

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989 AL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 5º 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 5º inciso 2º 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. 5º

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 contribuíramos 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 5º, 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 1º 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 1º y 5º .

#### **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 2º del artículo 5º 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. 5º inc. 2º, 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. 5º 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 5º 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 declarare 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. 5º reformado de la Constitución, se pregunta: ¿ 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 emanen de la naturaleza humana»?. En otras palabras, ¿es conceible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanen 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.