



FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE

Departamento de Derecho Público

**JERARQUÍA JURÍDICO NORMATIVA DE LOS TRATADOS
DE DERECHOS HUMANOS
EN EL ORDENAMIENTO INTERNO**

Memoria para acceder al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno, SERGIO PIZARRO AGUILERA

Profesor guía, ÁLVARO F. TEJOS CANALES

Santiago de Chile, 2010

TABLA DE CONTENIDO

	Página
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	
VISIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	
I.I Derechos Humanos	14
I.II Clasificación de los Derechos Humanos	18
I.III Características de los Derechos Humanos	20
CAPITULO II	
PLANTEAMIENTO DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA JERARQUÍA JURÍDICO-NORMATIVA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.	
II.I Postura del Tribunal Constitucional acerca de la Jerarquía jurídico-normativa	

de los tratados de Derechos Humanos.	22
II.II La Corte Suprema y la Jerarquía Jirídico- normativa de los Tratados de Derechos Humanos.	30
II.III La resolución de inaplicabilidad después de la Reforma del año 2005. Breves comentarios.	32

CAPITULO III

ANÁLISIS DE DOCTRINA

III.I Profesor Alejandro Silva Bascuñan	39
III.II Profesor Jorge Tapia Valdés	41
III.III Profesor Lautaro Ríos Álvarez	48
III.IV Profesor Claudio Nash Rojas.	52

CAPITULO IV

SOLUCIONES ADOPTADAS EN DERECHO COMPARADO AL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA JURÍDICO-NORMATIVA DE LOS TRATADOS DE

DERECHOS HUMANOS.

IV.I Constitución de la Nación Argentina. 59

IV.II Constitución de la República del Perú 63

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DEL TESISISTA 66

BIBLIOGRAFIA 74

RESUMEN

El presente trabajo analiza la posición jerárquica que ocupan los Tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno de nuestro país. El análisis y solución del conflicto no es una materia que se encuentre en calma en nuestra doctrina y jurisprudencia, sino más bien todo lo contrario ya que existe gran variedad de posiciones tanto doctrinarias como judiciales de interpretación de nuestro ordenamiento respecto de la materia.

En este sentido, se considera un aporte el analizar en forma objetiva, tomando en cuenta y analizando una gran variedad de posturas encontradas, la materia en cuestión. Esto, toda vez que los Derechos Humanos ocupan un rol preponderante en el estudio de la normativa jurídica, así su relación con el ordenamiento interno de cada país no deja de ser un tema fundamental.

El objetivo del presente trabajo es vislumbrar jurídicamente la posición jerárquica que ocupan los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos. Se comenzará con un breve análisis de estos en cuanto a su perspectiva histórica y contenido, para luego ingresar propiamente tal a la discusión principal acerca de su jerarquía en el orden interno.

En cuanto al tratamiento de la discusión central, se analizará jurisprudencia nacional de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, esto toda vez que dichos tribunales han tomado posiciones contrarias respecto de la materia. Luego se procede a analizar diferentes puntos de vista tomados por autores tanto nacionales como internacionales, con el claro propósito de ilustrar nuestra discusión. Posteriormente, a la luz de un autor en cada caso, se analiza el tratamiento que en derecho comparado se ha dado al conflicto. Aquí se estudiarán soluciones adoptadas tanto por sistemas jurídicos latinoamericanos como europeos.

Finalmente se realiza la conclusión de este trabajo, la cual no pretende zanjar la discusión, sino más bien ser un aporte a ella.

INTRODUCCIÓN

En la tesis que se presenta abordaremos lo referido a la jerarquía jurídico-normativa de los Convenios y Tratados de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico en conformidad a las normas del Estado de derecho y en especial en nuestra Carta Política; para cuya necesaria explicación convendrá analizar la legislación y doctrina comparadas, justamente, en razón de la estructuración que en el Derecho Internacional tiene la cuestión que se trata.

Lo principal del estudio se refiere a cual sea el rango jerárquico que dichos tratados e instrumentos les sea reconocido en nuestro sistema interno, toda vez que se analizarán las posturas adversativas que se allegan en la doctrina y jurisprudencia nacionales acerca de la propuesta de solución de la temática que se trata. Mientras algunos resuelven el asunto sosteniendo que los Tratados de Derechos Humanos poseen categoría jerárquica supraconstitucional, otros conceden

a aquellos una infraconstitucionalidad legal, habiendo además quienes le significan un rango constitucional.

El estudio discurre por el concepto de Derechos Humanos y su interpretación histórica. Luego procederá a encauzarse de manera directa en la cuestión principal de lo que viene a entenderse por la jerarquía jurídico-normativa en enfoques doctrinal y jurisprudencial nacional, extranjero e internacional. Con todo, habrá de concluirse en el intento de definición personal.

Así pues, cabrá hacer comentarios de sentencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en trasunto de visiones contrapuestas. Habrá lugar a la visión doctrinal y a la desinencia se hará la enunciación, análisis y justificación de la solución jurídico-normativa propuesta por el tesista.

CAPÍTULO I

VISIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hablar de Derechos Humanos exige clarificar el momento histórico a partir del cual ellos se volvieron relevantes para la sociedad en su conjunto. En el escenario internacional acaecen hechos que contribuyeron por su elocuencia a vislumbrar cierta noción de Derechos Humanos; todo, principalmente, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Es importante considerar que la fase de internacionalización de los mismos fue precedida de una evolución que se inicia en la época de la Ilustración (a partir de fines del siglo XVII)¹, en que las ideas de Dignidad, Libertad e Igualdad comienzan a centralizarse en el pensamiento humano.

La internacionalización de los Derechos Humanos se enfatiza aún más con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, así queda ejemplificado en las siguientes acciones²:

¹ Zalaquett José, APUNTES CURSO: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Año 2005, Pag.1

² Ibid. Pág. 2

Carta de las Naciones Unidas, cuyos objetivos son mantener la paz, desarrollar relaciones amistosas y alcanzar un grado de cooperación internacional

En la post- guerra se forjó un nuevo orden mundial, que entre varios de sus componentes ha de advertirse un orden normativo humanitario formado en base a tres sistemas normativos internacionales: el de los derechos humanos, el del derecho internacional humanitario y el de protección a los refugiados. Se comienza a desarrollar un Derecho Penal Internacional.

Por otra parte dicho orden internacional normativo comienza a vivenciar cambios como el que los hombres se transforman en sujetos de Derecho Internacional. Por otra parte el carácter ético de los acuerdos internacionales se empieza a debatir encaminando el argumento a que los Estados respeten y garanticen los derechos consagrados en las normas internacionales. A partir del consenso en estos extremos se

facilita una acción ciudadana internacional en favor de los Derechos Humanos.

En consecuencia, el desarrollo de los Derechos Humanos se puede distinguir internacionalmente en cuatro fases³:

1° Fase: desde el fin de la guerra hasta los años sesenta, predominando la actividad intergubernamental, o sea internacional (ONU), o regional (OEA).

2° Fase: cuando a partir de la década de los sesenta se refuerza un activismo ciudadano mediante organizaciones no gubernamentales internacionales como Amnistía internacional.

3° Fase: de cambios políticos del período post guerra fría con una agenda de Derechos Humanos inclusiva de la preocupación por el iter de las transiciones a la democracia; cobrando en este período nueva importancia el debate sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

³ Ibid. Pág. 6-7

4° Fase: post 11 de Septiembre de 2001 con el ataque terrorista en Nueva York y Washington, con lo cual se matiza la evolución de los Derechos Humanos ahora marcada por el objetivo de contener y erradicar redes de terrorismo internacional; caracterizándose esta fase por la tendencia a justificar la restricción de determinados derechos como asimismo expresando preocupación de que la nueva tendencia conduzca a extremos injustificados (etapa que no puede caracterizarse detalladamente porque se encuentra aún en plena formación).

Trasladándonos al escenario latinoamericano se puede dar cuenta que sólo hace pocos años se tiene en la palestra el debate de los Derechos Humanos, pues comienza a hablarse de ellos a partir de los años 70 debido a los diversos conflictos políticos y sociales que pusieron al descubierto la crítica situación de los Derechos Humanos en la región; a saber, golpes de estados, huelgas, etc. Estos hechos generarán que la población latinoamericana comience a defender y proteger los Derechos Humanos, estableciendo principios, normas y

mecanismos encaminados a proteger la vida y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Actualmente Latinoamérica vive otro momento fundado en fortalecer la democracia para que los gobiernos incluyan el respeto a los Derechos Humanos en sus acuerdos regionales y formen organismos e instituciones promotoras de su defensa.

I.I Derechos Humanos

Hablar de Derechos Humanos supone un transcurso histórico que abre lugar a una pluralidad de denominaciones todas anidadas en su esencial fundamentación. Al efecto Agustín Squella⁴ plantea que la denominación más frecuente para esta clase de derechos es “Derechos Humanos” o “Derechos del Hombre”, y así enfatizar su carácter universal. Tal denominación enseña que el fundamento de estos derechos halla su máxima expresión en la misma existencia humana y su extensión a todos los hombres.

⁴Squella Narducci, Agustín. Introducción al Derecho. Editorial jurídica de Chile año 2000. Pág. 157-159

También existe la denominación de “Derechos Fundamentales”; con lo cual pretende destacarse el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos.

Otra denominación corresponde a la de “Derechos Naturales o Derechos Morales”; siendo ésta menos frecuente a su vez ha de entenderse en que la primera de ellas se apoya en una fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos y la segunda en una fundamentación ética de los mismos.

Además podemos allegar expresiones como “Derechos Constitucionales”, o bien “Garantías constitucionales”, poniéndose de manifiesto que se trata de derechos consagrados en el ordenamiento jurídico nacional a nivel constitucional.

Ya que advertimos diversas y análogas denominaciones para el concepto de Derechos Humanos, resulta exigido tener presente que aquellas derivan, obviamente, de la fundamentación con que se les conceptúe. Por lo que a tal

respecto e influidos con el teórico ya citado, cabe sostener los siguientes criterios de fundamentación⁵:

Una fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos que los considera derechos naturales, esto es, prerrogativas inherentes a la persona humana que se vinculan a una concepción como la expresada por Juan XXII, *“en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que por tanto, de esa misma naturaleza directamente, nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables”*.

Asimismo, lo que se denomina fundamentación ética de los Derechos Humanos, considera éstos como derechos morales lo cual conduce a una definición de que tales Derechos Humanos son Derechos Morales inherentes a los hombres; no

⁵ Ibid. Pág 164-165.

por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por circunstancias en que un individuo puede encontrarse; sino por el simple hecho de ser hombres.

La fundamentación histórica de los Derechos Humanos conduce a la idea que se forma en el progresivo reconocimiento, respeto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad de individuo y persona irrepetibles.

Por último, una fundamentación racional de los Derechos Humanos, los considera como Derechos pragmáticos, o sea, derechos que posee todo ser dotado de competencia comunicativa.

Así, se aprecia que no existe un único concepto de Derechos Humanos puesto que ello dependerá de la corriente de fundamentación de que se trate.

I.II Clasificación de los Derechos Humanos

Todos los Derechos Humanos se hallan provistos de la misma importancia de manera que no cabe admitir alguna preeminencia de alguno sobre otro. Es así como un criterio de clasificación puede darse en la razón del sujeto que los ejercita.

Veamos:

- Derechos Individuales, que responden a intereses particulares o individuales del ser humano y los ejerce cada persona en su favor.

- Derechos Sociales, vinculados a intereses colectivos o de grupos sociales. Los ejercen personas a favor de grupos sociales, como los trabajadores.

Un segundo criterio de clasificación es el que atiende a la naturaleza de los Derechos Humanos⁶:

- Derechos civiles y políticos, que dan protección a la

⁶ Amnistía. Orígenes de la declaración Universal en: <http://amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-a21.html>

libertad e integridad personal, así como nuestra participación en los asuntos políticos.

- Derechos económicos, sociales y culturales, protegen el derecho a disfrutar de condiciones de vida digna, atendiendo las necesidades económicas, sociales y culturales de las personas.

- Derechos de solidaridad o derechos del pueblo, atinentes a la protección de las naciones o de los pueblos como unidades culturales que habitan un territorio determinado.

I.III Características de los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos poseen características que los perfilan como lo que son, a saber⁷:

- Universales: esto quiere decir que pertenecen a todas las personas, sin distinción de raza, religión, nacionalidad o sexo.

- Irrenunciables, pertenecen a cada persona humana, por eso no se pueden trasladar de una persona a otra. Por todo, constituyen un cuerpo integral, único indivisible: conforman parte de un todo que no se puede dividir.

⁷ *Ibíd.*

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA JERARQUÍA JURÍDICO-NORMATIVA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

La recepción de los tratados como parte del ordenamiento jurídico interno ha tenido diversas soluciones según la postura doctrinaria que la enfoca. Luego, algunos sistemas les asignan igual jerarquía que la ley, otros le confieren jerarquía supralegal pero infraconstitucional, también hay sistemas que reconocen una jerarquía constitucional o incluso supraconstitucional.

La cuestión jerárquica, de suyo relevante, se da con mucho sentido si nos atenemos a sus consecuencias de diverso orden como su vigencia y procesabilidad.

Así, podemos enfrentarnos a los efectos derogatorios de los tratados frente a las normas del ordenamiento jurídico nacional que les son contrarias; lo cual quiere decir que cuando

una nación aprueba la integración de un Tratado de Derechos Humanos, se produciría una derogación tácita de los preceptos que le son contrarios. De esta manera, se puede apreciar que no da igual tratados de rango legal, constitucional o supraconstitucional.

Analicemos los planteamientos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional en encontradas posiciones de la jerarquía normativa de los Tratados de Derechos Humanos.

II.I Postura del Tribunal Constitucional acerca de la jerarquía jurídico-normativa de los Tratados de Derechos Humanos⁸

La proposición del Tribunal Constitucional en la materia se conoce a través de un requerimiento formulado por un grupo de diputados que impetraban la declaración de inconstitucionalidad respecto de la ley aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este fallo, es muy

⁸ Sentencia Rol de Ingreso N° 346 del año 2002, dictada por el tribunal constitucional.

exhaustivo y minucioso en su análisis acerca de la jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos; primeramente indicaba, en un tema ya resuelto por la última modificación constitucional del año 2005, que si un tratado incluía normas propias de ley orgánica constitucional entonces resulta inevitable ejercer un control de constitucionalidad necesario. Además, en postura inmodificable se sostuvo que todo tratado ha de sujetarse a la Constitución Política de la República, no solo en el procedimiento de aprobación y ratificación, sino que, principalmente, en su contenido; de modo que siendo contrario a la Carta Fundamental carecía de realidad existencial.

En esta sentencia se agregaba que en razón de su soberanía, el Estado ha de darse la organización que estime conveniente atribuyendo las potestades del caso; por lo que el ejercicio de tales potestades supone su ejercicio de conformidad a la Constitución. Por ende, se precisa que el Estado puede celebrar acuerdos, pero que estos no pueden significar la renuncia a dichas potestades. De esta manera ningún convenio,

pacto o tratado puede transgredir la soberanía de que goza la Nación.

El artículo 5 de la Constitución Política de la República señala 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.”* Redacción que ha llevado a parte de la doctrina a pretender que los tratados sobre Derechos Humanos tendrían rango constitucional, de manera que incluso podrían alterar la aplicación de la Carta Fundamental.

Así, el Tribunal Constitucional hace presente que con anterioridad a la reforma de 1989 había una opinión unánime en el sentido de que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional. Fue después de producida esta reforma que una parte de la doctrina comenzó a sostener que los tratados que versarían sobre

Derechos Humanos adquieren rango constitucional, por lo que, incluso, serían idóneos para modificar el texto de constitucional.

Sin embargo, el juez constitucional precisa que no obstante la reforma de 1989 el constituyente derivado no consagró que los tratados internacionales sobre Derechos Esenciales tuvieran jerarquía igual o superior a la Constitución. De hecho tampoco se desprende fehacientemente de la historia fidedigna de la ley lo contrario, y en consecuencia admitir una supremacía constitucional para tales tratados no se condice con una interpretación adecuada del sentido genuino e histórico del precepto de que se trata.

Este argumento también se apoya en la circunstancia de que el constituyente mantuvo la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de preceptos de tratados internacionales de Derechos Humanos que fueren contrarios a la Constitución Política; tomando en cuenta que la base de dicho recurso y su causa es la prevalencia de la Constitución sobre las leyes y los tratados.

El profesor Raúl Bertelsen afirmó que no cabe duda de que los tratados internacionales poseen un rango menor que la constitución, ya que de lo contrario carecería de sentido el hecho de contrastarlas con la normativa constitucional para declarar su inaplicabilidad. Además, ya en 1987 el Tribunal Constitucional había señalado que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales. Criterio que no fue alterado con posterioridad a la reforma de 1989 ni hoy después de la reforma del año 2005. Aun más, la misma judicatura en el año 2000, señaló que si un tratado contiene normas propias de ley orgánica constitucional el quórum para su aprobación en el congreso deberá ser el mismo establecido para este tipo de leyes. He aquí otro argumento para sostener que es indudable que los tratados internacionales, y en particular los tratados de Derechos Humanos, deben estar sujetos a la Carta Política y por ende son de jerarquía normativa infraconstitucional.

De su lado, el profesor Lautaro Ríos aseveró que la desmesurada pretensión de identificar el rango de los tratados

internacionales sobre Derechos Humanos con la suprema jerarquía de la constitución, colisiona abruptamente con el sistema de control de constitucionalidad de la ley, tanto preventivo como represivo, que no sería operable si los tratados sobre Derechos Humanos tuvieran rango constitucional per sé. Sobre este punto estimamos que sostener que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos puedan modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control preventivo de constitucionalidad de los tratados del artículo 93 número 3 de la Constitución Política de la República y el a posteriori del artículo 93 número 6 del mismo cuerpo normativo fundamental.

Por todo, nuestra conclusión es inevitable en lo obvio: ¿Qué sentido tiene sostener constitucionalmente estos controles si las normas del tratado sobre Derechos Humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?

Incluso, podríamos conducirnos al absurdo que mediante un quórum de reforma de mayoría relativa podría

modificarse la Carta Política que exige el quórum de 3/5 o 2/3 dependiendo del capítulo de que se trate.

Asimismo, el juez de la constitucionalidad previene que el sentido a reconocer en el artículo 5° de la Constitución reside en que el Constituyente desea dar énfasis a los Derechos Fundamentales, señalando además que los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover no solo los derechos consagrados en la Constitución, sino que también los contenidos en Tratados Internacionales ratificados por Chile.

Ahora bien, el artículo 6° de la Constitución Política consagra el principio de supremacía constitucional en el sentido que “los órganos del Estado deben someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.” Luego, el artículo 93 número 3 dispone que “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3.- Resolver sobre 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”.

Analizando las normas constitucionales con un criterio armónico, sistemático y pertinente, no es posible sostener que los Tratados sobre Derechos Humanos detenten un rango igual o superior a la Constitución, de tal manera que si dicho tratado contiene normas contrarias a aquella, sólo podría válidamente incorporarse al ordenamiento jurídico interno previa reforma constitucional.

Por eso adherimos a la postura del Tribunal Constitucional que se basa en un estudio armónico del articulado constitucional al sostener la imposibilidad de reconocer jerarquía constitucional o supraconstitucional a los Tratados de Derechos Humanos, por el contrario creemos que la conclusión del juez constitucional se aproxima a otorgar un rango supralegal a los tratados en cuestión. Esto es, no cabe igualarlos a la Carta Fundamental; la armonía de la regulación jurídico-constitucional lo hace inviable.

II.II La Corte Suprema y la jerarquía jurídico-normativa de los Tratados de Derechos Humanos.⁹

En causa rol de ingreso N° 517-2004, la Corte Suprema conoció el recurso de casación en la forma de los autos rol 2182-1998 en cuyo 35° considerando de la respectiva sentencia, manifestó con mayor claridad su punto de vista en la cuestión jerarquía que reflexionamos.

En ese 35° considerando la Corte señala que el Estado de Chile al suscribir convenios como los de Ginebra, se impuso la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio. Agrega el juez supremo que si mediante tal Convenio se intenta garantizar los Derechos Esenciales que emanan de la naturaleza humana, por esa circunstancia el mismo tiene aplicación preeminente sobre cualquier otra disposición normativa. Destaca la sentencia que en reiteradas ocasiones la Corte ha manifestado que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la

⁹ Sentencia Rol de ingreso N° 517 del año 2004, dictada por la Corte Suprema.

naturaleza humana. Esto porque dichos valores, los Derechos que emanan de la naturaleza de los hombres, son superiores a toda norma de que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente. Ergo, resulta el impedimento que los Tratados de Derechos Humanos sean desconocidos o se valoren infraconstitucionalmente.

Esta postura de la Corte Suprema se orienta en admitir y valorar que los Derechos Humanos son de jerarquía supraconstitucional, o al menos del mismo rango que la Constitución. En efecto, enseña el sentenciador que tales derechos pertenecen a la humanidad por el hecho de ser tales, y no pueden depender del reconocimiento de un Estado en particular. Con esto la Corte Suprema asume que los Derechos Humanos nacen y son anteriores a la constitución de un Estado, pertenecen al hombre por el hecho de tal y tienen aplicación preferente respecto de todo sistema jurídico interno.

La posición de la Corte Suprema permite que los Tratados de Derechos Humanos se hallen en la cúspide de la pirámide

jerárquica, precaviéndose de esta manera que los preceptos tenga un aplicación preferente a la Constitución Política de la República. Tal es el resultado de la teorización jurisprudencial.

II.III La resolución de inaplicabilidad después de la Reforma del año 2005. Breves comentarios.

El artículo 93 de nuestra Carta Fundamental enumera las atribuciones que se otorgan al Tribunal Constitucional. Entre las atribuciones atinentes a nuestro estudio, podemos mencionar las siguientes.

- N°1.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y *de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas*, antes de su promulgación.
- 3°.- 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.

Sin perjuicio de no estar señalada en los numerales anteriores, y de no tener una directa relación con nuestro estudio, nos parece importante desarrollar brevemente algunos comentarios sobre la nuevas implicancias del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, establecido en el artículo 93 numeral 6°.

El artículo en mención, señala que es una atribución del Tribunal Constitucional... N° 6.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

Requisitos del recurso de inaplicabilidad.

El artículo 93, en su inciso undécimo, señala cuales son los requisitos de procedencia de este recurso. *El recurso puede ser planteado por cualquiera de las parte o el juez que conoce del asunto, debe existir una gestión pendiente ante el tribunal*

ordinario o especial, el precepto legal impugnado debe resultar decisivo en la solución del conflicto y que la impugnación este fundada razonablemente.

El Tribunal Constitucional, a través de múltiples fallos ha comentado el cambio que se produjo en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, luego de la reforma Constitucional del año 2005. En Sentencia dictada en causa Rol número 478 de fecha 08 de agosto de 2006, el Tribunal ya esboza las características del cambio, señalando en su considerando décimo quinto “El precepto (alude al artículo 93 número 6) revela que la magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión...”. En este fallo, la magistratura analiza los tres elementos a que hace alusión, los cuales son:

- La norma constitucional.
- El precepto legal cuya inaplicación se solicita.

- El examen particular acerca de si en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado, pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella.

Del análisis de los elementos resulta lógico concluir que un precepto legal pudiera estar en perfecta consonancia con la norma Constitucional y sin embargo, en su aplicación al caso particular, generar efectos contrarios a la Carta Fundamental, provocando la necesaria declaración de inaplicabilidad.

Siguiendo con el análisis, el Tribunal Constitucional en fallo recaído en autos Rol 473 de fecha 08 de mayo de 2007, realiza el cambio que ha sufrido este recurso. Nos indica que mientras en el texto anterior a la reforma, este recurso era conocido por la Excma. Corte Suprema y versaba sobre una confrontación directa entre la norma legal y el precepto Constitucional, hoy después de la reforma el Tribunal Constitucional el examen abstracto de constitucionalidad se encuentra relativizado por las características y circunstancias del caso fáctico concreto.

Señala el Tribunal en el mismo fallo, que hoy la resolución de inaplicabilidad no implica una declaración abstracta y universal de la contradicción entre el precepto legal y el constitucional, la misma norma podría perfectamente ser declarada constitucional en un caso concreto distinto.

Otro aspecto importante de analizar, es el señalado por el Ministro del Tribunal Constitucional, Mario Fernandez Baeza, en sentencia Rol 480 del mismo Tribunal. Señala el Ministro que el actual recurso de inaplicabilidad obliga al Tribunal a ejercer una confrontación entre el precepto constitucional y *los resultados de la aplicación de un determinado precepto legal*, es decir, el estudio se complejiza toda vez que el Tribunal deberá primer dilucidar las consecuencia o resultados de la aplicación de una determinada normativa, y luego revisar si dichas consecuencias son contrarios al fin perseguido por la Constitución. Aún más, señala el Ministro que la situación se complejiza más, cuando se presentan acciones de inaplicabilidad respecto de preceptos legales por aplicar.

El último aspecto a tratar, no por ello menos importante, es la distinción entre la acción de inaplicabilidad establecida en el número 6 del artículo 93 y la contenida en el número 7. Esta última acción contempla “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6”.

La diferenciación esta dada porque nuestro legislador distinguió claramente entre la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que no significa que el precepto legal sea inconstitucional per se, sino que únicamente en el caso concreto en que se ha presentado el requerimiento la norma legal no podrá aplicarse por producir efectos contrarios al fin perseguido por nuestra Carta Fundamental. Cosa distinta ocurre con el requerimiento establecido en el numeral 7° de la Constitución, el cual tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico una norma legal contraria a nuestra Constitución, ya no aplicada al caso concreto, sino en forma general y universal. Esta declaración podrá ocurrir cuando una norma legal haya

sido declarada inaplicable en uno o más casos concreto y adolece además de una contradicción completa y universal con los preceptos Constitucionales.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE DOCTRINA

III.I Profesor Alejandro Silva Bascuñán

En su obra “Tratado de Derecho Constitucional”¹⁰, el autor señala que en la comisión Ortúzar se sostuvo que dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que se encuentran por debajo de la constitución, pero anterior a la ley común y todas las otras normas jurídicas que se dicten dentro del Estado. De esta manera debe prevalecer todo el contenido que se encuentra en los tratados en la medida que estos se hayan tramitado regularmente y su contenido se encuentre en consonancia con los preceptos constitucionales.

La conclusión de esas palabras orienta a sostener que los tratados regularmente aprobados, ratificados y promulgados, prevalecen en el derecho interno, en la medida en

¹⁰ Silva Bascuñán, Alejandro. Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, año 2000

que sean aplicables y cuando su contenido no se oponga a los preceptos de la Constitución Política de la República.

Una segunda conclusión del autor dice relación con la jerarquía que le otorga a los tratados. Queda consagrada una jerarquía inferior al grado constitucional, pero que se muestra con una preponderancia mayor a una ley común y a toda otra norma que emane del Estado. Por lo tanto los tratados superan a las normas que se ubican en un grado jerárquico menor, dejándolas sin efecto a través de una especie de derogación tácita. Mas esto solo ocurre en función de la aplicación del propio tratado, es decir, en todo lo que la norma se oponga a disposiciones del propio tratado.

Así, los tratados se ubican en rango legal, hecha la salvedad de que en el conflicto de ambas normas, el tratado deberá gozar de una aplicación preferente respecto de la ley.

III.II Profesor Jorge Tapia Valdés

El artículo, llamado “*Los tratados de Derechos Humanos como normativa supralegal*”¹¹ refiere los Tratados de Derechos Humanos como fuente del derecho constitucional chileno. Planteado el asunto jerárquico, la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional, como asimismo los efectos de la reforma de 1989 en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución; ha de conducir a este teórico a, primero, reflexionar sobre la correcta determinación de cuáles serían los tratados que se entienden de la naturaleza de ser de Derechos Humanos. Luego, se trata de aquellos que aluden los "Derechos Esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el alcance de esta frase 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 cuál sea su objeto principal.*” Sin perjuicio de lo cual, nuestro autor estima

¹¹ Tapia Valdés, Jorge. Revista Ius et Praxis V9 N°1, año 2003

que la historia fidedigna del artículo 5 inciso 2° en cita no da pie para aceptar una interpretación tan amplia como la propuesta por la Corte Interamericana 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.

Una primera postura del autor indica que los derechos contemplados en el tratado ya ratificado puesto 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, pueden ser regulados por el

legislador y limitados o restringidos temporalmente por el ejecutivo en los casos en que procede el estado de excepción.

La segunda postura apunta a que en nuestro ordenamiento jurídico se asienta clara y totalmente el principio del 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, que el establecimiento del actual inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, es sólo un caso más en que se acepta la limitación de la soberanía nacional en post del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Queda de manifiesto que esa limitación se traduce en la modificación de 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.

Por otra parte el autor estima que el Tribunal Constitucional no puede objetar un tratado que incorpora nuevos derechos, aunque desde el punto de vista de alguno de sus miembros esos derechos parezcan 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 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 afectado, incluso principios como el de soberanía nacional y con más razón reglas de competencia de órganos nacionales. Para el autor es importante analizar si los Tratados sobre Derechos Humanos, o incluso los tratados en general, tienen un rango supralegal propiamente tal. Al respecto señala que un análisis del artículo 66 de la Constitución, no permite entender que existan leyes de distintas jerarquías, status o efectos, sino simplemente casos de mayor o menor rigidez, a consecuencia de una opción ideológica política. 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. 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 su artículo 127 la Constitución establece 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 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.

El autor estima que para que se produzca efecto anulatorio o de inaplicabilidad la ley nacional por efecto del tratado, debe cumplirse con el requisito expuesto por el Tribunal Constitucional en cuanto las respectivas disposiciones

se aprueben con los quórum que correspondería si se estuviere discutiendo una ley en el parlamento. 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.

Los Tratados de Derechos Humanos no pueden ser revisados por el legislador, salvo para elevar el status de las garantías que conceden respecto de ciertos Derechos Esenciales. El autor también aborda el principal conflicto en materia de aplicación de los tratados, que dice relación con el rango constitucional o no de dichos cuerpos legales. Para él, es un problema que doctrinariamente se denomina de la "*reforma implícita*"; 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. 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 haber reforma implícita, corresponde concluir que la Constitución en sí no ha sido modificada y en consecuencia el tratado no es Constitución ni en sentido formal ni material.

III.III Profesor Lautaro Ríos Álvarez

Su posición la reflexionamos a partir de su texto “*Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos*”¹². El docente intenta dilucidar la fuerza y jerarquía normativa que el derecho interno chileno ostenta a los Tratados de Derechos Humanos, para lo cual abarca una discusión originada en la reforma constitucional introducida por la ley 18.825 de 1989 que modifica el tantas veces citado inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política. La oración incorporada da pie para que una buena parte de la doctrina chilena estimara que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos pasaron a tener el mismo rango jerárquico que la Constitución. Mas, para el profesor Ríos esta conclusión solo responde a la complacencia con que parte de la doctrina, comprometida con los Derechos Humanos, vería como los tratados de Derechos Humanos adquieren rango constitucional. Pero en realidad para él esta conclusión solo se obtiene con una

¹² Ponencia presentada al seminario sobre “constitución política de la República y tratados internacionales”. Publicada en Revista de ciencias sociales universidad de Valparaíso, N° 42 año 1997.

especie de “*magia interpretativa*”¹³ que fuerza un sentido al texto que no necesariamente tiene.

La oración que agregó la reforma es la siguiente: “*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Cabe mencionar que el artículo citado ya contenía una fuerte protección a los Derechos Humanos al establecer que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Por ello, quizás, es que para Lautaro Ríos el único sentido posible de la reforma es asignar a los Tratados de Derechos Humanos el rango constitucional, ya que la protección de estos ya existía.

Así las cosas, el sentido de la reforma es reforzar y complementar el texto primitivo del artículo 5° que ya enfatizaba que la soberanía no era una potestad absoluta e ilimitada, pues se reconocía – y reconoce – que tiene una

¹³ Ríos, Lautaro. Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, revista de ciencias sociales, universidad de Valparaíso, N° 2 año 1997

limitación en los derechos que emanan de la naturaleza humana, por cuya razón no solo se limita por los derechos reconocidos en la Constitución. En este sentido el deber de promoción que impone la reforma, es un cambio sustantivo respecto del primitivo texto.

La obligación de promoción de los Derechos Humanos aparece por primera vez en la constitución italiana de 1947 en su artículo 3 inciso 2º, que en comentario del profesor Alessandro Pizzorusso se significaba que la promoción consiste en *“perfilar la actividad de los poderes públicos no solo a la abolición de las discriminaciones desfavorables, sino también a la realización de actividades positivas de intervenciones encaminadas a corregir las desigualdades de hecho originadas en injusticias del pasado o, incluso, en meras causas naturales”*¹⁴. Luego de la Constitución italiana, varias han sido las cartas fundamentales que han normado este deber de promoción, entre ellas la española.

¹⁴ A.Pizzorusso: “Lecciones de Derecho Constitucional”, T1. Pág. 164, centro de estudios constitucionales, Madrid 1984.

He aquí el argumento de Lautaro Ríos para instalar la idea de que la reforma al artículo 5° jamás pretendió elevar a los tratados internacionales de Derechos Humanos a un rango constitucional, sino que intentó otorgar a estos derechos un sentido más amplio que su solo respeto. Entendiendo que el respeto a los Derechos Humanos es una obligación del Estado, la reforma intenta ahora no solo que el Estado se conforme con respetarlos, sino que actúe fuertemente para promoverlos, es decir, que genere la eliminación de odiosas discriminaciones que dañan la misma esencialidad de la persona.

III.IV Profesor Claudio Nash Rojas

El profesor de la Facultad De Derecho de la Universidad de Chile, don Claudio Nash Rojas, en su texto denominado *“La incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos humanos en el ámbito nacional”* nos acerca a la idea que estudiar la recepción de los instrumentos internacionales tiene dos aristas de fundamental importancia. Una es, cómo se incorporan dichos cuerpos normativos al orden interno, y la otra, es con qué jerarquía se posicionan en la pirámide normativa. El segundo aspecto es el que más nos interesa en este estudio, sin embargo el primer tema nos ilustrará acerca del tratamiento que le asigna la Constitución a los instrumentos internacionales.

La forma en que un Estado resuelve la incorporación de normas internacionales a su orden interno es una prerrogativa propia de dicho Estado. Sin embargo, esto no le sirve para evadir su responsabilidad internacional. A mayor abundamiento, nos referimos a que ante una violación a los Derechos Humanos, el Estado no podrá justificar dicha

violación en que el tratado se ubicaba en tal o cual jerarquía en su orden normativo interno.

En Chile, las normas internacionales deben cumplir con ciertos requisitos para tener validez. Los tratados internacionales son negociados, firmados y ratificados por el Presidente de la República. El Congreso solo puede aceptarlos o rechazarlos antes que el Presidente ratifique. Según los artículos 32 número 15 y 54 número 1 de la Constitución, el procedimiento ante el Congreso se somete a los mismos trámites de una ley. Puede ocurrir también que haya un examen del tribunal constitucional conforme se previene en el artículo 93 número 3 del mismo código político.

Para el profesor Nash, estas consideraciones que homologan el tratado a la ley son incorrectas, ya que en primer lugar lo que ejecuta el Congreso es un acuerdo de aprobar el tratado, no una ley. En segundo lugar, lo que se publica es el texto del tratado, no un texto de ley. Respecto del control de constitucionalidad, el profesor Nash lo estima lógico, toda vez

que al ratificar un tratado se debe cuidar que este no colisione con algún precepto constitucional, y de ser así, el texto de la Carta Fundamental deberá ser enmendado. Todo el procedimiento anterior, según el profesor Nash indica un tratamiento diverso entre los tratados y la ley.

En materia de jerarquía del tratado, la Constitución no fijaría regla alguna por lo que debiera acudir a la jurisprudencia. En general, se entiende que los tratados tienen una posición más alta que la ley común, esto en apoyo a la tesis de la supralegalidad¹⁵. Hablamos aquí de cualquier tipo de tratado internacional, incluso de los principios generales y costumbre internacional.

El docente, al analizar la jerarquía de tratados internacionales sobre Derechos Humanos plantea una modalidad de trabajo como la del profesor Lautaro Ríos. Como punto de partida de la discusión enuncia la reforma de 1989 al

¹⁵ Se sigue aquí un estudio jurisprudencial del profesor S. Benavada, "las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos", editorial jurídica de Chile, Santiago 1992, pp.9-59.

artículo 5° constitucional; resultando, sin embargo, el enfoque y resultado de su análisis diferente.

En primer lugar, se pone en relieve el momento histórico en que se desarrolla la reforma; propuestas luego de 17 años de un gobierno autoritario en que el objetivo principal de los partidos políticos de oposición consistía en perfeccionar una institucionalidad de Derechos Humanos, dada su importancia en la nueva etapa política de la transición. La enmienda fue explicada como un refuerzo al deber de los órganos del Estado de respetar los Derechos Constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometieren a aquél.

Al respecto, la profesora Cecilia Medina estima que la reforma al artículo 5° ha elevado los tratados internacionales que versan en Derechos Humanos a rango constitucional¹⁶.

El buen examen del artículo 5° es entender que los Derechos Humanos son una limitación a la soberanía y por tanto gozan de jerarquía constitucional desde que entró en vigencia la propia Constitución.

¹⁶ Ver en este sentido C. Medina “El derecho internacional de los Derechos Humanos”, cuadernos de análisis jurídicos, serie de publicaciones especiales N°6 Universidad Diego Portales, Santiago 1996, pág. 27-84.

Los autores citados, incluso previenen que ni siquiera era necesaria la reforma constitucional dada la decisión del constituyente originario de atribuirles, justamente, la jerarquía constitucional. En definitiva la reforma tenía el propósito, esencialmente político - aunque de suyo toda cuestión constitucional es de carácter política -, de salvar la desconfianza de ciertos sectores por el modo de aplicación futura de la Constitución.

El profesor Nash considera también otro argumento para sustentar el rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. Al efecto, las fuentes del derecho internacional eran ya válidas en Chile antes de la reforma y se las consideraba de rango legal; en consecuencia un fortalecimiento del régimen de regulación constitucional de los Derechos Humanos solo pudo pretender elevar la jerarquía de los mismos en nuestro sistema político.

La tesis contraria supone que de tener los Derechos Humanos rango constitucional, entonces se admitiría una reforma a la Carta Política a través de un procedimiento diferente y mucho menos estricto que el establecido en el capítulo de reforma. Sed contra, el profesor Nash responde que no existe un dogma para la reforma a la constitución y si existe una poderosa razón para entender que, en materia de Derechos Humanos, si la comunidad internacional, el presidente de una nación y un congreso estiman que es plausible una reforma a la constitución de una manera más simple al establecido, este se realice de dicha forma.

Un último análisis del profesor dice relación con el carácter de autoejecutable o self-executing de la mayoría de las normas contenidas en tratados internacionales de Derechos Humanos. Este carácter se traduce en que las normas contenidas en un tratado de Derechos Humanos no requieren que se adopte legislación interna adicional para que tengan plena vigencia. De hecho, si dichas normas se contraponen a la legislación interna, estas últimas quedarán tácita u

orgánicamente derogadas. Este carácter de auto ejecutable viene en apoyar la tesis del rango constitucional de los Derechos Humanos, toda vez que ninguna normativa interna podrá oponerse a su aplicación, y aún más que dará derogada al encontrarse en oposición a tales derechos.

CAPÍTULO IV

SOLUCIONES ADOPTADAS EN DERECHO COMPARADO AL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA JURÍDICO-NORMATIVA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

IV.I Constitución de la Nación Argentina

En primer lugar analizaremos la recepción y jerarquía de los tratados de Derechos Humanos en Argentina, a cuyo respecto y según escribe Ariel Dolutzky, la República Argentina siempre ha mostrado una apertura a los tratados internacionales.¹⁷

Luego de la reforma constitucional de 1994, el artículo 75 del texto constitucional reformado enuncia las atribuciones del poder legislativo disponiendo el artículo 22 que corresponde al Congreso de la Nación: *“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la santa sede. Los tratados*

¹⁷ Dolutzky, Ariel. “LA aplicación de los tratados sobre Derechos humanos por los tribunales locales; Un estudio comparado. Buenos Aires, Editores del puerto S.r.l, 1997, pp33 a 76.

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 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer...; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguna de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo 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 el voto de las dos terceras partes de los votos de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

La profesora Paulina Veloso Valenzuela¹⁸ estima que a partir de la reforma de 1994 queda explícita una nueva pirámide normativa. En la cima se encuentra la Constitución

¹⁸ Veloso Valenzuela, Paulina. “La justicia frente a los derechos humanos de las mujeres”. Editorial..., pág. 134 y 135.

Política a la que se agregan los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que la propia carta fundamental denomina especialmente, y todos aquellos que pudieran alcanzar tal status mediante el mecanismo que el propio artículo menciona. En escala inferior se encuentran los tratados internacionales ratificados por Argentina y luego el resto de las leyes. En tal caso, todos los tratados tienen jerarquía supralegal pero solo algunos alcanzan rango constitucional.

Lo dicho es una clara demostración de que en la legislación argentina el problema de asignar jerarquía a los Tratados que versan sobre Derechos humanos está resuelto, pues la propia Constitución es la que se encarga de dirimir aquella cuestión. Por supuesto esto indica que la solución dada por el constituyente argentino sea del todo correcta, pero al menos reduce el espacio de interpretaciones encontradas.

Cabe preguntarse pues, que viene a suceder si un nuevo Tratado de Derechos Humanos es ratificado por la República Argentina y por tanto no estará mencionado en su Carta

Fundamental. Vamos a suponer también que no se ha desarrollado el procedimiento del artículo 75 para otorgar rango constitucional al tratado. Este tratado gozaría de jerarquía supralegal pero infraconstitucional. A continuación nos volvemos a preguntar: ¿Qué pasa si Argentina reforma su constitución en tiempo posterior a la entrada en vigencia del tratado? ¿no se estarían acaso transgrediendo las normas de la convención de Viena en el sentido de que ningún Estado puede incumplir los tratados internacionales a pretexto de cumplir con sus leyes internas? La solución fluiría de la Constitución Argentina pero ni controversia.

IV.II Constitución de la República del Perú

La forma en que se recepcionan y la jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en Perú se haya trazado en la Constitución peruana de 1993, aunque no existe total acuerdo en la doctrina sobre su interpretación, lo cual resulta natural.

La recepción de los tratados se produce en virtud del artículo 55 de la Constitución, a lo inmediato de una vez ratificado el tratado es celebrado y entre en vigor. Por lo tanto, no es necesario ningún procedimiento especial en este sentido.

Respecto de la jerarquía variados preceptos sirven de abono a la cuestión:

“Artículo 1º. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, son el fin supremo del Estado”.

“ Artículo 3º. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo, no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad

del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Artículo 44. (en lo parte pertinente) *“Son deberes primordiales del Estado: Defender la soberanía nacional; Garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos”.*

Artículo 200 N° 4. *“Son garantías constitucionales: La acción de inconstitucionalidad, que proceden contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados...”.*

En razón de los artículos transcritos, algunos consideran que los tratados tendrán rango constitucional, y otros infraconstitucional. Tomaremos aquí la argumentación de la profesora Paulina Veloso.

Existen fuertes argumentos para sostener el rango infraconstitucional de los tratados; en primer lugar porque la en

constitución peruana de 1979 su artículo 105 otorgaba expresamente rango constitucional a los Tratados de Derechos Humanos. Dicho artículo no hizo mención alguna al rango constitucional en la reforma, por tanto se entiende que la intención era eliminar tal rango jerárquico. De hecho hasta el comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas lamentó la reforma, por resolución CCPR/C/79/Add.72 del 8 de noviembre de 1996.

Se puede ver que la Constitución peruana dejó un gran vacío al reformar el antiguo artículo 105, ya que no solo elimina la designación expresa del rango constitucional, sino que además deja sin solución el problema de la jerarquía de los tratados de Derechos Humanos en Perú. Prestándose esta situación, al igual que en nuestro país, para variadas interpretaciones doctrinarias, que finalmente no encuentran conclusión definitiva alguna.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DEL TESISISTA

Hemos intentado una reflexión a partir de la propuesta teórica de algunos estudiosos, de la jurisprudencia que atinge, y de nuestra honda percepción de los Derechos Humanos. Claro también ha sido el intento de objetividad que son predios de tránsito difícil; pero nos acomodaremos a fijar un punto de vista.

A mi juicio existe una pugna entre el respeto de la soberanía nacional, la facultad del Estado de limitarse y la importancia de los Derechos Humanos supuesto cualquier análisis de los preceptos constitucionales vigentes. La contraposición evidente es la que se sostiene la mayor importancia de los extremos indicados frente a las prerrogativas superlativas que derivan de los Derechos Humanos en pos de la persona humana.

El artículo 1° de la Constitución señala que “...*El Estado está al servicio de la persona humana, y su finalidad es*

promover el bien común...”; enunciado sobre la relación que existe entre el poder y las personas, resolviendo el dilema bajo la idea de servicialidad el Estado. Luego, se puede concluir que los Derechos Esenciales de la persona humana debieran ubicarse en un escalafón superior al Estado y su organización. En el fondo, este enunciado indica que el Estado le debe su existencia a la Persona Humana y por ello los derechos inherentes a las personas no deben su reconocimiento al Estado sino que a la propia naturaleza de las personas. Los Derechos Humanos son garantías propias de la naturaleza de los hombres, y solo son reconocidos por el Estado, no nacen por decisión de este.

El artículo 5° menciona que la soberanía reside en la nación y que su ejercicio se realiza por el pueblo y también por las autoridades que la Constitución establece. En su inciso segundo, el mencionado artículo señala que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los Derechos Esenciales del hombre que emanan de su naturaleza. Después el precepto señala que es deber del Estado respetar y promover tales

derechos, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En mi consideración la redacción del artículo 5 constituye un claro límite a la soberanía; por lo que consecuentemente es lógico pensar que si la soberanía es ejercida por el pueblo, éste no puede limitarse al punto de restringir su propia naturaleza.

Acerca del nivel constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos comparto con la Corte Suprema que éstos gozan de jerarquía constitucional, atendido el artículo 5° de la constitución y la naturaleza de los derechos en cuestión.

Sobre la cuestión de jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos nos parece inadecuado asociar una solución, claramente formalista, al procedimiento y quórum de incorporación de los tratados en general al ordenamiento jurídico interno. En mi consideración el quórum de aprobación es independiente de la jerarquía que representa la norma, ya que dentro de la misma constitución existen normas que deben

ser aprobadas con diferentes quórum y no por ello tienen diferente jerarquía. El tema debe estar centrado en la importancia y relevancia político social de las materias objeto de los convenios de Derechos Humanos.

Siendo así, una norma de un tratado que altere un precepto constitucional deberá ser aprobada con el quórum que establezca la ley, aunque a posterioridad tenga rango constitucional precaviéndose con ello seguridad jurídica.

Podemos concluir que la Constitución se somete a la superioridad de la naturaleza humana y que el Estado y su organización están al servicio de la realización de aquella, en cuyo caso un análisis integral y coherente de los preceptos constitucionales dirige a que, y dada la importancia de las materias acordadas en tales tratados, que a éstos se les reconozca jerarquía constitucional.

En lo que dice con soberanía de la nación, me parece que los Derechos Humanos tienen tal importancia que se le

superponen; ya que no podemos pretender que la autogobernabilidad valide violaciones de tales derechos. Además el pretendido rango jerárquico de nivel constitucional, únicamente se extiende a los tratados que versan sobre temas relacionados con Derechos Humanos. Entonces la soberanía solo concede espacio a éstos y no a otro tipo de tratados internacionales.

El análisis comienza a cerrar las aristas de los problemas. En primer lugar establecemos que la discusión de la jerarquía jurídico-normativa de los tratados de Derechos Humanos no debe mezclarse con aquella discusión que trata los quórumos requeridos para incorporar el instrumento legal al ordenamiento interno. A este respecto, es de vital importancia una modificación constitucional que establezca los quórumos requeridos para dicha incorporación.

En segundo lugar, el articulado constitucional en una interpretación armónica lleva necesariamente a establecer que es el Estado quien siempre se halla al servicio de las personas;

no al revés. A raíz de lo cual los derechos inherentes a la persona deben su existencia a la naturaleza misma de ésta, y solo son reconocidas por el Estado a través de los diferentes instrumentos jurídicos. Así, entonces, debe admitirse los pactos de Derechos Humanos se encuentran en la cúspide de la pirámide jerárquica sin posibilidad de modificación por ley alguna.

En tercer lugar, queremos plantear una discusión no mayormente desarrollada por la doctrina y ni la jurisprudencia. A lo largo del tiempo muchos autores han discutido la jerarquía de los Derechos Humanos pero en ningún caso han dilucidado las consecuencias fácticas de su estudio. En general los autores hacen un análisis jurídico del tema para determinar solo su naturaleza jerárquica, pero no alcanzan acuerdos en los probables conflictos que pueden acaecer con posterioridad.

Parte de la doctrina instala la idea de que los Tratados de Derechos Humanos gozan de jerarquía legal; por lo que cabe preguntarse que sucede cuando un tratado ratificado por

nuestro país es alterado por una nueva norma constitucional. ¿Puede el Estado de Chile variar el contenido de un tratado de Derechos Humanos, que supuestamente tienen jerarquía legal, a través de una modificación a la Carta Fundamental? ¿No se estaría violentando la convención de Viena?

Otra doctrina analizada en esta tesis plantea que los tratados de Derechos Humanos tendrían rango constitucional y por tanto modificarán todo precepto que esté vigente en la constitución y que se contraponga al contenido del tratado. Resulta lícito cuestionarse lo que sucede tras una reforma constitucional que cumple con todos los quórum para su aprobación, y que modifica el contenido actual del tratado de Derechos Humanos que gozaría de rango constitucional. Es sabido que toda norma puede ser modificada por una nueva norma que tenga su misma jerarquía o una superior, prevaleciendo así el orden cronológico o el jerárquico respectivamente. ¿Es posible entonces que las normas de un tratado de Derechos Humanos sean modificadas posteriormente por una norma interna del Estado? ¿Puede una norma

constitucional entonces modificar los Derechos Humanos garantizados, por el solo hecho de tener su misma jerarquía? ¿No violaría esto de igual forma la convención de Viena?

Por todas las razones expuestas que resulta menester una pronta reforma constitucional que asegure determinada jerarquía a los Tratados de Derechos Humanos, y les confiera el carácter de inmodificables por norma posterior salva la excepción de que se hay instalado una garantía mayor y más perfecta.

Pero a mi juicio esto no puede quedar al arbitrio o a la interpretación subjetiva de las partes o del receptor, sino que debe ser establecida expresamente en la Carta Fundamental. Solo de esta forma podrá ser eliminada toda discusión interpretativa y además se le otorgará a todos los instrumentos normativos que contengan Derechos Humanos, una protección que garantice su estabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia Rol de ingreso 346 del 2002, dictada por el tribunal constitucional.

Sentencia Rol de ingreso 478 del 2006, dictada por el tribunal constitucional.

Sentencia Rol de ingreso 473 del 2007, dictada por el tribunal constitucional.

Sentencia Rol de ingreso 546 del 2006, dictada por el tribunal constitucional.

Sentencia Rol de ingreso 517 del 2007, dictada por el tribunal constitucional.

Sentencia Rol de ingreso 517 del 2004, dictada por la corte suprema.

Introducción al Derecho, Agustín Squella Narducci,
editorial jurídica de Chile.

Los límites de la tolerancia, José Zalaquett, LOM ediciones.

Apuntes cátedra Derecho Internacional de los Derechos
Humanos, José Zalaquett.

Efecto de los tratados sobre Derechos humanos en la
jerarquía del orden jurídico, Jorge Tapia Valdés.

Las constituciones y los tratados de Derechos Humanos,
Humberto Nogueira Alcalá.

El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el
siglo XXI, Antonio Cancado Trindade. Editorial jurídica de Chile,
2ª edición.

Derechos Humanos: Legalidad y jurisdicción supranacional. Juan Carlos Vega. Editorial mediterránea, Argentina 2006.

Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cecilia Medina Quiroga y Jorge Mera Figueroa. Sociedad de ediciones de la universidad Diego Portales, Santiago 1996.

Justicia y Derechos Humanos, Alberto Carrillo. Asociación latinoamericana para los Derechos Humanos, Quito-Ecuador 1992.

Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, Lautaro Ríos Álvarez. Gaceta jurídica n° 215 de 1998.

Constitución y tratados sobre derechos humanos: el art. 5° de la Constitución Política. Diego Corvera Vergara. Gaceta jurídica n° 224 de 1999.