de reproducir las normas respectivas, expresa que “(. . .) la medida que se cuestiona existe desde la dictación de la Ordenanza General mencionada, y sólo fue objeto de algunas precisiones para su mejor y más equitativa aplicación mediante los aludidos decretos N°s. 59 y 1, de 2001 y 2003, respectivamente.” Por lo anterior, sostiene el Sr. Contralor que el decreto objetado “(. . .) no es sino una modificación en aspectos procedimentales”, concluyendo, que “En virtud de estos antecedentes, la pretensión de los solicitantes debe ser desestimada por extemporánea, ya que el plazo fatal de treinta días fijado al efecto por la Ley Suprema, se ha excedido con creces si se considera que el decreto N° 47, de 1992, rige desde ese año.” (pág. 1);

SEGUNDO. Que, en este mismo orden de ideas, por similares fundamentos, pero con distintos objetivos, el Sr. Presidente de la República en su escrito de respuesta al requerimiento sostiene, en relación a los incisos primero y segundo del artículo 2.4.3. del decreto supremo N° 1 que se impugna por los requirentes que “Queda demostrado, de este modo, que al contrario de lo sostenido en el requerimiento, el decreto impugnado no establece ninguna exigencia adicional o nueva para el desarrollo de la actividad de construcción, no confiere ni atribuye nuevas potestades o competencias a ningún

organismo de la Administración, no impone limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales, ni agrega requisitos adicionales a los permisos de edificación y urbanización” (pág. 29);

**TERCERO.** Que tales aseveraciones y fundamentaciones no resultan atendibles, ni se compadecen, en manera alguna, con el estudio comparativo entre ambos textos reglamentarios, ya que como se pasará a demostrar los decretos supremos respectivos difieren sustancialmente, lo que se traduce, como se verá, en una regulación casi enteramente nueva sobre la materia. Es más, en el decreto impugnado sí se confieren, afirmativamente, nuevas atribuciones a un órgano de la Administración, como es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones;

**CUARTO.** Que el artículo 2.4.3., incisos primero y segundo, de la Ordenanza de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por el decreto supremo N° 47, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, de 1992, dispone:

**“Artículo 2.4.3.-** Los proyectos residenciales y los proyectos no residenciales que consulten en un mismo predio 250 o más y 150 o más estacionamientos, respectivamente, requerirán de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano.

El Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante resolución, aprobará la metodología conforme a la cual deberá elaborarse y evaluarse el Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano.”;

**QUINTO.** Que, el artículo único del decreto supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 8 de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero del mismo año, objetado por el requerimiento, establece:

**“Artículo único.-** “Modifícase la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por decreto supremo N° 47 (V. y U.), de 1992, en la siguiente forma:

Reemplázase los incisos primero y segundo del artículo 2.4.3., por los siguientes:

Inciso primero: «Los proyectos residenciales y no residenciales, con destino único, requerirán de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano cuando superen el umbral establecido en la siguiente tabla:

<b>Umbral para la Determinación del Ingreso al Seist</b> <b>(Caso Proyectos Puros)</b>				
		<b>Categoría</b>	<b>Umbral</b>	<b>Unidad</b>
<b>Uso Residencial</b>	Bajo	Menos de 800 UF (*)	300	Viviendas
	Medio	Entre 800 y 1600 UF( *)	200	
	Alto	Más de 1600 UF (*)	130	
<b>Uso no Residencial</b>	Educación		720	Matrículas
	Comercio		2500	M2
	Servicio		2500	
	Industria		5000	
	Salud		2500	
	Espectáculos		500	

(\*)= Valor de Tasación Minvu (según tabla de costos unitarios a que se refiere el artículo 127 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones).

Los proyectos residenciales y no residenciales, emplazados en un mismo predio, con destinos mixtos, requerirán de un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, cuando produzcan un incremento en el flujo vehicular igual o superior a cien vehículos, en al menos una hora al día.

Se entenderá que se genera el incremento de flujo vehicular indicado, según resulte de aplicar la siguiente tabla:

<b>Determinación del Flujo Total Generado</b> <b>(Caso Proyectos de Usos Mixtos)</b>				
		<b>Categoría</b>	<b>Flujo Generado</b>	
			<b>Tasa</b>	<b>Unidad</b>
<b>Uso Residencial</b>	Bajo	Menos de 800 UF (*)	0,333	N° Viviendas
	Medio	Entre 800 y 1600 UF (*)	0,5	
	Alto	Más de 1600 UF (*)	0,769	
<b>Uso no Residencial</b>	Educación		0,139	N° Matrículas
	Comercio		0,04	
	Servicio		0,04	M2
	Industria		0,02	
	Salud		0,04	
	Espectáculos		0,2	

(\*)= Valor de Tasación Minvu (según tabla de costos unitarios a que se refiere el artículo 127 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones).

Inciso segundo: “Estos estudios deberán ser realizados y evaluados conforme a la metodología y procedimientos que determine el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, mediante resolución exenta, la cual deberá llevar, además, la firma del Ministro de Vivienda y Urbanismo.”;

SEXTO. Que, como puede apreciarse del examen de las normas transcritas en los considerandos precedentes, se infiere con nitidez que el artículo único del decreto supremo N° 1°, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 8 de enero de 2003, impugnado, introdujo, a lo menos, tres modificaciones sustanciales al artículo 2.4.3., incisos primero y segundo, de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por el decreto supremo N° 47, del mismo Ministerio, de 1992;

Que, en efecto, tales modificaciones son las que se pasan a precisar en los considerandos siguientes;

SÉPTIMO. Que, en primer término, el texto del decreto supremo transcrito en el considerando CUARTO sólo regula, en general, los proyectos residenciales y no residenciales a realizarse en un mismo predio. En cambio, el decreto supremo N° 1, objetado, reproducido en el considerando QUINTO, reglamenta “(. . .) los proyectos residenciales y no residenciales, con destino único” y “(. . .) los proyectos residenciales y no residenciales, emplazados en un mismo predio, con destinos mixtos (. . .)” (inciso primero), sometiendo a unos y otros a distintas regulaciones;

OCTAVO. Que las obligaciones impuestas al ejercicio del derecho de propiedad, consistentes en exigir un estudio acerca del “Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano”, con las consecuencias que de ello derivan, en el decreto supremo modificado y en el decreto supremo modificatorio, son sustancialmente distintas, en cuanto a las regulaciones y parámetros a que deben someterse los respectivos “proyectos”.

En efecto, en el primero de tales actos administrativos reglamentarios esa exigencia se establece, en forma genérica, para todo tipo de proyectos residenciales y no residenciales “(. . .) que consulten en un mismo predio 250 o más y 150 o más estacionamientos, respectivamente”.

En el segundo de tales actos reglamentarios, o sea, en el decreto supremo cuestionado, en cambio, para exigir el estudio de “Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano” se distinguen dos situaciones distintas:

- A) Para los proyectos residenciales y no residenciales con **destino único** se dispone que tal estudio se requerirá, cuando los proyectos superen el “umbral” establecido en la tabla que a continuación se señala. En dicha tabla, a su turno, se distingue entre los proyectos de uso residencial y de uso no residencial. En los primeros, el umbral se determina en relación al valor de tasación de las viviendas, estableciendo tres tipos: “Bajo” (viviendas con un valor de costo inferior a 800 U.F.); “Medio” (desde 800 U.F. a 1.600 U.F.); y “Alto” (más de 1.600 U.F.), disponiéndose que en dichos casos el “umbral” será 300, 200 y 130 viviendas, respectivamente. En los segundos, esto es, en los proyectos de uso no residencial, el “umbral” se determina, según sea la actividad a que está destinada la edificación. Así, si se trata de educación, el señalado “umbral” será de 720 matrículas; si la actividad es comercio, servicios o salud, el umbral será de 2.500 metros cuadrados; si se trata de industria será de 5.000 metros cuadrados; y, finalmente, si está destinado a espectáculos será de 500 metros cuadrados; y
- B) En los proyectos residenciales y no residenciales, emplazados en un mismo predio con **destinos mixtos**, se requerirá del estudio de “Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano” en términos enteramente distintos a los señalados y no contemplados directamente, por cierto, en el decreto supremo modificado. En estos casos, efectivamente, el mencionado estudio se exige cuando se produzca “(. . .) un incremento en el flujo vehicular igual o superior a cien vehículos, en al menos una hora al día”. Se entenderá que tal condición se cumple, según resulte de aplicar la tabla que a continuación señala el decreto supremo impugnado. Así, en los proyectos de uso residencial se distinguen tres categorías: uso residencial “Bajo”, esto es, viviendas con un valor de tasación inferior a 800 U.F.; “Medio”, equivalente a una suma entre 800 y 1.600 U.F.; y “Alto”, superior a 1.600 U.F. En el primer caso, el número de viviendas se multiplica por la “tasa” 0,333; en el segundo, por el factor 0,5 y en el tercero, por el coeficiente 0,769. A su turno, en los proyectos de uso no residencial, el flujo vehicular se determina en consideración a la actividad que se pretende desarrollar. Si se trata de educación debe multiplicarse la “tasa” o factor 0,139 por el número de matrículas. Si lo construido está destinado a comercio, servicios, salud, industria o espectáculos, debe multiplicarse el factor 0,04, en los tres primeros casos; 0,02 en el cuarto y 0,2 en el quinto, por el número de metros cuadrados construidos;

NOVENO. Que, por último, una tercera modificación sustancial entre el decreto

supremo que se modifica y el decreto supremo modificatorio que se impugna deriva de los órganos estatales a quienes se encarga aprobar la metodología, conforme a la cual los estudios de “Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano” deben realizarse y evaluarse. En efecto, en el inciso segundo del artículo 2.4.3. que se modifica, era el **Ministerio de Vivienda y Urbanismo**, mediante resolución, el que debía aprobar tal metodología. En cambio, en el inciso segundo del artículo 2.4.3. del decreto supremo modificatorio y que se halla impugnado, se dispone que estos estudios serán realizados y evaluados, conforme a la metodología que determine el **Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones**, mediante resolución exenta, la cual deberá llevar, además, la firma del Ministro de Vivienda y Urbanismo. En otras palabras, se cambia el Ministerio encargado de realizar la función en estudio, con absoluta prescindencia, dicho sea de paso, de lo prescrito en el artículo 60 N° 14°, en relación con el artículo 62 inciso cuarto N° 2° de la Constitución, que exige una ley para determinar las funciones y atribuciones de dichos órganos de la Administración. Como ya lo adelantáramos, el decreto objetado confiere una nueva atribución al señalado Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de la cual antes no disponía;

**DÉCIMO.** Que, corolario de lo expuesto en los considerandos precedentes, fuerza es concluir que el decreto supremo N° 1 en estudio, impugnado de inconstitucionalidad, modifica sustancialmente los incisos primero y segundo del artículo 2.4.3. de la Ordenanza General, a lo menos, en los tres aspectos esenciales que se resumen a continuación: A) en el ámbito de aplicación de uno y otro, en cuanto a “los proyectos” que regulan; B) en lo relativo al criterio establecido para determinar si existe “Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano”; y C) en relación al órgano público encargado de determinar la metodología y procedimientos de acuerdo con la cual deben realizarse y evaluarse los estudios respectivos;

En suma, es cierto lo sostenido por el Sr. Presidente de la República y el Sr. Contralor, en orden a que en ambos decretos supremos en análisis, se establece la obligación de realizar un estudio acerca del “Impacto sobre el Transporte Urbano”; pero también lo es, y con mucha profundidad, que el objeto o contenido de la obligación es por entero diferente, ya que las normas que regulan dichos estudios en uno y otro decreto son sustancialmente distintas, lo cual lleva, necesariamente, a concluir que la obligación establecida en el decreto que se impugna de inconstitucionalidad difiere de la contenida en el decreto que se modifica y, por ende, que el requerimiento no es extemporáneo ni formalmente improcedente;

## II. Reserva Legal y Potestad Reglamentaria

UNDÉCIMO. Que los señores senadores requirentes sostienen que el decreto supremo N° 1, impugnado, vulnera el principio de reserva legal previsto en el artículo 19 N°s. 24° y 26°, en relación con los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución. Explican, en apoyo de su presentación ante esta Magistratura, que aquel decreto supremo impone limitaciones y obligaciones al ejercicio del derecho de propiedad, las cuales, con sujeción a lo ordenado en los artículos citados, sólo pueden ser establecidas por la ley, estando además prohibido delegar tal facultad en el Presidente de la República, de acuerdo a lo mandado en el artículo 61 inciso segundo del Código Supremo;

DUODÉCIMO. Que, en pugna con la tesis expuesta por los requirentes y que se ha resumido en el considerando anterior, tanto el Sr. Presidente de la República como el Sr. Contralor General de la República afirman, en sus respuestas correspondientes, que el aludido decreto supremo N° 1 no infringe el principio de reserva legal, contemplado en los artículos de la Carta Fundamental ya citados, pues entre otras razones, aquel acto administrativo reglamentario se ha limitado a desarrollar, complementar o pormenorizar los preceptos legales, válidos y vigentes, que habilitan al Jefe del Estado para dictarlo, en ejercicio de la potestad de ejecución de tales normas que le ha sido conferida en el artículo 32 N° 8 de la Constitución;

DECIMOTERCERO. Que, para resolver acertadamente el problema que le ha sido planteado, este Tribunal debe analizar, con la extensión y profundidad indispensables, las características del sistema articulado en las disposiciones constitucionales señaladas, dejando desde ya establecido que se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria, esta última en la especie o modalidad de potestad destinada a ejecutar los preceptos legales, dentro del marco trazado en la Carta Fundamental y ceñido a las ideas matrices contenidas en la ley cuyas normas se trata de llevar a la práctica. Al proceder en los términos enunciados, esta Magistratura es coherente con la doctrina, reiterada y uniforme, que fluye de sus sentencias y que será transcrita o citada, a la vez que vela por el respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son lo concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia;

DECIMOCUARTO. Que en la concreción de la labor descrita, este Tribunal estima

necesario puntualizar, primeramente, que el principio de reserva legal, asociado con el dominio máximo fijado a la ley en el artículo 60 de la Constitución, es una de las características sustanciales de aquella, cuya importancia se realza al comparar el régimen hoy vigente, de una parte, con el dominio mínimo legal que contemplaba la Carta Fundamental de 1925 y sus reformas, de otra. Pues bien, esa reserva y dominio legal máximo tienen significado claro, el cual se halla corroborado por la historia fidedigna respectiva, así como por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre ella, tratándose, en especial, de las limitaciones y obligaciones que pueden imponerse por la ley al ejercicio del dominio;

DECIMOQUINTO. Que el estudio de las fuentes aludidas en el considerando precedente permite concluir que ellas coinciden en que el sistema de reserva y dominio legal, imperante en la Constitución en vigor, se estructura con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa.

El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia.

En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras;

DECIMOSEXTO. Que ilustra lo explicado en el considerando precedente lo afirmado, por este Tribunal, en el considerando 26° de la sentencia pronunciada el 26 de abril de 1997 (Rol N° 254), razón que justifica insertarlo a continuación:

*“26°. Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como «con arreglo a la ley», «de acuerdo con las leyes», «con sujeción a la ley», «de acuerdo a lo que determine la ley» o «en conformidad a la ley», v.g. en los artículos 10, N° 4; 24 inciso segundo; 32, N° 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor”;*

DECIMOSÉPTIMO. Que se desprende del considerando anterior que, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica;

DECIMOCTAVO. Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado;

DECIMONOVENO. Que abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica;

VIGÉSIMO. Que la tesis explicada en los considerandos precedentes ha sido sostenida por este Tribunal, por ejemplo en el considerando 40° de la sentencia Rol N° 325, cuyo texto conviene transcribir:

*“40°. Que, en este sentido es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad.*

*Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

*Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal”;*

VIGÉSIMO PRIMERO. Que la regulación legislativa del ejercicio del derecho de propiedad se halla, en variados aspectos, sometida al principio de reserva y dominio legal, en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado, es decir, tanto en sus disposiciones comunes o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos. Así sucede, por ejemplo, a propósito del establecimiento de las limitaciones y obligaciones del dominio, derivadas de la función social que le es intrínseca, de acuerdo a lo mandado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de ella. En efecto, la disposición recién aludida, concerniente a la propiedad, preceptúa que “Sólo la ley puede establecer ( . . . ) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, mencionando, en seguida, las cinco causales genéricas, pero taxativas, invocando una o más de las cuales el legislador se halla habilitado para imponer tales delimitaciones o restricciones por el motivo advertido;

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, obviamente, donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia. En consecuencia y con análogo sentido de estricto rigor deberá ser interpretada y aplicada la norma general de la Constitución que contempla tal potestad reglamentaria de ejecución, porque no puede ser regulado a través de ella cuanto, reiterada y claramente, el Poder Constituyente ha confiado, con cualidad privativa e indelegable, al dominio de la ley;

VIGÉSIMO TERCERO. Que la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio. Sin embargo, menester es precisar que ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o

cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica;

VIGÉSIMO CUARTO. Que en semejante orden de ideas cabe advertir que la expuesta ha sido la doctrina constantemente sostenida por este Tribunal Constitucional. Suficiente es mencionar aquí, como evidencia de lo dicho, entre otras, las sentencias siguientes: considerandos 16º a 20º del Rol N° 146; considerandos 8º al 15º del Rol N° 167; y considerando 12 letra d) del Rol N° 185. Singularmente clara es la conclusión que, resumiendo tan prolongada e invariable línea jurisprudencial, se lee en los considerandos 4º y 9º de la sentencia enrolada con el N° 253:

*“4º. Que de la simple lectura de las normas reproducidas en los considerandos precedentes, se infiere con nitidez que los artículos pertinentes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos. En esta forma la actividad del Organo Gubernamental aparece enmarcada dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32, N° 8, de la Carta Fundamental como «Potestad Reglamentaria de Ejecución» y que se contrapone a la llamada «Potestad Reglamentaria Autónoma». De esta manera una - la ley - y otro - el reglamento - conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda urbanización. Pretender desvincular el artículo 70 de la ley, de las normas reglamentarias objetadas, es negar una realidad jurídica evidente. Esta realidad normativa, el intérprete de la Constitución no puede ignorarla, pues se impone como una absoluta necesidad para resolver adecuadamente sobre la constitucionalidad de los preceptos en juego, a la luz de las disposiciones constitucionales.”*

*“9º. Que, sin embargo, esta tesis no es absoluta, pues en el evento que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con la cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico que da lugar a una realidad jurídica evidente, para transformarse en partes de una relación ley-decreto reglamentario que se contrastan y se repudian. En esta hipótesis, desaparece el fundamento de la tesis que se ha venido desarro-*

*llando y, por ende, se exceptúa de ella, porque el reglamento puede ser objetado, en conformidad con lo prescrito en el artículo 82, N° 5, de la Carta Fundamental, ya que su enjuiciamiento constitucional se efectuaría sin que ello importe una intromisión de este Tribunal en un acto legislativo.*

*En este orden de ideas, debemos entender que el reglamento contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso sino, también, cuando su contenido desborde el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución; tratándose del derecho de propiedad, por ejemplo, cuando él fuere vulnerado en su esencia. En efecto, la ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación reglamentaria no vulnere el derecho que la Constitución asegura a todas las personas, en este caso, en su artículo 19, N° 24, y, N° 26, ya que no resulta «razonable» aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina «razonabilidad técnica», y que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar.»;*

**VIGÉSIMO QUINTO.** Que la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera confluyen en la tesis antes desarrollada.

Efectivamente y con ánimo ilustrativo, se transcribe a continuación lo expuesto por el Sr. Enrique Rajevec Mosler en su monografía “La Propiedad Privada y los Derechos Adquiridos ante la Planificación Urbana”, publicada en la *Revista Chilena de Derecho*, volumen 25, N° 1 (1998) pp. 109:

*“Las materias comprendidas en el “dominio legal” deben ser desarrolladas por preceptos legales hasta el máximo de determinación posible, esto es, hasta donde lo permita la generalidad que caracteriza a las leyes, debiendo especificar la ley –además– los criterios materiales y técnicos que debe utilizar el administrador en sus decisiones. El papel del reglamento es absolutamente subsidiario, y sólo puede ejecutar las disposiciones legales: jamás crear nuevas limitaciones o regulaciones independientes del texto legal. Asimismo, la ley debe contener suficientes referencias normativas, de orden formal y material, para generar certeza sobre la*

*actuación administrativa y permitir su contraste jurisdiccional en forma sencilla.”*

Con el mismo propósito se transcribe en seguida lo escrito por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en el tomo I de su libro **Curso de Derecho Administrativo** (Madrid, Ed. Civitas, 1983) p. 242:

“( . . . ) si la propiedad y la libertad constituyen las verdaderas materias reservadas a la Ley, resulta entonces que toda norma interpretativa impuesta ( . . . ), en cuanto implica una restricción de su libertad, debe ser objeto de una Ley y no entra entre las posibilidades del Reglamento por sí solo. La obligación de observar una determinada conducta o de proscribir otra cualquiera sólo puede legitimarse en la Ley, como la exacción de cualquier porción patrimonial o la limitación o intervención sobre las propiedades y bienes ( . . . ). Más adelante agrega, en relación a la potestad reglamentaria, que “( . . . ) vendría a ser una normación secundaria, complementaria y no independiente de la Ley, y que sólo por la expresa apelación de ésta (y con la determinación de contenido que ésta ha de incluir) puede ponerse en movimiento.”;

### III. Obligaciones del Dominio y Reserva Legal

VIGÉSIMO SEXTO. Que, en el marco de antecedentes y consideraciones expuestas procede ahora que este Tribunal se pronuncie resolviendo, en concreto, si el decreto supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 2003, respeta o vulnera las disposiciones constitucionales que configuran el principio de reserva legal, en los dos niveles o manifestaciones que han sido descritos;

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en el problema *sub-lite*, los señores senadores que firman el requerimiento, sostienen que el decreto supremo N° 1, cuyo mérito constitucional ellos objetan, contiene restricciones, limitaciones u obligaciones que afectan, sin base legal, la esencia del dominio. Tal aseveración es refutada por el Sr. Presidente de la República y el Sr. Contralor General de la República en las respuestas que presentaron ante este Tribunal;

VIGÉSIMO OCTAVO. Que para resolver este capítulo de inconstitucionalidad que se plantea con relación a ese decreto supremo resulta menester examinar el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Carta Fundamental, disposición según la cual “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y

las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”;

VIGÉSIMO NOVENO. Que es pertinente recordar que el precepto constitucional transcrito fue elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sobre la base del texto propuesto por la Subcomisión de Derecho de Propiedad, habiendo él sido motivo de extenso y esmerado análisis, como consta, especialmente, en las Actas Oficiales correspondientes a las sesiones 148, 162, 163 y 212 celebradas por dicha Comisión;

TRIGÉSIMO. Que ese precepto fundamental señala con lenguaje de significado claro, perentorio e inequívoco, que sólo la ley puede establecer las obligaciones inherentes al dominio y que derivan de su función social. Pues bien, establecer una obligación es crearla, instituir la o introducirla, por vez primera, en nuestro ordenamiento jurídico, cumpliendo así el legislador con el carácter innovador que se predica, en la doctrina, como uno de los rasgos matrices de la ley en el derecho positivo;

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que establecer, crear o instituir una obligación que afecte al dominio presupone, lógica e ineludiblemente, que el legislador no se limite a ello sino que, además, la configure en sus aspectos y elementos definitorios o característicos, trazando, con adecuada densidad normativa, en qué consiste el deber que impone, cuál es el motivo de función social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla, cuál es la autoridad competente para llevarla a efecto y controlarla, a quiénes y por qué motivos se les exime de ella, etc.;

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que cumplir, entera y satisfactoriamente con el mandato constitucional trazado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo, significa que el legislador debe precaver hasta los indicios de una deslegalización constitucionalmente prohibida, evitando incurrir, por ende, en meros enunciados normativos, en disposiciones abiertas, en suma, en normas carentes de la determinación y especificidad que, como lo ha exigido este Tribunal en su sentencia oportunamente transcrita, son requisitos esenciales para que la potestad reglamentaria de ejecución se halle legítimamente habilitada;

TRIGÉSIMO TERCERO. Que fluye de los considerandos precedentes que la

potestad reglamentaria de ejecución no puede, sin vulnerar la Constitución, crear las obligaciones que pesan sobre el ejercicio del derecho de propiedad, como tampoco configurar los demás elementos que, con ánimo ilustrativo, se han enunciado en el considerando anterior. Instituir o establecer una de tales obligaciones e insertarla en el estatuto jurídico que le es inherente, constituye una misión que la Carta Fundamental reserva, con énfasis o vigor especial e ineludible, al legislador en sentido estricto;

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, en el cumplimiento de esa labor normativa, el legislador tiene que llegar al desarrollo de los principios y normas que dicta con un nivel de minuciosidad mayor que tratándose de materias en que la reserva legal es común u ordinaria. Respetando los criterios de generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador y cualidad básica que singularizan a la ley en el sistema jurídico, al legislador le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se imponen al dominio con motivo de la función social que ha de servir;

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, consiguientemente, sin llegar al extremo de dictar reglas específicas o nominativas, la Constitución requiere del legislador, en su artículo 19 N° 24 inciso segundo, armonizado con el numeral 26° del mismo artículo, que configure un ordenamiento con densidad normativa suficiente, tanto sustantiva como formalmente entendida, de manera que no pueda después el proyecto o la ley respectiva, ser objeto de una habilitación excesiva a favor de la potestad reglamentaria de ejecución o, más grave aún, a raíz de tratarse de una deslegalización, siempre contraria a la Carta Fundamental por hallarse en ella prohibida;

TRIGÉSIMO SEXTO. Que las características de la ley, varias de las cuales han sido mencionadas, deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad, adaptabilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria. Sin embargo, resulta constitucionalmente insostenible que, en aras de preservar esa flexibilidad del reglamento supremo, se llegue a situaciones en que ya no se trata de ejecutar, llevar a la práctica o implementar, en concreto, los preceptos legales porque estos son reales enunciados en blanco, sin la especificidad que exige el Código Político. Esto, además, suscita el reparo constitucional consistente en aumentar la discrecionalidad administrativa en la misma medida que se afecta en su esencia el valor de la certeza o seguridad jurídica;

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que para decidir el asunto planteado, el Tribunal ha

revisado y evaluado tanto los preceptos legales invocados por el Sr. Presidente de la República en los vistos fundantes de aquel acto administrativo reglamentario, como otras normas legales que creyó conveniente o necesario examinar para completar el estudio;

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que la preocupación de esta Magistratura, al realizar el análisis recién descrito, ha sido constatar si, en tal cúmulo de disposiciones legales, se hallan las que establecen las obligaciones derivadas de la función social del dominio, en el ámbito de la construcción y el urbanismo, porque sólo tal clase de preceptos legales pueden habilitar, con carácter complementario y subsidiario, el ejercicio de la potestad reglamentaria destinada a ejecutar lo preestablecido por el legislador. Especialmente acucioso ha sido el Tribunal en la revisión de aquella legislación habida consideración del contenido modificadorio sustancial que el decreto supremo impugnado introduce a los incisos primero y segundo del artículo 2.4.3. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, tal como fue demostrado en los considerandos PRIMERO a DECIMO de esta sentencia;

TRIGÉSIMO NOVENO. Que el análisis efectuado por este Tribunal le ha permitido comprobar que las disposiciones legales aducidas para sostener el mérito constitucional del decreto supremo N° 1, objetado, se refieren a facultades o atribuciones, ejercitables por los órganos competentes en los dos Ministerios involucrados, tales como los que se enuncian a continuación:

“dictar ordenanzas, reglamentos e instrucciones generales sobre urbanización de terrenos” (. . .) “desarrollo y planificación urbanos” (Ley N° 16.391, artículo 2° N° 3); “supervigilar todo lo relacionado con la planificación urbana (. . .) y aplicación de leyes pertinentes sobre la materia” (Ley N° 16.391, artículo 2° N° 4); “formular y supervigilar las políticas nacionales en materia habitacional y urbanística y las normas técnicas para su cumplimiento” (Decreto Ley N° 1.305, de 1976, artículo 4°); “establecer normas específicas para los estudios, revisión, aprobación y modificaciones de los instrumentos legales a través de los cuales se aplique la planificación urbana” (Decreto con Fuerza de Ley N° 458, artículo 29); “cumplir con los estándares que establezca la Ordenanza General en lo relativo a: a) trazados viales urbanos” (Decreto con Fuerza de Ley N° 458, artículo 105 letra a)); “dictar, por orden del Presidente de la República, las normas necesarias e impartir las instrucciones correspondientes para el adecuado cumplimiento de las disposiciones relativas al tránsito terrestre por calles y caminos” (Ley N° 18.059, artículo 1° letra d)); “señalar las características fundamentales y determinar las redes

viales básicas en cada comuna del país” (Ley N° 18.287, artículo 43);

CUADRAGÉSIMO. Que la legislación referida contiene disposiciones generales y enunciados muy amplios, en los cuales se confiere competencia a los órganos administrativos correspondientes, pero que, en ligamen con la reserva legal, precisa y vigorizada prevista en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Constitución, para establecer las obligaciones del dominio que derivan de su función social, deben ser calificadas de inexistentes o, al menos, de insuficientes. Por lo anterior, ha de concluirse que el decreto supremo N° 1, en estudio, carece de la habilitación legal necesaria para su dictación, razón por la cual esta Magistratura debe declararlo inconstitucional;

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que habiéndose resuelto acoger el requerimiento formulado, por las razones expresadas en los considerandos precedentes, este Tribunal no entra a pronunciarse sobre los demás fundamentos invocados por los señores senadores requirentes, por resultar innecesario.

Y VISTOS, lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 19 N°s. 24 inciso segundo y 26, 32 N° 8°, 60 N° 14, 61 inciso segundo, 62 inciso cuarto N° 2 y 82 N° 5, de la Constitución Política de la República, y lo prescrito en los artículos 38 a 45 y 48 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE: Se acoge la petición de fojas 1 y se declara que el decreto supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de fecha 8 de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de 2003, es inconstitucional.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Juan Agustín Figueroa Yávar, que fue de parecer de rechazar el requerimiento, en virtud de los siguientes raciocinios:

1°. Que un reclamo de inconstitucionalidad debe ir necesariamente enderezado a mantener una situación de constitucionalidad preexistente. De esta manera, si la impugnación de una norma –de prosperar– no evita una inconstitucionalidad sobreviniente, el recurso se torna inútil y sin verdadero contenido eventualmente correctivo. Así, si se impugna una norma esencialmente igual a una anterior, que subsistirá no obstante tener éxito el reclamo, no tiene sentido declarar la inconstitucionalidad de la segunda, pues sería una actividad jurisdiccional sin provecho, desprovista de toda consecuencia. En esta perspectiva, es necesario realizar una cuidadosa comparación entre el decreto supremo impugnado y las disposiciones

del anterior, lo que es particularmente perentorio frente a lo expresado por el Presidente de la República en cuanto afirma que *“el decreto impugnado no establece ninguna exigencia adicional o nueva para el desarrollo de la actividad de construcción, no confiere ni atribuye nuevas potestades o competencias a ningún organismo de la administración, no impone limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos constitucionales, ni agrega requisitos adicionales a los permisos de edificación y urbanización”*.

2°. Que este cotejo es necesario realizarlo poniendo en parangón cada uno de los incisos objeto de la pretendida modificación. En cuanto al inciso primero, el texto anterior y el reclamado contemplan que tratándose de toda clase de proyectos, residenciales o no residenciales, se exija un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, rasgo que es común en ambos. La diferencia se percibe en que, en tanto en el antelado se exige dicho estudio en función del número de estacionamientos que se consulten en un mismo predio, en el segundo se señalan tablas de cuya aplicación puede o no surgir su exigencia. Pero cabe particularmente destacar que la diferencia anotada no es sustancial, ya que mira a establecer parámetros de carácter técnico que la Administración indudablemente estima más perfectos, lo que dice relación con el mérito de la resolución, cuestión del todo ajena a cualquier reproche de inconstitucionalidad.

3°. Que el inciso segundo se diferencia del anterior texto en cuanto, ahora, se señala que el referido estudio deberá efectuarse mediante una metodología que aprobará el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones mediante una resolución exenta, la cual deberá llevar, además, la firma del Ministro de Vivienda y Urbanismo; en cambio, el anterior, encomendaba la dictación de la resolución respectiva sólo al último de los nombrados Ministerios, sin tampoco señalar que se trataría de una resolución exenta. De lo referido se colige que la primera disimilitud entre ambos textos, es en cuanto a que dejando asociado al Ministerio de Vivienda y Urbanismo a su génesis, señala a la primera Secretaría de Estado la mencionada responsabilidad.

4°. Que cabe analizar si el impugnado decreto supremo está invadiendo materias propias de una ley y vulnera en consecuencia la garantía de reserva legal y el principio de legalidad, en cuanto estaría atribuyendo a un Ministerio -en este caso el de Transportes y Telecomunicaciones- una función de la que antes carecería. Sobre el particular basta tener en vista lo preceptuado en la Ley N° 18.059, en cuyo artículo 1°, letra d), se le faculta para *“Dictar (. . .) las normas necesarias e impartir las*

*instrucciones correspondientes para el adecuado cumplimiento de las disposiciones relativas al tránsito terrestre por calles y caminos*". No es necesario un mayor análisis para concluir que la regulación de cómo abordar un Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, cae de lleno en la temática del tránsito por las calles de la ciudad, sin que sea relevante el origen o causa mediata de dicho impacto. Se desprende, en consecuencia, que la facultad, atribución o poder jurídico, y por ende la competencia en cuestión se la concede al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones no el decreto supremo impugnado, sino que la norma legal transcrita. Así, el acto de la Administración censurado sólo da cumplimiento a un mandato legal atingente, corrigiendo una omisión que se percibe en el modificado.

5°. Que cabe detenerse si la actual norma, en cuanto señala que la resolución respectiva es exenta, vulnera o no las disposiciones constitucionales que se indican y particularmente su artículo 88, que refiriéndose al trámite de toma de razón de decretos y resoluciones de la Administración, se remite a una ley que debe regularlo. Sobre el particular, cabe recordar que el actual inciso sexto del artículo 10 de la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, autorizó al Contralor a eximir del trámite de toma de razón a todos aquellos actos administrativos "*que no considerase esenciales*". En virtud de esta facultad otorgada por una ley vigente y que, consecuencialmente, no cae bajo la fiscalización de esta Magistratura, la Contraloría ha dictado sucesivas resoluciones que, por exclusión, señalan dichos actos administrativos exentos del control tantas veces referido. Dentro de esta exclusión está la comentada resolución que fija la metodología para realizar el Estudio de Impacto sobre el Sistema de Transporte Urbano, que ya estaba exigido en el anterior texto del decreto que ahora se pretende modificar. De esta manera, la exención en cuestión no arranca de la modificación reclamada, sino de la antelada decisión del Contralor, dictada en uso de sus facultades legales, que la eximió de aquel examen. De esta suerte, no es el decreto supremo objeto del requerimiento el que establece dicha exención, sino que ella emana de una decisión del órgano contralor, con explícito fundamento legal, ambos intangibles para este Tribunal. El tantas veces mentado decreto supremo sólo constató una situación jurídica preexistente y consolidada.

6°. Que en el mismo orden de ideas, es útil destacar que Contraloría tomó razón del decreto supremo requerido, lo que revela que lo estimó legal y constitucional, incluso en aquella parte que constataba la exención de toma de razón respecto de la resolución que aprobaba la comentada metodología. Es evidente el celo que pone dicha repartición en lo que son sus potestades, de manera que, el hecho de no haber reparado

el acto, es demostrativo que dicha repartición no estimó que el decreto supremo cercenará sus facultades contraloras. Se debe ponderar también que, la toma de razón le confiere al decreto supremo una sólida presunción de legitimidad, que sólo muy poderosas razones pueden desvirtuar.

7°. Que es particularmente importante destacar que los incisos subsistentes del decreto supremo que se pretendió modificar, no pueden ser objeto de censura y este Tribunal tampoco puede extender su competencia a su examen. Esta constatación es particularmente relevante debido a que las pretendidas violaciones a derechos constitucionales, no arrancarían de las normas modificadas, sino que de las que siguen vigentes del anterior decreto, que serían las que establecerían cargas, limitaciones o restricciones que vulnerarían la Carta. Dichas consecuencias, aún de ser efectivas, emanarían de situaciones jurídicas constitucionalmente también consolidadas, intangibles para esta Magistratura.

Remítase esta sentencia a la Contraloría General de la República para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, N° 17.997.

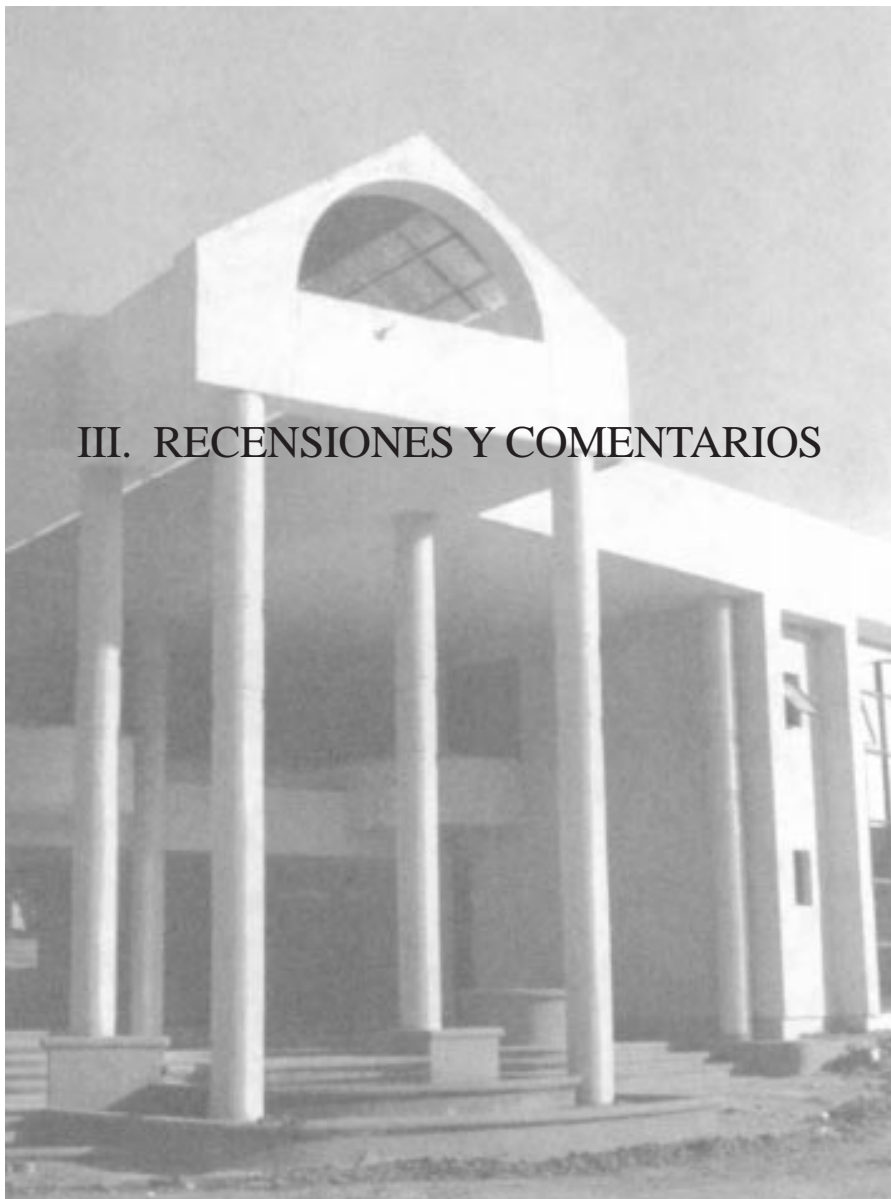
Redactaron la sentencia los Ministros señores Eugenio Valenzuela Somarriva y José Luis Cea Egaña.

Redactó la disidencia el Ministro señor Juan Agustín Figueroa Yávar.  
Comuníquese, regístrese y archívese.  
Rol N° 370.



---

### III. RECENSIONES Y COMENTARIOS





## TEMAS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Bordalí S., Andrés, Ed. Fallos del Mes, U. Austral de Chile, Valdivia,  
2002, 245 páginas.

Diego Palomo Vélez (\*)

La obra del profesor Dr. Andrés Bordalí Salamanca constituye ante todo una inteligente e interesante invitación a mirar la denominada Justicia Constitucional desde una perspectiva distinta a la que clásicamente estamos acostumbrados. En efecto, nos formula una propuesta distinta y novedosa: *intentar recuperar este tema para los procesalistas y la ciencia procesal*. Tarea nada de simple si ponemos atención en lo que ha sido nuestra realidad nacional y también la experiencia comparada. Un simple vistazo nos muestra que el análisis propiamente procesal ha quedado relegado a un muy secundario plano por quienes hasta ahora se han apoderado de estos temas: los constitucionalistas.

En otras palabras, es precisamente este *novedoso enfoque procesal* que el autor sigue lo que individualiza su obra y la diferencia claramente de la producción científica constitucional. Ahora, por cierto que la opción por este enfoque no obsta a que exista una constante conexión entre la disciplina procesal y la carta fundamental, y así queda claramente demostrado en cada una de sus páginas.

---

(\*) Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Profesor instructor de Derecho Procesal en la misma Universidad. Actualmente cursa créditos en el Programa de Magíster y Cursos de Doctorado en Instituciones de Derecho Público y Privado que la misma Universidad imparte en asociación con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.  
Artículo recepcionado el 30 abril de 2003. Aceptado por Comité Editorial el 14 de mayo de 2003.  
Correo electrónico: dpalomo@utalca.cl.

Es la compleja armazón de normas que organizan los tribunales y los procedimientos por los que se va a hacer realidad el respeto del principio de supremacía constitucional y la plena vigencia de los derechos fundamentales, el objeto de esta obra. Con una agudeza e inquietud que destacan, el autor va guiando al lector por las aguas de la Justicia Constitucional, pero ahora - como dijimos - desde una perspectiva propia del derecho procesal.

Con esta base o principio orientador sólidamente establecido, Bordalí da cuenta en la **Parte Primera** de su obra (que denomina Introducción) del origen y desarrollo de la disciplina del derecho procesal constitucional. Destaca principalmente aquí su detenimiento en torno a los fundamentos que sirven para identificar en esta disciplina una **autonomía** tanto respecto del derecho constitucional como del derecho procesal civil.

Asentado lo anterior, en su **Parte Segunda** (titulada: Atribución orgánica de la defensa de la Constitución) entra de lleno al tratamiento de temas de suyo relevantes en lo referido a la Justicia Constitucional. De hecho, en su **Capítulo Primero** se hace cargo de los órganos jurisdiccionales de control de supremacía constitucional en nuestro Derecho nacional. Particularmente interesante resulta el permanente interés del autor de atacar las cuestiones a través de importantes y agudas preguntas, especialmente en lo referente al *Tribunal Constitucional*. Entre ellas: a.- El Tribunal Constitucional ¿Resuelve problemas políticos o jurídicos?; b.- ¿Es su actividad de naturaleza jurisdiccional?; c.- ¿Dónde radica la legitimidad de los jueces constitucionales para arrogarse la defensa de la Constitución?. Interrogantes todas que reciben del autor una profunda respuesta.

En lo que respecta a la *potestad jurisdiccional ordinaria*, Bordalí transita un camino que plantea tres vías que reciben su correlato normativo en nuestro Ordenamiento Jurídico: a.- La declaración (o recurso o proceso) de inaplicabilidad ante la Corte Suprema; b.- Los procesos tuteladores de los derechos fundamentales ante las Cortes de Apelaciones, léase el proceso de protección, el hábeas corpus y el amparo económico; c.- Un tercer mecanismo lo constituye la actividad que corresponde a todo tribunal de la República en torno al respeto de las normas constitucionales y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su explicación en estos extremos, sin ceder en la prolijidad, resulta muy pedagógica y esclarecedora al lector.

En el **Capítulo Segundo** de esta Parte Segunda (y que le sirve de cierre), el autor

aborda la tutela de los derechos fundamentales por todos los jueces vía aplicación del **Principio de Proporcionalidad** o la defensa judicial del contenido esencial de los derechos fundamentales, estudio que aborda centrando la atención en la garantía contenida en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política y en el desarrollo del señalado principio.

La **Parte Tercera** (Procesos para la tutela de la Constitución y los derechos fundamentales) está directamente destinada al estudio de los diferentes mecanismos de protección de las libertades y derechos fundamentales que contempla nuestro derecho, siempre enfocando la problemática desde la perspectiva procesal. Por ello, el autor da comienzo a esta parte con un **Capítulo Primero** donde establece qué es un proceso constitucional, fijando las claves que le identifican y diferencian del tradicional proceso civil<sup>1</sup>.

Acto seguido se hace cargo - en sucesivos Capítulos y con profundidad - de los procesos constitucionales que contempla el Ordenamiento Jurídico nacional. A saber: a.- **Capítulo Segundo**: Los procesos para la defensa de la Constitución ante el Tribunal Constitucional; b.- **Capítulo Tercero**: El recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema; c.- **Capítulo Cuarto**: Los procesos ante los tribunales ordinarios para la tutela de los derechos fundamentales (Proceso de protección, Hábeas Corpus y Amparo Económico); d.- **Capítulo Quinto**: Legitimación activa en los procesos de tutela de los derechos fundamentales; e.- **Capítulo Sexto**: Regulación procesal para la tutela de los derechos fundamentales. En cada uno de los capítulos, Bordalí va planteando preguntas que le sirven de hilos conductores, cuyas respuestas van orientando al lector en torno a los exactos contornos (procesales constitucionales) de cada institución.

Especial interés y dedicación tiene el autor respecto al proceso de protección, convencido - por cierto - que la piedra angular de la defensa de los derechos fundamentales de las personas se encuentra en su **control jurisdiccional**. Justamente allí radica la razón por la cual algunos de ellos han sido objeto de una protección constitucional más enérgica (o reforzada, si se prefiere), a través de la previsión - en la propia carta

---

<sup>1</sup> Bordalí concluye que lo propio del proceso constitucional predispuesto por el legislador chileno para la tutela de los derechos y libertades fundamentales (y que le diferencia del proceso civil), radica en una mayor atribución de facultades procesales de dirección del proceso. Precisa que se trata de un proceso con principios completamente diversos del proceso civil, sino sólo una mayor intensidad en tales facultades, lo que reflejaría una mayor “**publicación**” de tales procesos, y que encontraría justificación en la mayor importancia y entidad de los derechos tutelados (p. 89).

fundamental - de específicas vías procesales para su defensa jurisdiccional, las que en su conjunto han venido a constituir un verdadero ***derecho procesal de rango constitucional***. No es antojadizo señalar que tales procesos se destacan como *elementos básicos* del sistema de Justicia Constitucional y posibilitan que el carácter normativo de la Constitución se traduzca en la existencia de genuinos derechos subjetivos accionables por los particulares sin necesidad de intermediación alguna.

En este contexto, el trabajo del profesor Bordalí aspira a constituir el primer paso en el análisis de este gran tema denominado Justicia Constitucional, pero ahora desde la perspectiva propia que brinda el ***derecho procesal constitucional***, como disciplina jurídica autónoma y diversa al derecho constitucional y procesal. De esta forma, la obra puede ser considerada pionera en la materia, y un gran aporte a la literatura jurídica relativa a la tutela de la Constitución y los derechos y libertades fundamentales.

En otras palabras, una obra que combina de modo perfecto la dimensión constitucional y procesal del objeto de estudio: La Justicia Constitucional.

## NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE IUS ET PRAXIS

1. La Revista *Ius et Praxis* es una publicación semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, que forma parte de la biblioteca electrónica SciELO. Su principal objetivo es estimular la discusión y comunicación en el mundo del Derecho, de una forma científica y abierta a la pluralidad del pensamiento, tanto al interior de la Universidad, como en la región y en el país. El Consejo Editorial acogerá aquellos artículos originales enviados por académicos e investigadores de la Universidad de la Talca, como de otras instituciones públicas o privadas interesadas en el desarrollo de las Ciencias Jurídicas a nivel nacional o internacional.

2. La Revista se compone de tres secciones: artículos, recensiones, y comentarios de artículos, libros o jurisprudencia. Los artículos deben ser originales, referidos a un estudio o investigación de interés en el mundo jurídico, que esté terminado o cuyo avance permita la comunicación de sus resultados. Aunque la revista considera artículos de diversa extensión, preferimos trabajos concisos, de hasta 70 páginas, tamaño carta a doble espacio. Las recensiones y comentarios deben ser substancialmente más breves.

3. Todos los artículos recibidos serán revisados por, al menos, dos miembros del Comité Editorial de la Revista, y por al menos dos pares académicos nacionales o extranjeros.

La revisión por los pares académicos es anónima.

4. Los manuscritos pueden ser presentados en cualquier época del año, bajo las siguientes normas:

- ☐ Todas las colaboraciones deberán ser enviadas en una copia impresa y una copia electrónica en disquete (programa Word para Windows) a espacio doble, letra times, tamaño 12, dirigidos al Director de la revista: 2 Norte 685, Universidad de

Talca, Talca, Chile. A esta presentación puede acompañarse el manuscrito como archivo adjunto al correo electrónico **revista-praxis@utalca.cl**.

- ❑ Cada artículo deberá estar encabezado por un resumen, de no más de 300 palabras, en español e inglés. Para facilitar el proceso de revisión anónima por pares académicos, solicitamos confinar a una primera página separable del texto principal el nombre del autor, grado académico, dirección postal, correo electrónico, afiliación institucional, información biográfica, agradecimientos y todo otro dato que pueda revelar la identidad del autor. Cada artículo irá además acompañado de las palabras clave o descriptores generales de la materia tratada, a efectos de facilitar su búsqueda y recuperación en bases bibliográficas electrónicas.
- ❑ Las notas y listado de referencias deberán colocarse al final del artículo. Las notas estarán construidas de la siguiente forma: apellidos en minúscula, salvo las primeras letras de nombres y apellidos, o las iniciales, año de publicación, título del libro en negrita, lugar de la impresión (en castellano), editorial y, cuando corresponda, número de página(s), en ese mismo orden. Si se trata de una publicación periódica o de una parte de un libro, el nombre del artículo o parte del libro deberá ir entre comillas, y el nombre de la publicación periódica en cursiva y si es libro en negrita. La cita de un libro se completará según lo señalado arriba, y la de una revista con la indicación del volumen, el número y, cuando corresponda, número de página(s).

Ejemplos:

- Para citar un libro: Llanos Mansilla, Hugo, **Teoría y práctica del Derecho Internacional Público**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p.134.
- Para citar un capítulo de un libro: Cançado Trindade, Antonio, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos” en **El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos**, Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1993, p. 240.
- Para citar un artículo de una publicación periódica: Bidart Campos, Germán. 1999. “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. *Jurisprudencia Argentina* 6148, p. 20.

5. Luego de revisados los trabajos recibidos, y de subsanadas por el autor las observaciones que se hicieren en el proceso de revisión, se procederá a su publicación en el plazo más breve posible. Los originales no serán devueltos.

6. Los artículos, notas e informaciones bibliográficas y los comentarios de sentencias publicados, podrán ser reproducidos parcial o totalmente, siendo necesario citar su procedencia. Los autores tendrán derecho al número de separatas de sus artículos y ejemplares de la revista que determine el Consejo.

7. La Revista *Ius et Praxis*, además de su edición en papel, tiene una edición electrónica que se encuentra en la página web de nuestra Facultad:  
[http://derecho.utalca.cl/iusetpraxis/ius\\_princ.html](http://derecho.utalca.cl/iusetpraxis/ius_princ.html)

