

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 material¹. 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

¹ 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, suprallegal. 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 aspectos². 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 ejecutivo³.

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

² Véase los respectivos artículos en el texto de esta publicación.

³ 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....”⁴. 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

⁴ 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 constitucional⁵. 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

⁵ 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 aprobó⁶. 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 5º inciso 2º 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 Hart⁷ 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

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

⁷ 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 soberanía⁸. 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 2º del art. 5º 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

⁸ 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 trate⁹. 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.

⁹ 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 ley¹⁰. 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 misma¹¹. 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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 parlamento¹².

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**"¹³, 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

¹² 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.

¹³ 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. 5° 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 católico¹⁴, 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.

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