



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumna: Elisa Pérez Herrera

Profesor guía: Claudio Troncoso Repetto

Santiago de Chile

2018

Dedico esta investigación a Lucía Herrera Saona, mi madre y maestra.

Índice

Índice de Ilustraciones y cuadros	4
Resumen	5
Introducción	6
Capítulo 1: Derecho Internacional Público, incorporación a la normativa interna.	7
1.1. Discusión sobre el valor jurídico de un tratado internacional y su jerarquía en el orden jurídico interno.....	11
1.2. Tratamiento del Derecho Internacional Público desde la visión chilena.	13
1.2.1. Valor jurídico de los Tratados Internacionales desde la Constitución de 1980 y tras reforma de 2005.....	14
1.2.2. Subsidiariedad, complementación, retroalimentación.....	16
1.2.3. Bloque constitucional de derechos.....	18
1.3. Jerarquía de los Tratados Internacionales desde la Constitución de 1980 y tras reforma de 1989.	20
1.3.1 Jerarquía de los Tratados internacionales que consagran derechos humanos ..	22
1.3.1.1. Legal:.....	23
1.3.1.2. Supralegal:.....	28
1.3.1.3. Constitucional:	31
1.3.1.4. Supraconstitucional:.....	33
1.3.1.5. Perspectiva desde los derechos humanos:	35
Capítulo 2: Análisis del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República y consecuencias jurídicas de adoptar la tesis de la jerarquía constitucional para los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales.....	39
2.1 Objetivos de la reforma de 1989.....	39
2.2. Relación entre los derechos humanos garantizados por la constitución y los tratados internacionales.....	42
2.3. Reforma constitucional a través del artículo 5° de la Constitución.	50
2.4. Interpretación y conflicto de normas	52

2.5. Sujeto activo del artículo 5°	53
2.6. Caracterización de derechos “esenciales” ¿Sinónimos de Derechos Humanos?	57
2.7. De los Derechos Humanos ¿Sólo aquellos que se encuentran consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales?	58
2.8. De los consagrados en Tratados Internacionales ¿Sólo aquellos de DDHH?	60
2.9. El asunto de los Tratados por acuerdo en forma simplificada	62
2.10. La ratificación.	64
2.11. La entrada en vigor.....	66
2.12. Reservas y denuncias.	69
2.13. Sistema de protección, recursos.....	71
2.13.1. Reclamación de DDHH en el sistema interno.....	72
2.13.2. Reclamación de DDHH en sede internacional.....	76
2.14. Control preventivo y represivo TC	81
Capítulo 3: Análisis jurisprudencial	87
3.1. Incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los razonamientos judiciales	87
3.2. Jerarquía que los tribunales han otorgado a los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales.....	90
3.2.1 Tribunales de primera instancia	90
3.2.2 Tribunales Superiores de Justicia.	91
3.2.3. Tribunal Constitucional.....	97
Capítulo 4: Desafíos futuros.....	104
Conclusión.....	110
Bibliografía.....	116

Índice de Ilustraciones y cuadros

Tabla 1: Comparación a nivel de consagración de Derechos Humanos, entre la Constitución Política de la República y 3 Tratados Internacionales.....	47
Tabla 2: Tabla comparativa de las etapas de participación. Siete primeras menciones de deberes y responsabilidades.....	102

Resumen

El presente trabajo analiza el valor jurídico y la jerarquía de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, a la luz del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República. Buscando formar un escenario completo al lector, se analizan las diferentes posturas doctrinales sobre aquella problemática, las consecuencias jurídicas que emergen de la posición de una u otra tesis, se evidencia desde la realidad jurisprudencial cuál ha sido la posición de los tribunales chilenos.

Introducción

La presente tesis se enfoca en examinar el valor jurídico y jerarquía de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales. Lo anterior a partir del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile, que establece: “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.”¹

El artículo recién citado, ha sido objeto de diversos análisis a causa de la redacción original contenida en la Constitución Política de 1980 y posteriores modificaciones que ha sufrido. Cada posición doctrinaria y jurisprudencial referida al valor jurídico y jerarquía de los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales, es merecedora de un análisis objetivo y sustancial, pues una u otra posición resuelven de forma completamente disímil cada discusión, por ejemplo: en reforma constitucional, interpretación normativa, resolución ante un posible conflicto de normas, vigencia del tratado internacional, recursos aplicables, por mencionar algunos.

Examinar el valor jurídico y consecuente jerarquía, de los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales, es un asunto de suma importancia pues su indeterminación genera vulnerabilidad e incerteza jurídica, justamente el efecto contrario buscado con su consagración constitucional. Precisamente aquel es el propósito de este trabajo investigativo, dilucidar, crear un espectro completo sobre el valor jurídico y jerarquía de los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales. Para ello se ilustrarán las distintas posiciones sobre el valor jurídico y jerarquía de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, se examinará en profundidad el artículo 5° inciso 2 de la Constitución Política de la República, tanto en su literalidad como en los objetivos que tuvo el constituyente derivado en las reformas constitucionales de 1989 y 2005, se plantearán las consecuencias jurídicas y debates doctrinales, así como se cotejarán las diferencias jurisprudenciales relativas al valor jurídico que le otorgan a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

¹ Constitución Política de la Republica, artículo 5° inciso segundo.

Capítulo 1

Derecho Internacional Público, incorporación a la normativa interna.

Al igual que el origen del derecho proviene de la necesidad de regular las relaciones entre los sujetos, el derecho internacional surge de la misma necesidad de regulación pero emanada de las relaciones entre los Estados o entre los sujetos y los Estados.

Así lo indicaba el profesor Benadava parafraseando a su vez a Briery: "La existencia del derecho internacional es simplemente una de las inevitables consecuencias de la coexistencia en el mundo de una pluralidad de Estados que encuentran necesariamente en relaciones recíprocas. Es la ilustración de una verdad con la cual están familiarizados todos los estudiosos del Derecho y que no tiene excepciones: que donde hay una sociedad hay necesariamente Derecho y donde hay Derecho podemos estar seguros de que existe una sociedad"²

El Derecho Internacional Público se concentró principalmente en el desarrollo de materias referidas a delimitaciones territoriales, asuntos diplomáticos y utilización de los mares. Ya en el siglo XIII, en un mundo marcado el cambio de fronteras y descubrimiento de nuevos territorios, emerge la necesidad de plantear una solución, desde lo que luego se conocerá como el derecho de gentes, a los conflictos que aparecen con las "nuevas tierras descubiertas, con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de esos territorios"³.

Ya a finales del siglo XIX y en especial luego de las Guerras Mundiales, la red de normas interestatales se ha refinado y profundizado cada vez más. Como indica Matthias Herdegen ⁴ "la libertad de los Estados para declarar la guerra como instrumento político, existente hasta comienzos del siglo XX, se transformó, luego de la Primera Guerra Mundial y de la Carta de las Naciones Unidas, en una prohibición plena de la violencia. La colaboración de los Estados y la solución de conflictos se controlan en creciente medida a través de la creación de las organizaciones internacionales (por ejemplo la Sociedad de las Naciones y las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la OTAN)."

² BENADAVA, Santiago. (2004)

³ NASH ROJAS, Claudio. (2008) pág. 3.

⁴ HERDEGEN, Matthias. (2005)

En este contexto surge un elemento trascendente que marca un antes y un después en el derecho internacional público, pues se desarrollan reglas sobre la conducta de los Estados con el objeto de limitar su poder soberano, me refiero al reconocimiento de los Derechos Humanos frente al poder estatal y su permanente desarrollo en los instrumentos de Tratados Internacionales, los que han influido de manera revolucionaria en las estructuras jurídicas internas de los Estados.”

Cito nuevamente al profesor Herdegen “Desde un principio, la protección de los Derechos Humanos pertenece a los temas centrales de las Naciones Unidas, cuya asamblea general adoptó, en 1948, la Declaración General de los Derechos Humanos. Hitos del posterior desarrollo son, de manera especial, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (que ha servido de modelo para otros tratados regionales sobre derechos humanos), así como los dos pactos sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966”⁵. A esta idea debe agregarse la consolidación de órganos jurisdiccionales que terminan de sellar la efectiva protección de los derechos humanos, permitiendo que la estructura jurídica normativa contenida en los Tratados, pueda ser plasmada en la realidad y exigida por los sujetos de derecho; uno de estos órganos y que nos concierne regionalmente, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Todo este entramado de derechos humanos y protección jurídica otorgada por el Derecho Internacional, tuvo un proceso de aceptación e integración al sistema jurídico de cada Estado, y Chile no estuvo ajeno a esta discusión doctrinaria. Inicialmente se discutía el valor jurídico del Derecho Internacional y en consecuencia de los Tratados Internacionales que emanaban de aquél. Principalmente porque el Derecho Internacional no contenía uno de los rasgos característicos del derecho interno: imperio, o más bien un sistema centralizado de sanciones. No existía un organismo que estuviese sobre los Estados para fiscalizar, juzgar y hacer cumplir el derecho. “El sistema jurídico de la comunidad internacional se presenta, pues, como el de una sociedad formada por una pluralidad de Estados que no están subordinados unos a otros ni a una entidad jerárquica superior y que sólo admiten relaciones de coordinación sobre una base igualitaria”⁶

⁵ HERDEGEN, Matthias. (2005)

⁶ BENADAVA, Santiago. (2004)

Tales objeciones fueron superadas tras la discusión y análisis doctrinario de los Estados. Reconociendo en el Derecho Internacional un derecho propiamente tal. “El carácter jurídico del Derecho Internacional lo diferencia de la moral y de la cortesía internacionales. La primera comprende los deberes de carácter exclusivamente moral, como el de socorrer a los pueblos asolados por inundaciones o terremotos. La cortesía internacional o *comitas gentium* está formada por aquellas prácticas que los Estados respetan por razones de cortesía, de conveniencia o de tradición y no porque exista una convicción jurídica de su obligatoriedad como el saludo a los buques de guerra (...) Si un Estado infringe los deberes que le impone el Derecho Internacional comete un acto ilícito, incurre en responsabilidad hacia el Estado perjudicado y tiene la obligación de reparar íntegramente las consecuencias de dicho acto. En cambio, si infringe los deberes que le imponen la moral o la cortesía habrá cometido un hecho reprochable, inamistoso o descortés, pero no un acto ilícito internacional.”⁷

El peso jurídico que mundialmente ha conseguido el Derecho Internacional Público en la actualidad se evidencia de forma cierta en su utilización como una herramienta más que valiosa para la protección efectiva de los Derechos Humanos, consolidándose tanto en la normativa a través de Tratados, como en ejercicio, ante las Cortes Internacionales que hacen efectivo su cumplimiento. Así por ejemplo se indica que “La jurisprudencia de los tribunales internacionales contribuyó a desarrollar, afinar y dar mayor solidez y fijeza a las normas del derecho internacional. Un impresionante *case law* o derecho de casos decididos por tribunales arbitrales o cortes permanentes proporciona un rico repertorio de precedentes y de enunciados judiciales.”⁸

La incorporación del Derecho Internacional Público a la normativa interna de los Estados también ha estado marcada por una discusión doctrinaria muy intensa. Entre las más preponderantes se encuentran:

- La teoría dualista, que propone una relación entre el derecho internacional y el derecho interno en que ambos ordenes jurídicos se mantienen de forma separada y diferenciada. Entre los fundadores de esta corriente encontramos al jurista alemán Triepel, quien indica “el Derecho Internacional y el Derecho Interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están

⁷ BENADAVA, Santiago. (2004)

⁸ BENADAVA, Santiago. (2004)

en contacto íntimo, pero no se superponen nunca”⁹. De esta forma el único obligado por el Derecho Internacional sería el Estado respecto otros Estados, y para que alcancen al sujeto nacional deberá ser transformado el derecho internacional en una norma interna. “Para que el contenido de una norma internacional pueda tener aplicación dentro de un Estado es necesario que ella se transforme en norma interna, es decir, que el Estado cree una norma interna que admita o incorpore la norma internacional a su orden jurídico.”¹⁰

- La teoría monista propone que la relación entre ambos ordenamientos es de unidad, un sistema jurídico único y con forma jerárquica. Cabe precisar que esta teoría admite dos variantes, una con primacía en el derecho interno impulsada por Wenzel y otra en que el derecho internacional tiene preponderancia, ésta es seguida por Kelsen. Ambas variantes reconocen que el derecho tiene carácter de universal, en que las normas jurídicas derivan su validez y fuerza obligatoria de otra norma superior en jerarquía hasta llegar a la norma fundamental. Pero difieren en el mecanismo de integración del derecho internacional al derecho interno; aquellos que adhieren a la primacía del derecho interno creen necesaria una Ley de Aprobación, a su vez aquellos que consideran que el derecho internacional posee preeminencia frente al interno afirman que la norma internacional se integra de pleno derecho al sistema interno, así se evidencia en la siguiente frase de Hans Kelsen “Dentro de esta jerarquía el derecho interno está subordinado al derecho internacional (...) una norma de Derecho Internacional puede ser automáticamente aplicable en el plano interno si se basta a sí misma”¹¹

En palabras del profesor Benadava, “Ninguno de los dos sistemas expuestos- monismo y dualismo- está enteramente reflejado en la práctica; ésta ha solucionado los problemas concretos siguiendo criterios pragmáticos y sin sujeción escrita a una o a otra doctrina.”

Sin embargo, la tesis acogida por el profesor Manuel Becerra Ramírez, aporta un nuevo matiz a esta discusión. En ella se concibe el Derecho Internacional como un sistema jurídico diferente al derecho interno, pero precisa “no son estancos separados, se comunican y se influyen recíprocamente”¹² indica el profesor además, “que la gran prueba de ello es la dependencia que tiene el derecho internacional con el derecho interno para su aplicación (...)

⁹ TRIEPEL, Heinrich. (1898) pág. 110

¹⁰ BENADAVA, Santiago. (2004).

¹¹ BENADAVA, Santiago. (2004)

¹² BECERRA RAMIREZ, Manuel. (2009)

frecuentemente el derecho internacional se apoya en el derecho interno para el cumplimiento de sus disposiciones y en otros casos el derecho interno o los ciudadanos recurren a las estructuras internacionales, por ejemplo, de carácter jurisdiccional, para el cumplimiento de sus disposiciones”¹³

Agrega el profesor Becerra, que ello no debe confundirse con el sistema de recepción del derecho internacional, pues ello queda determinado a la soberanía de cada Estado por lo que “podrían haber tantos sistemas de recepción del derecho internacional como Estados existen (...) [La jerarquía] es una materia que ha de ser determinada fundamentalmente por la Constitución de cada uno de los Estados”¹⁴

Con esta nueva perspectiva, podemos distinguir dos conceptos claves en el asunto que nos convoca. Uno, el valor jurídico de un tratado internacional y otro, la jerarquía de éste. Conceptos que serán analizados seguidamente.

1.1. Discusión sobre el valor jurídico de un tratado internacional y su jerarquía en el orden jurídico interno.

Ya lo adelanta el profesor Eduardo Aldunate al indicar “la cuestión relativa a la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico interno involucra dos temas distinguibles: el relativo a como el texto del tratado adquiere carácter normativo en el ordenamiento jurídico interno, y el que se refiere a la posición que deba atribuirse a sus efectos normativos en dicho ordenamiento”¹⁵

El primer tema al que hace referencia el profesor es lo que hemos definido como valor jurídico, mientras que el segundo es la jerarquía en el orden jurídico interno.

Comencemos por el primero, el valor jurídico del Tratado Internacional, refiere a como éste es incluido en el ordenamiento chileno, la respuesta será diferente en razón de si adoptamos la teoría dualista, monista o una de complementación. Un dualista dirá que siendo ambos sistemas diferentes, para que el Tratado tenga fuerza obligatoria debe ser “incorporada” al sistema interno; un monista no dudará en responder que si la norma

¹³ BECERRA RAMIREZ, Manuel. (2009)

¹⁴ BECERRA RAMIREZ, Manuel. (2009)

¹⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010)

internacional se basta a si misma puede ser directamente aplicable pues es sólo un sistema, aunque precisará que “cuestión diferente es si el sistema interno exige medidas de implementación, lo que no es comparable con el acto de transformación exigido por un dualista”¹⁶. Ahora bien, desde la luz de los tiempos actuales, nos parece mas competente la respuesta que entregaría la tesis de complementación, pues la respuesta desde esta perspectiva es que el Tratado Internacional conserva su identidad de tratado, no se hace uno con el ordenamiento interno, son sistemas diferentes que se comunican, por tanto, aun manteniendo su naturaleza de internacional este debe ser respetado por el Estado que lo adopte generando con ello las obligaciones y responsabilidades consecuentes.

Ahora bien, la jerarquía, dice relación con el lugar que ocupa el tratado internacional en la escala jerárquica normativa del ordenamiento jurídico. Como adelanté y parafraseando al profesor Becerra, dependerá de cada Estado, cada uno de ellos podrá dar una respuesta diversa; dedicaremos un capitulo completo para revisar detalladamente aquello, mas en este acápite solo queda indicar que las constituciones mundiales han plasmado cuatro alternativas: supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal.

La elección de una u otra alternativa no puede ser tomada a la ligera, es una elección trascendente pues genera distintos matices y consecuencias jurídicas, una de ellas e inmediatamente visible consiste en la determinación (en caso de colisión de normas del sistema internacional y el sistema interno), de cuál de ellos primará, pues es la regla de subsunción la que generalmente se aplica para dar solución a estos conflictos, prefiriendo la norma de mayor jerarquía por sobre la de menor.

Cabe señalar que si bien la decisión sobre la jerarquía del Tratado es una providencia de cada Estado, si se privilegia una norma interna sobre el Tratado, ello lo hará responsable internacionalmente por los actos u omisiones que ello acarree, este principio proviene de la Convención de Viena, el profesor Claudio Nash lo desarrolla de la siguiente forma, “Ante la comunidad internacional el Estado no podrá invocar sus normas internas- incluida la Constitución- para justificar violaciones de sus obligaciones internacionales (...) sin que pueda pretender excepcionarse alegando que de acuerdo con su ordenamiento jurídico interno el tratado se ubica en una determinada jerarquía en su pirámide legal, ni tampoco alegando la separación de poderes u otra excepción de carácter interno”¹⁷

¹⁶ BENADAVA, Santiago. (2004)

¹⁷ NASH ROJAS, Claudio. (2003)

1.2. Tratamiento del Derecho Internacional Público desde la visión chilena.

Las diferencias conceptuales y posiciones teóricas recién desarrolladas también fueron discutidas en la esfera nacional. Los temores de pérdida de soberanía o que el Derecho Internacional Público no era verdaderamente un Derecho, también fueron discusiones que con el tiempo afortunadamente fueron resueltas a favor del Derecho Internacional Público.

Finalmente el reconocimiento de este derecho como parte de la normativa chilena, se encuentra presente desde los inicios de la República. El profesor Benadava detalla algunos pasajes históricos en que le evidencia de ello es incuestionable “Ya don Andrés Bello escribía en sus *Principios del Derecho Internacional* (1864) “que en una nación y en época de dadas el Derecho de Jentes sea parte de la jurisprudencia paria, no admite duda” En 1833 el Ministro de Relaciones Exteriores expresaba en comunicación dirigida al Encargado de Negocios de Francia: “el derecho común de las naciones es una ley de la Republica en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo hayan derogado” y el 21 de noviembre de 1833 el Presidente de la República y su Ministro de Relaciones Exteriores expresaron al Congreso Nacional que “el derecho común de gentes es en realidad una parte integrante de la legislación del Estado”¹⁸

Tal reconocimiento al Derecho Internacional Público, no sólo se mantuvo en la esfera de declaraciones de autoridades o insignes del Derecho, la República chilena, le otorgaba un lugar en sus Cartas Magnas, sea con articulado destinado a reconocer su existencia o dedicados a regular la integración de la normativa internacional al ámbito nacional. Así por ejemplo la Constitución de 1818 en sus artículos 4 y 7 se refiere a los Tratados de alianza o de treguas. El de 1822 faculta al Congreso “procurar la paz y aprobar tratados” y faculta al ejecutivo “hacer estipulaciones preliminares sobre tratados de treguas, paz, alianza, comercio, neutralidad y otras convenciones; pero para su aprobación deberá pasarlas al Legislativo”. La constitución de 1823, 1828, 1833 mantienen la línea dada por la de 1822, al incluirlos dentro de las atribuciones del poder Ejecutivo y del Congreso. La de 1925 la incluye en una facultad del Tribunal Constitucional “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los Tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

¹⁸ BENADAVA, Santiago. (2004)

Sin embargo puede observarse en el tratamiento de los textos constitucionales, ellos mantenían la práctica histórica de relacionarse de forma tangencial con los Tratados Internacionales, evitando profundizar en la forma en que estos debían ser incluidos o considerados en el ordenamiento interno, consecuentemente no se obtenía de estos textos una respuesta ni del valor jurídico ni de la jerarquía de los Tratados Internacionales. Esta tendencia fue repetida por la constitución de 1980. “En una tradición que siguió el texto original de la Constitución de 1980, ni la Carta Fundamental de 1833, ni la de 1925, abordaron la regulación de los tratados internacionales al interior del ordenamiento jurídico chileno, limitándose regular las respectivas atribuciones presidenciales y la intervención del Congreso en la aprobación, previa a la ratificación, de los mismos. La incorporación de los tratados en el ordenamiento jurídico interno quedó entregada, entonces, a la regulación subconstitucional, y a la práctica institucional.”¹⁹

En este escenario, no se encontraba disponible aun, una respuesta formal desde el derecho positivo, a los conceptos que nos interesa desentrañar. En el siguiente acápite analizaremos la normativa actual, que tiene por germen la constitución de 1980, pero que ha sufrido algunas modificaciones ciertamente aclaratorias para el tema que nos convoca. Se realizará desde ahí, un estudio en razón de los dos conceptos: el valor jurídico y jerarquía de los tratados internacionales.

1.2.1. Valor jurídico de los Tratados Internacionales desde la Constitución de 1980 y tras reforma de 2005

La Constitución de 1980 se refería expresamente a los Tratados Internacionales en su artículo 50 n°1 establecía que “[El Tratado] se someterá a los trámites de una ley”, mientras que en el artículo 32 n° 17 se dejaba en manos del Presidente de la República la negociación, firma y ratificación de los tratados, además el artículo 82 n°1 permitía al Tribunal Constitucional realizar un examen preventivo de constitucionalidad. Esta última prerrogativa llevó al Tribunal Constitucional a interpretar que los Tratados Internacionales tendrían un tratamiento idéntico al de la ley y por tanto la cuestión sobre el concepto valor jurídico fue resuelto entendiendo

¹⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, (2010)

que los Tratados Internacionales poseían la misma naturaleza jurídica que una ley, ello queda plasmado en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque debe precisarse que aun en esta década la jurisprudencia es un vacilante, para estudiarlo con mayor profundidad el capítulo 3 de este trabajo lo revisará con mayor profundidad.

Fue con la reforma del año 2005, que se modificó el artículo 50 n°1, actualmente artículo 54 número 1, indicando que el Tratado se someterá “en lo pertinente” a los trámites de la ley. Con esta aclaración, la doctrina tuvo bases sólidas para indicar que los Tratados Internacionales son una fuente de derecho distinta a la ley. En referencia a este asunto el profesor Claudio Nash es categórico, “Estimamos que estas consideraciones [haciendo referencia a la postura del Tribunal Constitucional en que sometía al tratado a los trámites de una ley] no tienen en cuenta que el acto por el cual el Congreso aprueba un tratado es un acuerdo, no una ley, y que una vez que él se incorpora, no adquiere el carácter de ley, sino que se incorpora en tanto Tratado, una categoría de normas diferente a la ley.”²⁰ Aquí el profesor Nash, reconoce la existencia de dos ordenamientos, uno internacional y uno interno, distintos y que mantienen su identidad al comunicarse.

La misma postura la mantiene el profesor Humberto Nogueira que indica, “Destacamos de la reforma su parte final, ya que ello permite distinguir que el constituyente derivado de 2005, quiso clarificar la distinción entre tramitación de una ley y tramitación por el Congreso de un Tratado Internacional, siendo en el caso de este último solo para efectos de su aprobación que se somete a los trámites de una ley, no siendo el tratado considerado como ley o precepto legal, tanto por su naturaleza (constituye un enunciado normativo producto de la voluntad de dos o más Estados o sujetos de derecho internacional y no de la voluntad unilateral de un Estado a través de sus órganos colegisladores), como por el hecho de que tampoco se aprueba con fuerza normativa de ley, sino como tratado, el cual nace en el derecho internacional de donde emana su validez y eficacia y donde el Estado solo determina el procedimiento de su incorporación al derecho interno del mismo, sin alterar su naturaleza, su fuerza normativa y las obligaciones jurídicas que genera para los estados partes.”²¹

Podemos indicar entonces que luego de la reforma constitucional del año 2005, la doctrina se manifiesta más bien unánime al indicar que es un error equiparar a la ley con el tratado, y consecuentemente se reconoce la existencia de dos sistemas jurídicos, permitiendo

²⁰ NASH ROJAS, Claudio. (2003)

²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2014) pág. 3

que el tratado al ser incluido, comunicado, al derecho nacional, no adquiriera el rasgo de una ley, sino que mantenga su identidad, su valor jurídico, en tanto Tratado Internacional. Cabe señalar que aún no encontramos tal uniformidad de opinión en el Tribunal Constitucional, como lo desarrollaremos más adelante en el apartado de jurisprudencia.

1.2.2. Subsidiariedad, complementación, retroalimentación.

La relación entre ambos sistemas, el derecho internacional y el derecho interno, ha pasado por distintas perspectivas.

La primera es la denominada tradicional o subsidiaria. En ella se concibe al Derecho Internacional como un sistema que sólo tiene interés cuando el derecho interno ha fallado, un resabio de aquello está en el ámbito de exigibilidad de los derechos humanos, en que, generalmente se exige para recurrir a los órganos internacionales y que éstos conozcan del caso, que previamente se agoten los recursos internos. Si bien este es un principio puntual que se mantiene, en la actualidad no es una perspectiva mayoritaria que inunde todo el sistema internacional, pues se ha entendido que la subsidiariedad no otorga real protección de los derechos consagrados internacionalmente.

Ya superada esta visión subsidiaria, se da paso a la tesis de complementariedad, aquí los derechos consagrados internacionalmente pasan de ser una forma de superar vacíos en la normativa interna a una fuente de derecho propiamente tal, que no solo enriquece desde la consagración de derechos, sino también con su jurisprudencia y organismos internacionales. “Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante”²²

Finalmente, como perfeccionamiento a la visión de complementación, encontramos la postura que, mejor conjuga las necesidades actuales y que es aceptada mayoritariamente en Chile: la de retroalimentación.

²² NASH ROJAS, Claudio. (2012)

La capacidad de retroalimentación, indica que ella fluye en ambos sentidos, del sistema internacional al nacional y del nacional al internacional. En el primero de los casos, la influencia se evidencia por ejemplo en América Latina, que al iniciar sus reformas constitucionales incluyen a las normas internacionales y los estándares mínimos que ellas ofrecen, junto con un proceso de inserción de la normativa internacional en los razonamientos judiciales de sus Estados. En el segundo caso, encontramos un ejemplo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Claude Reyes y Chile, en el que la Corte recoge un estándar desarrollado en el ámbito interno para dar contenido al derecho de libertad de expresión sin perjuicio de que aquel también se encuentra consagrado internacionalmente. Cito los considerandos 82 y 83 del caso Claude Reyes y Chile para mayor entendimiento, “82. Asimismo, el Tribunal considera de especial relevancia que a nivel mundial, muchos países han adoptado normativa dirigida a proteger y regular el derecho de acceder a la información bajo el control del Estado. 83. Finalmente, la Corte estima relevante hacer notar que, con posterioridad a los hechos de este caso, Chile ha realizado importantes avances en materia de consagración normativa del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, que incluyen entre otros una reforma constitucional, y que actualmente se encuentra en trámite un proyecto de ley sobre dicho derecho.”²³

Tal como adelantamos al analizar el concepto de valor jurídico, este trabajo acoge la postura en que el sistema internacional y el sistema interno son diversos, mas que entre ellos existe una comunicación fluida. Apostamos que el Tratado Internacional al ser incluido en la normativa interna no es absorbido por ella ni transformado en una ley, el tratado mantiene su naturaleza de tratado. De esta forma es posible afirmar que en la actualidad existe una relación reciproca entre ambos sistemas “El sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, en donde también el sistema internacional mira el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial”²⁴.

Me permito terminar con las palabras del profesor Nash, quien es impulsor de esta teoría de retroalimentación “los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de

²³ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile.

²⁴ NASH ROJAS, Claudio. (2012)

interacción. Entiendo por interacción entre el sistema nacional e internacional, un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. (...) En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional, es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucional e internacional.”²⁵

1.2.3. Bloque constitucional de derechos.

Reconociendo entonces que ambos sistemas, el internacional y el interno, son sistemas diferentes, que conservan su identidad, y que se comunican entre ellos logrando una retroalimentación. Es que podemos concebir un “bloque de constitucionalidad”.

El jurista Rodrigo Uprimny lo define como “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita”²⁶

El bloque de constitucionalidad así concebido resulta una herramienta poderosa para el objetivo de proteger los Derechos Humanos, donde sea que se encuentren consagrados, y fortalece también la idea de igualdad en la jerarquía dentro del bloque “Lo relevante es que dentro de esta institución no existe un sistema jerárquico y cada uno de los elementos es considerado en un plano de igualdad, lo que implica la necesidad de conciliar las distintas disposiciones y , por tanto, obliga a avanzar en la coherencia del sistema, de manera que el objetivo de esa institución es servir de baremo de constitucionalidad para las Cortes Constitucionales”²⁷

Entonces si un Derecho Humano se ve vulnerado o desprotegido dentro del Estado, no sólo puede activarse la normativa interna de éste para su protección, o sólo el sistema internacional, a lo que puede accederse es al bloque constitucional, con toda su normativa, jurisprudencia y doctrina. Una complementación real lleva a una fortaleza del sistema a prueba

²⁵ NASH ROJAS, Claudio. (2010 b) pág. 9

²⁶ UMPRIMNY, Rodrigo.(2006)

²⁷ NASH ROJAS, Claudio. (2012)

de toda fractura orgánica y eso es ciertamente a lo que debemos propender, un Derecho Humano jamás debiese quedarse sin protección.

Así también lo entiende el profesor Humberto Nogueira, “Es por ello que puede hablarse de un bloque constitucional de derechos, constituido por los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución y los derechos materialmente constitucionales y reconocidos como tales, al incorporar el Estado de Chile explícitamente los contenidos normativos de derechos y garantías de ellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes, generándose una retroalimentación en ambos sentidos por la duplicidad de fuentes del sistema (interna e internacional).”²⁸

El profesor Nash indica, parafraseando a Umprimy, un ejemplo que servirá de ilustración, a cómo puede lograrse una complementación real, en un caso más que común en la normativa: “[encontramos] lenguaje ambiguo de ciertos convenios, así varias normas protegen a las personas contra injerencias “arbitrarias”, pero el alcance de dicho concepto no es claro. Para responder a ese interrogante es muy útil tener en consideración la jurisprudencia desarrollada por estos órganos internacionales, que han ido definiendo poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos”²⁹

La utilidad que nos brinda el bloque de constitucionalidad es de robustecer la consagración, entendimiento, interpretación, exigibilidad, de los Derechos Humanos. El profesor Nash se refiere a la utilidad del bloque de constitucionalidad en los siguientes términos, “El efecto útil de la idea de un Bloque de Constitucionalidad que integre los elementos que hemos descrito, radica en que el conjunto de normas incorporadas a nuestra legislación son efectivas en cuanto sirven no sólo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación incompleta. Como parámetro de constitucionalidad, el Bloque sirve para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes. En tanto elemento hermenéutico, el Bloque de Constitucionalidad permite complementar la interpretación de los derechos que sí se encuentran consagrados constitucionalmente; y como elemento integrador incorpora derechos que no se encuentran en el catálogo constitucional. Estas herramientas otorgan un poderoso

²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003). Pag 11

²⁹ NASH ROJAS, Claudio.(2012)

impulso dinamizador de la protección de los derechos fundamentales, favoreciendo la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas”³⁰

1.3. Jerarquía de los Tratados Internacionales desde la Constitución de 1980 y tras reforma de 1989.

La jerarquía con que deben ser incluidos los Tratados Internacionales no ha sido una cuestión pacífica en nuestro país.

La abogada Claudia Téllez Soto, hace una clara enumeración de los argumentos que fundamentan cada postura, me apoyaré en su trabajo transcribiendo algunos de los puntos más destacables de él:³¹

Para quienes adoptan la idea que los tratados no pueden ser equiparados a una ley:

1. Los tratados internacionales, son acuerdos entre sujetos de derecho internacional, por ello no puede una de las partes dejarlo sin efecto unilateralmente.

2. Los tratados solo pueden nacer de un mensaje, puesto que se trata de un proyecto de iniciativa exclusiva del Presidente de la República; en cambio, la ley puede tener su origen en un mensaje presidencial o en una moción parlamentaria.

3. El Congreso no puede introducir modificaciones al proyecto de tratado sometido a su consideración, sino solo aprobarlo o rechazarlo; por el contrario, tratándose de un proyecto de ley, sí pueden hacerlo.

4. Al señalar la constitución "la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley". Esto se traduce en que para aprobar un tratado se requiere el mismo quorum que para aprobar una ley ordinaria, lo que no quiere decir que el tratado se equipara a la ley como sostiene la doctrina contraria.

5. En cuanto a las causales de extinción, las de un tratado no se limitan solo a la derogación como ocurre con la ley.

6. Por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de ellas (art. 27 Convención de Viena).

³⁰ NASH ROJAS, Claudio.(2012)

³¹ TELLEZ SOTO, Claudia.(1998)

Mientras que los argumentos de la postura que los equipara son los siguientes:

1. Para que el tratado tenga fuerza obligatoria debe ser sometido a los mismos tramites de una ley, por tanto debe ser publicado en el Diario Oficial, dándole validez a través del Decreto Supremo que lo promulga. Respecto de un tratado no publicado, no existe obligación jurídica de aplicarlo.

2. No puede derogar normas constitucionales, al igual que la ley.

4. En virtud del principio de temporalidad, el tratado deroga a las normas legales anteriores a él que sean contradictorias.

5. Derivada de esta tesis, la jurisprudencia ha admitido la procedencia del Recurso de Casación en el Fondo, bajo la idea de que se trata de una violación de ley. Así, por ejemplo, en un fallo de la Corte Suprema de 1928 se declaró que ha lugar al recurso de casación en el fondo por haberse infringido el artículo segundo del Tratado de Paz y Amistad celebrado en Bolivia en 1904.

6. Se deben aplicar también a los tratados las reglas interpretativas de los arts. 19 y siguientes del Código Civil.

La discusión sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales incluso puede ser evidenciada en la lectura de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, organismo encargado de preparar el anteproyecto de la Constitución de 1980.

En ellas el profesor Alejandro Silva Bascuñán hizo la indicación en la sesión 47, de atribuir a los Tratados Internacionales un valor jerárquico superior al de la ley pero subordinada a la constitución, su fundamento residía en la importancia de mantener la constitucionalidad tanto de la ley como de los Tratados y en evitar que una ley posterior pudiese modificar o derogar el tratado, lo que vulneraría el principio de intangibilidad de los tratados. “Los Tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales”³²

³² ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE.(1973)

Pero finalmente, en la sesión 371 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, prefieren no innovar en la expresión “fuerza de ley” aunque reconocen que podría llevar “al error de considerarlos en un mismo nivel [la ley y el tratado]” creen mejor mantenerla para indicar que es obligatoria dentro del país”. Así fue como se mantuvo la frase que se convirtió en el principal argumento de la postura que equiparaba al Tratado con la ley.

Tras la reforma del año 2005 que tratamos a propósito del valor jurídico de los tratados, una de las consecuencias de modificar el artículo 50 n°1, y establecer que el tratado se someterá “en lo pertinente” a los trámites de la ley. Podríamos indicar que también se resuelve el enfrentamiento de ambas posturas, pero esta conclusión no fue unánime ni en doctrina ni jurisprudencia, aun cuando para la mayoría se reconoce que el Tratado Internacional no es equiparable a la ley ni en su naturaleza jurídica ni en su jerarquía, para otros se llegó al acuerdo de abandonar la postura de legalidad y pero adoptaron la de la suprallegalidad, sometiendo los Tratados Internacionales a la jerarquía de la Constitución, mientras que para otros, la reforma del año 2005 no significó una real aclaración y se mantienen firmes en la postura de legalidad. Cada una de estas posiciones y sus fundamentos, serán estudiadas en el siguiente acápite de este trabajo.

1.3.1 Jerarquía de los Tratados internacionales que consagran derechos humanos

Si bien la discusión sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales en su generalidad mantiene la discusión recién tratada, la reforma constitucional del año 1989 abre un matiz sobre la jerarquía que tendrían específicamente los Tratados Internacionales que consagran Derechos Humanos.

Comencemos por ilustrar el texto original de la Constitución en su artículo 5°:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”³³

Este texto, tras la reforma constitucional de 1989, agrega una frase final al artículo 5 en su inciso segundo, que actualmente versa:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. **Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”**

Tras esta enmienda la discusión se traslada de los Tratados Internacionales en general, a aquellos que consagran Derechos Humanos. La pregunta que inmediatamente surgió fue ¿Acaso este artículo vino terminar con la antigua discusión y finalmente eleva a los Tratados Internacionales que consagran Derechos Humanos a una jerarquía constitucional? La discusión doctrinaria fue amplia, y de ella emanaron diferentes posturas, analicemos cada una de ellas.

1.3.1.1. Legal:

En esta tesis, el lugar que ocupan los Tratados Internacionales que contienen Derechos Humanos, dentro de la pirámide normativa es el mismo lugar que ocupa la ley interna.

Ejemplo de esta tesis, en el derecho comparado, lo encontramos en el trabajo del profesor Carlos Ayala³⁴ quien cita a la Constitución de Ecuador en su artículo 137: La constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de mejor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales

³³ Constitución Política de la República de Chile. artículo 5°.

³⁴ AYALA CORAO, Carlos, (1998)

que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones. Este texto constitucional, no sólo pone en el mismo nivel a los Tratados y la ley, sino que también es expreso en razón de la supremacía que ejerce la Constitución, ubicada en la cúspide de la pirámide normativa, lugar que ocupa exclusivamente y sin posibilidad de compartir con otro.

Ya en el escenario chileno, apoya esta tesis el profesor Eduardo Aldunate, para él, los Tratados Internacionales analizados desde una perspectiva general, es decir incluidos aquellos que consagran derechos humanos, poseen una jerarquía equiparable a la de la ley.

Llega a aquella conclusión luego de realizar un análisis positivo de la Constitución, así indica “Desde un punto de vista positivo, puede concluirse que el único fundamento jurídico del carácter normativo del Tratado es el acto de promulgación del Presidente de la República en virtud del cual (en el mejor de los casos) lo manda a cumplir como ley de la república”³⁵ Para el profesor Aldunate, la fuerza normativa (a lo que llamamos valor jurídico) del tratado no se encuentra de forma expresa en la Constitución, en ninguno de los artículos que la componen, y por tanto la razón por la cual el Tratado debe ser cumplido es en razón del mandato que estipula el Presidente de la República en la promulgación. De la misma forma indica que para el juez como órgano del Estado el tratado le es obligatorio, y por tanto debe considerarlo en sus razonamientos.³⁶

Desde aquella tesis, el profesor Aldunate indica que “la fuerza normativa de los Tratados en el ordenamiento jurídico interno, son equiparables – en ningún sentido superior- a la ley desde el punto de vista de su jerarquía normativa”³⁷ sin embargo agrega un matiz, pues sostiene que en caso de producirse una colisión entre un tratado y una ley posterior, “se resuelve a favor del primero, no en razón de jerarquía -pues sostiene que ambas fuentes se encuentran en una misma jerarquía- sino que en razón de la prevalencia que el juez debe dar a su obligación respecto del tratado”³⁸ Aquella prevalencia se encuentra determinada por la obligación adquirida por el Estado al hacerse parte en el Tratado, pues es una “voluntad normativa de la cual no podrá liberarse unilateralmente”

³⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, (2010)

³⁶ Cabe notar que desde la reforma Constitucional del año 2005, ningún decreto promulgatorio de Tratado se ha efectuado con la mención de que se mande cumplir como ley de la República.

³⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, (2010)

³⁸ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, (2010)

Semejante conclusión la encontramos en el trabajo del profesor Benadava, quien cree que en un posible conflicto de normas entre ambos sistemas, lo primero que debe distinguirse es si el Tratado es posterior o anterior a la ley; si es posterior existe unanimidad mundial al indicar que “el Tratado tiene un valor interno igual o superior a una ley”³⁹ y por tanto el Tratado prevalecería sin discusión. Mas si la ley es posterior al tratado “el juez debe esforzarse por dar a la ley una interpretación que la concilie con el tratado, ya que hay que presumir que el Legislador no se propuso violar las obligaciones convencionales del Estado. Pero si los términos de la ley son categóricos e inequívocos ¿Cuál de los dos debe prevalecer?”⁴⁰ El Profesor indica que es una respuesta acotada a cada Estado, que en el caso chileno existen sentencias mayoritarias por la tesis en que un tratado internacional en que Chile es parte y que ha sido debidamente promulgado y publicado, prima sobre una ley nacional posterior a dicho tratado.

Nótese que se colige esta primacía al dar cumplimiento a las obligaciones internacionales emanadas de la Convención de Viena, lo que para esta postura no conlleva necesariamente a una posición jerárquica superior a la de la ley interna. El profesor Benadava precisa “es un principio fundamental de Derecho Internacional que un Tratado en vigor es obligatorio para las partes contratantes y debe ser cumplido de buena fe (...) un Estado no puede invocar su legislación ni las deficiencias de ella para dejar de cumplir las obligaciones que les impone un Tratado. Es el orden jurídico interno el que debe adaptarse al Tratado y no el Tratado al orden interno”⁴¹

En la misma vereda encontramos al profesor Fernando Saenger, aunque él esboza su tesis en un análisis centrado en los Tratados internacionales de derechos humanos. El profesor sostiene que pese a la importancia de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, cuestión que no discute, aquellos Tratados son leyes comunes, “Ni siquiera son leyes interpretativas, orgánicas constitucionales ni de quorum calificado (...) constitucionalmente se trata de una norma que ha sido aprobada conforme los tramites de una

³⁹ BENADAVA, Santiago. (2004)

⁴⁰ BENADAVA, Santiago. (2004)

⁴¹ BENADAVA, Santiago. (2004)

ley, aun mas, a una ley simple, esto es, que se aprueba con un quorum normal”⁴², cita además la jerarquización realizada por don Enrique Evans⁴³:

- 1.- La Constitución
- 2.- Las leyes y los tratados internacionales promulgados y publicados en el país
- 3.- Los decretos con fuerza de ley
- 4.- Los reglamentos emanados del Presidente de la República para hacer cumplir las leyes
- 5.- Los decretos supremos
- 6.- Los actos y resoluciones de las autoridades políticas y administrativas

E indica el profesor Saenger que como consecuencia de esta jerarquía legal, inferior a la Constitución, el Tratado puede ser estimado como inconstitucional por el Tribunal Constitucional “es absurdo, en la más elemental lógica suponer que un Tratado pudiese tener jerarquía de la Constitución, si el propio tribunal llamado a velar por la supremacía constitucional, puede señalar que un Tratado o una parte de él es inconstitucional”⁴⁴. Otro argumento que utiliza es que la reforma constitucional se encuentra única y exclusivamente dispuesta en el capítulo 14 de la propia Constitución y que aceptar una jerarquía constitucional nos llevaría a una constante reforma Constitucional no contemplada, “No se nos puede decir ni argumentar que en lógica jurídica pueda existir una manera diferente para reformar la Constitución que no sean los procedimientos que ella misma contempla en forma clara y concreta. Todo lo demás que se diga es una argumentación sin fundamento, sin ninguna base jurídica, y, en consecuencia será irrelevante”⁴⁵

Indica además que el objeto de la reforma constitucional de 1989, no era elevar de jerarquía a los Tratados que contenían Derechos Humanos, sino que agregar el “deber” de los órganos del Estado, de respetar y promover los derechos esenciales y que corresponde al sentido humanizador del legislador que “reconoce una limitación, una valla, una cortapisa”⁴⁶ a la soberanía que antes era concebida como “manifestación que distingue y caracteriza al Poder del Estado, por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su

⁴² SAENGER GIANONI, Fernando. (1993)

⁴³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. (1999)

⁴⁴ SAENGER GIANONI, Fernando. (1993)

⁴⁵ SAENGER GIANONI, Fernando. (1993)

⁴⁶ SAENGER GIANONI, Fernando. (1993)

territorio y posesiones”⁴⁷ o como la soberanía era entendida en la era de Jean Bodin “poder perpetuo de la República”⁴⁸ con características de ilimitada, absoluta e inalienable.

Aquel objeto de la reforma es el mismo que profundiza el profesor Lautaro Ríos, “a nuestro juicio, la ampliación de sentido que la reforma agrega al texto original consiste en subsanar una notoria omisión de la Constitución Política de 1980, que tiene trayectoria en el derecho comparado y precedente en nuestra propia historia constitucional. Nos referimos al deber de promoción de los derechos fundamentales del Estado y de sus órganos”⁴⁹. Agrega además que ninguna constitución en el derecho comparado “contempla el logro automático de la jerarquía constitución mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2° del artículo 5° de nuestra Carta”⁵⁰ indica que el proceso mas cercano es el Argentino quien otorga expresamente jerarquía constitucional y que lo hace de forma muy clara y precisa, cuidando de regular todos los aspectos consecuentes, lo que no ocurre con nuestro artículo 5° de la Constitución chilena.

Cabe señalar también que el profesor Lautaro Ríos, entiende que la locución “así como” del artículo 5° inciso 2°, que ha llevado a colocar a los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales en la misma jerarquía que la Constitución, es una interpretación errada y que lo correcto es entender que la igualdad comparativa del “así como” (entendido como: de igual manera) se refiere al “garantizados” y no a los Tratados propiamente tal. Propone una lectura, a su juicio correcta del artículo: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución y garantizados de igual manera por los Tratados Internacionales”⁵¹ indica que al igual como se mencionó a los Tratados como fuente, podría haber incluido cualquier otra, por ejemplo a “las leyes de la Republica” y ello no habría elevado a las leyes a jerarquía constitucional.

⁴⁷ SAENGER GIANONI, Fernando. (1993)

⁴⁸ BODIN, Jean. (1997)

⁴⁹ RÍOS ALVAREZ, Lautaro (1997)

⁵⁰ RÍOS ALVAREZ, Lautaro (1997)

⁵¹ RÍOS ALVAREZ, Lautaro (1997)

1.3.1.2. Supralegal:

Esta postura pone a los Tratados Internacionales que contienen dentro de su articulado Derechos Humanos en una posición superior a la de la ley interna sin perjuicio de encontrarse aun subordinada a la Constitución, que mantiene su lugar en la cúspide de la pirámide jerárquica. Como consecuencia aquello los Tratados no podrían modificar la Constitución.

Ejemplos en el derecho comparado lo encontramos en el trabajo del profesor Carlos Ayala⁵² uno de ellos es la Constitución de Alemania que en su artículo 25 indica “Las reglas generales del Derecho Internacional son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y producen derecho y obligaciones inmediatos para los habitantes del territorio federal”

Otro ejemplo es el de Francia, que en su artículo 55 establece la supremacía de los tratados internacionales por sobre las normas legales, “artículo 55: los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por otra parte” mientras que en su artículo 54 indica su inferioridad a la Constitución al establecer que si el tratado contiene una disposición contraria a la Constitución, no se permitirá sean parte de su normativa a menos que se modifique la Constitución primero “La autorización de ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la Constitución”

Ya en el ámbito chileno, don Raúl Bertelsen, apuesta por una jerarquía supralegal, aunque él la caracteriza como “infra y supra”. Infra, por debajo de la Constitución, pero supra, por encima de la legislación y el resto de normas jurídicas de derecho interno. Su argumento se basa en la interpretación del artículo 5°, en que sus incisos deben ser leídos conjuntamente y ellos en coherencia con el resto de la Constitución, a la vez que examina las actas que dieron origen a la reforma de 1989.

Comienza su análisis por la redacción original del artículo en 1980, que en el inciso primero del artículo 5°, establecía “la soberanía reside esencialmente en la Nación”, entiende don Raúl Bertelsen que este inciso contiene una reafirmación histórica que proviene desde la primera Constitución chilena, la de 1818. Y que en su inciso segundo indicaba “el ejercicio de

⁵² AYALA CORAO, Carlos, (1998)

la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” que en la redacción del anteproyecto de aquella Constitución sólo se refería a “los derechos que emanan...” sin la palabra esenciales. Pues bien, fue el Consejo de Estado el que recomendó dar mayor precisión a la redacción, terminando por incluirse el “derechos esenciales” indicando que lo que limitaría la soberanía no era “toda facultad propia de la persona humana, entonces, sino solo las fundamentales, básicas, aquellas sin las cuales la existencia del hombre no es propiamente humana”⁵³. Estableciendo entonces una diferenciación entre derechos de la naturaleza humana que serían esenciales de aquellos que no poseerían esta característica, donde sólo los primeros son aquellos que limitan la soberanía.

Con aquella diferenciación hecha, y marcando el escenario con que debe interpretarse el inciso segundo agregado por la reforma de 1989, comienza don Raúl Bertelsen a esbozar su argumento precisando que aquella reforma fue producto de una negociación con los partidos que en ese entonces eran oposición (Renovación Nacional y Concertación de Partidos por la Democracia) y el Gobierno de Pinochet, y que inicialmente no se refería a los Tratados Internacionales, sino a “las normas internacionales que comprometan a Chile”. En este punto es donde encontramos el primer argumento clave de don Raúl Bertelsen quien considera que “de haber prosperado el planteamiento expuesto, el deber de protección y promoción por parte de los órganos del Estado de los Derechos Humanos se habría extendido no sólo a los incluidos en Tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes, como fue la solución que prosperó en definitiva, sino genéricamente a los recogidos en cualquier norma internacional que comprometiera a Chile. Tal amplitud, me parece es un indicio claro en cuanto al rango de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos en la Constitución chilena, pues el rango de estos es el mismo que el que se planteó originalmente para esas indeterminadas normas internacionales que comprometen a Chile y creo que nadie podrá sostener que tales normas, que incluyen hasta resoluciones de organismos internacionales, habrían sido de rango constitucional”⁵⁴

Otro argumento lo encuentra en el informe que envía la Comisión Conjunta a la Junta de Gobierno, en que se indica “en relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por

⁵³ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996)

⁵⁴ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996)

inconstitucionalidad conforme a las reglas generales.”⁵⁵ Tras ello don Raúl Bertelsen argumenta “¿Cabe, alguna duda que las normas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos están subordinadas a la Constitución si pueden ser contrastadas con los preceptos de ésta para ser declaradas inaplicables?”⁵⁶ Agrega además que si la intención de la reforma de 1989 era elevar la jerarquía de los Tratados debió acompañarse una reforma en las atribuciones del Tribunal Constitucional, que efectivamente se vio modificado en otros artículos, mas no en su atribución de declarar la inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales, con lo que “si hay control es porque hay subordinación de una norma inferior a la de los tratados. A otra superior: la de la Constitución”⁵⁷. Indica también don Raúl Bertelsen que una interpretación contraria llevaría a ir en contra de lo dictaminado por el artículo 6° de la Constitución que somete a los órganos del Estado en su acción a la Constitución y por tanto “no podría predicarse de disposiciones contenidas en Tratados Internacionales contrarias a la Constitución”⁵⁸.

Establecido ya el “infra” continua el profesor con el “supra”. Indicando que la verdadera innovación de la reforma de 1989 fue incluir en el deber constitucional del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados en Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, obligación que ya estaba explícita para los derechos consagrados en la constitución, por sus artículos 6° y 7°. Indica, “ese deber recae sobre todo órgano del Estado, no únicamente sobre los órganos legislativos, de modo que todo órgano administrativo y todo tribunal, cuando haya que adoptar una decisión ha de acoger la contenida en el Tratado Internacional si ella estuviese en contradicción con una norma de derecho interno inferior a la Constitución. Lo que tiene que hacer, en tal caso, es una operación similar a la que tantas veces tienen que efectuar los órganos encargados de aplicar el derecho cuando han de determinar la norma jurídica que regula la situación o problema que los ocupa y que urge su decisión, y que, en la especie, consistiría en dar aplicación preferente a las normas de los Tratados Internacionales (...) otorgar a la de los Tratados el primer orden de prioridad después de la Constitución”⁵⁹

Esta postura de supralegalidad, es rechazada por la profesora Miriam Henríquez, que a la luz del análisis jurisprudencial que ha mantenido en los últimos años el Tribunal

⁵⁵ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996)

⁵⁶ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996)

⁵⁷ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996)

⁵⁸ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996)

⁵⁹ BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996)

Constitucional, que ha resuelto mostrándose tendiente a esta postura de supralegalidad, explica “Reconocer rango “infraconstitucional pero supralegal” a los Tratados de Derechos Humanos supone la existencia de una jerarquía normativa no prevista, al menos explícitamente, en el sistema de fuentes del Derecho chileno. La Constitución –como norma que estructura el sistema de fuentes– reconoce su propio rango constitucional, jerarquía legal a los distintos tipos de ley y al decreto con fuerza de ley y jerarquía infralegal a los reglamentos ejecutivos; sin embargo, no contempla ninguna fuente formal que ocupe el rango intermedio entre la jerarquía constitucional y legal, al menos expresamente. Así, resulta cuestionable que el Tribunal Constitucional utilice como argumento para descartar el rango constitucional de los tratados de derechos humanos la teoría de las fuentes explícitas –aludiendo que los Tratados no tienen rango constitucional porque la Constitución no afirma tal jerarquía– para luego asimilarlos a otra fuente que la Constitución no reconoce: la jerarquía “infraconstitucional pero supralegal”. ”⁶⁰

1.3.1.3. Constitucional:

En esta tesis los Tratados Internacionales que dentro de sus normas poseen la consagración de Derechos Humanos, tienen un lugar privilegiado en la pirámide jerárquica del sistema jurídico, comparten la cúspide con la Constitución y por tanto comparte también su característica de informar al resto de la normativa existente dentro del Estado.

Ejemplos del derecho comparado de esta postura, los encontramos citados en el trabajo del profesor Carlos Ayala, quien revisa los casos de la Constitución de Perú de 1979 (la que ya no se encuentra vigente) y la Constitución de Argentina de 1994 (vigente).

En el caso de Perú el profesor indica que la Constitución de 1979 en su artículo 105 establecía “Los preceptos contenidos en los Tratados relativos a Derechos Humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”⁶¹. En este caso la posición jerárquica constitucional es expresa.

⁶⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. (2013) pág 230

⁶¹ AYALA CORAO, Carlos, (1998)

En el caso de la Constitución de Argentina de 1994 el profesor indica “si bien le da a los Tratados en general una jerarquía superior a las leyes, a los Tratados y declaraciones vigentes sobre Derechos Humanos, que enumera expresa y taxativamente en el artículo 75 inciso 22, les otorga jerarquía constitucional, y los demás tratados sobre Derechos Humanos podrán gozar de la jerarquía constitucional en caso de que luego de ser aprobados por el Congreso que les imponga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”⁶², es decir, la Constitución de Argentina otorga rango constitucional a ciertos Tratados de Derechos Humanos, que de forma taxativa y en números clausus determina, para los otros Tratados de Derechos Humanos que no se encuentren enumerados, podrán también tener jerarquía constitucional si obtienen cierta cantidad de votos en su aprobación en el Congreso.

En el caso chileno encontramos la opinión del profesor Tomas Jordán, quien expresa “Al no existir una regla que distinga entre los derechos consagrados internamente y los dispuestos en los Tratados Internacionales, la jerarquía constitucional está determinada por la naturaleza de la materia que contienen los Tratados Internacionales, y éstos, al normar Derechos Humanos, deben introducirse al ordenamiento jurídico chileno con un rango equivalente a las normas sobre derechos fundamentales al regular materias análogas (Constitución material).”⁶³

Otro profesor que adopta esta posición es don Humberto Nogueira, aunque reconoce que el actual texto constitucional, por su redacción, permite que se fundamenten razonamientos de jerarquía de legalidad y suprallegalidad, es por ello que propone otro inciso al artículo 5° de la Constitución, que podría rezar “Los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por Chile tienen jerarquía constitucional, siendo de aplicación preferente en la medida que contengan normas más favorables para los derechos de las personas que los establecidos en la Constitución y las leyes chilenas debiendo aplicarse de forma inmediata y directa por los tribunales, los demás órganos y autoridades del Estado”⁶⁴. Esta redacción según el profesor determina expresamente la jerarquía constitucional, que fue el objetivo inicial del constituyente, otorga directrices claras a los jueces para sus fundamentaciones y razonamientos, dando plena certeza jurídica al bloque constitucional.

⁶² AYALA CORAO, Carlos, (1998)

⁶³ JORDÁN DÍAZ, Tomás. (2007)

⁶⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2003) pág. 31

Si bien esta postura de otorgar jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales que contienen Derechos Humanos, es una postura coherente tanto con los objetivos de la reforma constitucional de 1989, como con la normativa interna y las obligaciones internacionales, este trabajo considera que una lectura más precisa del actual artículo 5° de nuestra Constitución, eleva a rango constitucional a los Derechos Humanos, y no al Tratado Internacional propiamente tal, de esta forma se hace trascendente el contenido y no el continente, lo que nos parece una postura fortalecida para los Derechos Humanos y con el foco en lo que resulta efectivamente trascendente de proteger. Esta posición es analizada en el punto 1.3.1.5.

1.3.1.4. Supraconstitucional:

En esta postura, se considera que el lugar correcto dentro de la jerarquía de normas, para los Tratados Internacionales que contengan Derechos Humanos, es una posición superior a la de la Constitución.

Ello al considerar que los Derechos Humanos son de la esencia de la persona, inherentes a ella y por tanto anteriores a los Estados, quienes no hacen más que reconocerlos o garantizarlos en sus Constituciones, no los establecen, pues existen por el solo hecho de pertenecer a los sujetos humanos. De ahí su postura privilegiada, incluso superior a las Constituciones.

Como ejemplo de esta tesis podemos citar la constitución, aunque ya no vigente, de 1956 de los Países Bajos, que en su artículo 63 indicaba: Si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución.

Otro ejemplo lo indica el profesor Carlos Ayala⁶⁵ parafraseando a Piza Rocafort quien considera que la Constitución aún vigente de Guatemala, también apuesta por una posición supraconstitucional en su artículo 46: Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de Derechos Humanos, los Tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Donde

⁶⁵ AYALA CORAO, Carlos, (1998)

ciertamente la redacción invita a considerar incluida como parte del derecho interno a la Constitución, y en consecuencia se le otorga un lugar privilegiado a los Tratados de Derechos Humanos, incluso superior a la Carta Fundamental.

Esta tesis, en Chile, ha sido tímidamente acogida por la propia Corte Suprema que en algunos fallos, en el voto de minoría se ha aceptado.⁶⁶ Otro exponente de esta posición es el profesor Máximo Pacheco Gómez, quien acoge esta tesis desde la perspectiva histórica. Indica que a mitad del siglo XX, existió en el mundo occidental una corriente abocada a garantizar Derechos Fundamentales en las constituciones. Proceso que con posterioridad se entendió como insuficiente, “no colmaba las expectativas de la humanidad, pues resultaba posible que no pocas prerrogativas naturales e inmanentes del hombre cambiaran de destino con el paso de las fronteras. Se pensó, por ello, en que tales garantías debían gozar de vigencia a-espacial (y obviamente también a-temporal)”⁶⁷, tras esta inquietud se entendió que estos derechos debían ser colocados en un nivel transnacional, lo que fue concretado con la Declaración Universal de Derechos Humanos y progresivamente con convenios y tratados internacionales.

En este escenario es que el profesor Máximo Pacheco, entiende que estos derechos inalienables que provienen de la naturaleza humana tienen una jerarquía superior a las constituciones nacionales, “cuando nos referimos a este tipo de protección no estamos hablando de una Carta constitucional metanacional, que, por supuesto, no existe; aunque, eso sí, los pactos y declaraciones internacionales cumplen en alguna medida ese papel. Con este sentido hemos dicho que la Convención Americana de Derechos Humanos hace las veces de una Constitución supranacional, para su sector de influencia”⁶⁸

Si bien esta posición resulta tentadora de ser aceptada, sobre todo por el reconocimiento superior que otorga a los Derechos Humanos, se critica por las dificultades de control y certeza jurídica. Sobre todo en un sistema como el chileno, en que basa fundamentalmente la solidez de su sistema jurídico y construcción de Estado en estos valores de seguridad jurídica, una posición como esta podría generar “indeterminación jurídica al concebir un sistema supraconstitucional independiente de las normas constitucionales”⁶⁹, tal

⁶⁶ El capítulo 3 de este trabajo se detiene en su análisis.

⁶⁷ PACHECO GOMEZ, Máximo. (1993)

⁶⁸ PACHECO GOMEZ, Máximo. (1993)

⁶⁹ NASH ROJAS, Claudio (2012).

nivel de incertidumbre en el texto que rige al Estado, pondría en peligro la fortaleza que se busca, consiguiendo en vez de proteger a los Derechos Humanos, su desprotección.

1.3.1.5. Perspectiva desde los derechos humanos:

Una lectura detenida el artículo, permitió construir una tesis distinta a las anteriores, algunos autores que apuestan por la tesis de constitucionalidad hacen la precisión de que lo que se eleva a este rango, no son los tratados internacionales, que son la fuente formal en que se encuentra contenido el Derecho Humano, lo que tras la reforma se eleva a rango constitucional, son los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales.

De esta forma lo expresa el profesor Francisco Cumplido, quien participó en la negociación y reforma de 1989, él casi como una tesis estratégica expresa lo que sigue: “entendimos que elevábamos a rango constitucional los derechos esenciales de la persona, contenidos en los Tratados ratificados y vigentes. No dijimos que elevábamos a rango constitucional el Tratado, porque el Tratado tiene diferentes partes. Los Tratados Internacionales tienen partes sustantivas y partes adjetivas, que contemplan órganos y procedimiento, y eso puede entrar en colisión con el sistema interno”⁷⁰

En esta posición encontramos también el análisis de los profesores Claudio Troncoso y Tomás Vial, quienes precisan, “En nuestra opinión, lo que ha establecido la reforma es que lo que tiene o tendría rango constitucional son los derechos esenciales contenidos en esos documentos y no el documento mismo, como totalidad. De esta forma, son los derechos esenciales que se encuentren garantizados en un Tratado los que podrían tener rango constitucional y no el Tratado Internacional, que tendrá dentro de la jerarquía interna el status que le corresponda según el modelo de incorporación del Derecho Internacional que se escoja.”⁷¹ Ambos profesores ejemplifican el fenómeno con un paralelismo ya conocido y aceptado por nuestra normativa chilena “De lo anterior se puede concluir que en los Tratados Internacionales habrían normas con diferentes categorías normativas. Unas, con un rango que podríamos llamar común, que sería el rango del Tratado, y otras, que tendrían rango constitucional. Se produce, de esta forma, un fenómeno similar al ocurrido con las normas de rango orgánico constitucional, que están calificada así no por estar en una llamada ley orgánica

⁷⁰ CUMPLIDO, Francisco. (1997)

⁷¹ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

constitucional, que contienen, como sabemos, también normas de rango común, sino porque corresponden a aquellas materias que expresamente la Constitución ha calificado como orgánicas.”

Esta tesis de los profesores Troncoso y Vial, es puesta a prueba desde el cuestionamiento ¿es constitucional pensar que una norma garantiza un derecho esencial contenido en un tratado internacional pueda tener rango constitucional? Una respuesta afirmativa es sostenida en base a los siguientes argumentos:

- El propio texto constitucional reconoce en los derechos esenciales que emanan de la persona humana un límite a la soberanía. Al reconocerse tal límite, no parece coherente que se exija que estos derechos sólo deban estar consagrados en normativa interna, o que su origen este supeditado “en actos por los cuales se ejercita la soberanía, como son las leyes y los actos de las autoridades públicas.”⁷²
- La reforma de 1989 debe ser interpretada desde una perspectiva de la utilidad, y el fin u objetivo de la constitución, es decir un elemento teleológico. Desde esa lectura indican los profesores que el “objetivo de la reforma fue fortalecer las garantías de los derechos humanos y no el de debilitarlas. Con anterioridad a la misma, Chile era parte de varios Tratados de Derechos Humanos que obligaban al Estado ¿con que objeto se los menciona entonces en el artículo 5° reformado si no es con el fin de modificar el status de las garantías en ellos reconocidos o protegidos, mejorándolas?”⁷³ la respuesta resulta evidente, una reforma que nada agrega al texto constitucional no parece coherente con los principios de utilidad e interpretación teleológica.
- El contexto histórico que dio origen a la reforma. Chile se encontraba en la transición a la democracia, y tras las violaciones a Derechos Humanos que por años de dictadura fueron reiterados sistemáticamente, se encontraba dentro de las prioridades fortalecer el sistema jurídico y de protección de estos derechos. Cabe señalar que “con anterioridad a la reforma de 1989 el régimen militar se había negado a aplicar en Chile los pactos de derechos civiles y políticos ya ratificados por Chile, alegando que faltaba su publicación y promulgación interna. Es este precedente el que se da el contexto a la reforma de 1989. Es decir, una situación en la cual Chile, pese a haberse obligado internacionalmente, desconocía los efectos propios de los tratados, que era el de proteger los derechos de sus ciudadanos ante los actos del Estado. Es claro que la

⁷² TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

⁷³ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

reforma buscó enmendar esta situación, encomendándole a los órganos del Estado respetar y proteger los derechos contenidos en los Tratados Internacionales (...) La reforma, al otorgar rango constitucional a los derechos consagrados en los Tratados Internacionales, impide que se vuelva a repetir la situación en la cual los órganos del Estado aleguen que falta algún requisito de origen legal, como la promulgación o la publicación o cualquier otro, para eludir su plena aplicación. Al tener rango constitucional, producto de esta protección, las normas de Derechos Humanos se hacen exigibles a toda persona o grupo, de pleno derecho, tal como lo determina el artículo 6 de la Constitución.” Como analizaremos en el apartado de protección y recursos, tras la reforma y su interpretación de rango constitucional a los Derechos Humanos contenidos en los Tratados, la responsabilidad del Estado ya no solo es internacional y exigible en Cortes Internacionales, sino también interna y exigible en tribunales chilenos.

Misma postura es seguida por el profesor Nash “Estimamos, pues, que la enmienda al inciso segundo del artículo 5 reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los Tratados Internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catalogo, jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos.”⁷⁴

Justifica el profesor Nash su postura en base a 3 argumentos:

1.- El contexto histórico de la reforma de 1989, en que tras 17 años de un régimen de gobierno autoritario en que “los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática (...) los partidos de oposición al régimen de entonces habían tenido como bandera de lucha la defensa de los derechos humanos y se habían percatado de la necesidad imperiosa de que existiera un sistema internacional que protegiera los derechos humanos cuando el Estado los violaba o se negaba a protegerlos”⁷⁵

2.- Que siguiendo el principio de utilidad del derecho, antes de la reforma de 1989 ya existían en la Constitución normas para la defensa de derechos humanos, como el catalogo del artículo 19 y los recursos del artículo 20 y 21 de la Carta Magna. Y por tanto una reforma

⁷⁴ NASH ROJAS, Claudio. (2003)

⁷⁵ NASH ROJAS, Claudio. (2012)

que intentara reforzarlos debería ser “necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba”, ciertamente no tendría utilidad reformar el texto para que continuara con un sentido idéntico al anterior.

3.- Que la tendencia de consagración y protección de los Derechos Humanos, era en ese entonces un movimiento mundial y no exclusivo de Chile. Y del que por tanto “los proponentes de la enmienda y aquellos a los que les fue propuesta, estaban perfectamente conscientes y del que se encontraban dispuestos a participar”

Podemos concluir que los argumentos que fundamentan tanto la postura de los profesores Troncoso y Vial, y los del profesor Nash, comparten varios de los puntos centrales. Resulta una postura coherente con los objetivos de la reforma de 1989, coherente con la tendencia internacional de forjar real protección a los derechos humanos, es coherente con el valor jurídico que tienen los Tratados Internacionales, resulta conforme con las obligaciones internacionales que tiene el Estado de Chile, coherente también con el actual texto constitucional, bastándose a sí mismo y no necesitando una reforma aclaratoria, el artículo es claro, son los Derechos Humanos los que tienen jerarquía constitucional, y no los Tratados que lo contienen.

Me permito concluir con palabras del profesor Nash, que examinado la constitución original de 1980, en que ya rezaba “los derechos esenciales de la naturaleza humana son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía”, indica: “no cabe más que concluir que, por este artículo, los Derechos Humanos desde la entrada en vigor de la constitución de 1980, ya se encontraban en la jerarquía de constitucionales. Y que la reforma no hizo más que reafirmar su categoría constitucional y agregar en el mismo rango a aquellos que se encontraban consagrados en Tratados Internacionales vigentes en Chile.

Capítulo 2

Análisis del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República y consecuencias jurídicas de adoptar la tesis de la jerarquía constitucional para los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales.

En este capítulo, nos haremos cargo de la opción considerada como la más acertada de aquellas que analizamos en el capítulo 1, aquella que considera que los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales tienen jerarquía constitucional. Para ello analizaremos algunas de las aristas más importantes que genera adoptar esta tesis, las problemáticas que surgen, las discusiones que se han generado y las consecuencias jurídicas que se desencadenan de ella.

2.1 Objetivos de la reforma de 1989.

Antes de iniciar con las consecuencias jurídicas que trae la adopción de la tesis de la jerarquía constitucional de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, creo necesario ceñirse al contexto histórico que dio luz a esta reforma constitucional de 1989, pues ella sirve de base para el entendimiento o para la solución de muchas de las problemáticas que se presentarán a continuación. Es además la base más profunda, el fundamento del que se construye la espina dorsal de la tesis que nos permite aseverar que los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales poseen jerarquía constitucional.

Pues bien, la reforma tiene lugar en un Chile que comenzaba un proceso de transición a la democracia luego de 17 años de dictadura, en los que desde sus inicios fueron vulnerados sistemáticamente los Derechos Humanos de muchos ciudadanos, para entonces ningún aparataje jurídico ni institucional fue capaz de mantenerse incólume y de protegerlos intachablemente.

Incluso el Estado de Chile se excusaba de sus responsabilidades internacionales al indicar que los Tratados aun no estaban promulgados o publicados internamente. Vulnerando directamente lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena que dispone: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del

incumplimiento de un tratado". Efectivamente ello sucedió con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que, por el hecho de no encontrarse publicado en el Diario Oficial, como una ley, se consideraba no era obligatorio en Chile, ciertamente existía un afán doloso en dejar que tanto tiempo transcurriera entre su promulgación el 30 de noviembre de 1976 y su publicación el 29 de abril de 1989.

Es por ello que al enfrentar el país la transición a su democracia, una de las necesidades más profundas e inmediatas fue fortalecer los Derechos Humanos.

Uno de los negociadores en tal reforma fue don Francisco Cumplido, él en un afán explicativo sobre porque se realizó de tal o cual manera la redacción del artículo que reformaba el 5° de la Constitución indica "lo que queríamos y representaba nuestra "sed", era incorporar las normas sustantivas como primera cuestión, no porque se desconocieran solamente por los órganos del Estado y, por tanto, por eso había que vincular a los órganos del Estado, sino además, porque el hecho de incorporar en el Derecho Positivo los Derechos Humanos anteriores al Estado, constituye una garantía de certeza jurídica."⁷⁶

Mas aun, el proyecto inicial era aún más ambicioso, incluía también la costumbre y los principios generales del Derecho Internacional, ello no llegó a hacerse efectivo pues "en el partido de Renovación Nacional y en su comisión política, se estimó que aludir a la costumbre y los principios generales agregaba un margen de incertidumbre en relación con la materia.(...) nosotros [los representantes de la Concertación de Partidos por la Democracia] no insistimos en nuestra posición, porque las normas de la costumbre internacional y los principios, son de general aplicación de acuerdo con las normas internacionales"⁷⁷, fue así como la redacción incluyó sólo a los Tratados Internacionales. Se determinó como una estrategia ante el gobierno militar, quien no aceptó negociar conjuntamente con ambas facciones, y por tanto se decidió que ambos presentarían las mismas propuestas. Además, quienes abogaban por una redacción más amplia, no insistieron en su postura, al considerar que por vía de interpretación la cuestión podría ser salvada sin poner en riesgo la aprobación de la reforma que a esas alturas resultaba vital. "Lo que nosotros pensábamos y que ha ocurrido relativamente, es que los jueces nuestros iban a asumir la interpretación de acuerdo con las tendencias constitucionales modernas de interpretación, la iban a asumir e iban a tratar de construir el

⁷⁶ CUMPLIDO, Francisco. (1997)

⁷⁷ CUMPLIDO, Francisco. (1997)

mejor Derecho posible sobre las bases de las normas de principios establecidas en la Constitución.”⁷⁸

Así fue, por una estrategia político-negocial, que en la Comisión Técnica formada por la Concertación de Partidos por la Democracia y Renovación Nacional, mantuvieron la redacción centrada en los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales y como objeto o finalidad de la reforma enunció que “la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los Derechos Humanos”⁷⁹, como una forma de dejar claro cuál era el fin, el telos de la reforma.

El profesor Nash relaciona aquella frase, con la reforma al artículo quinto de la Constitución de 1980, “se explica esta enmienda como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país.”⁸⁰ Finaliza el profesor Nash concluyendo que el objetivo de la reforma no pudo ser otro que “mejorar la posición de los Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile (...) pues antes de dicha enmienda existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos [recursos y el reconocimiento expreso de que la soberanía estaba limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana] por lo que una reforma que intente reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que reformaba.” Y por tanto lo que se hace es garantizar también en los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales su jerarquía de constitucionales.

Cabe señalar que otro de los objetivos más importantes de la reforma, en el artículo 5° de la Constitución, fue agregar a su frase original el deber de respeto y promoción que recae sobre los órganos del Estado, elementos que fijan su responsabilidad tanto en la esfera nacional, que ciertamente podría indicarse ya se encontraba mandatada por el artículo 6° de la Constitución, pero tras la reforma aquella responsabilidad es ampliada también a la esfera internacional.

Sobre el alcance de este punto, sigo las palabras del profesor Salvador Mohor “Este reconocimiento se encuentra, por otra parte, expresamente garantizado por el mandato de respeto y promoción a los derechos naturales instituidos por la Constitución y los Tratados

⁷⁸ CUMPLIDO, Francisco. (1997)

⁷⁹ ANDRADE GEYWITZ, Carlos. (1991)

⁸⁰ NASH ROJAS, Claudio. (2003)

Internacionales. El deber de respeto, de acuerdo al Diccionario de la Legua, se traduce en la exigencia de veneración, reverencia, miramiento o atención que se tiene por algo, de manera que, “respetar los derechos” es abstenerse de adoptar actitudes, comportamientos o medidas de cualquier carácter que puedan implicar amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de los mismos, así como además, proceder al restablecimiento de su imperio cuando la ofensa se ha materializado. El deber de promover equivale, teniendo presente el Diccionario, a la exigencia de iniciar o adelantar una cosa, procurado su logro, o bien, elevar a una dignidad o categoría superior; así, promover los derechos es anteponerlos al logro o consecución de cualquier finalidad previniendo su infracción o desconocimiento, para, de este modo, contribuir a su realización integral.”⁸¹

Siendo estos los principales motivos que fundamentaron la reforma constitucional de 1989 y compelieron la redacción del texto que finalmente fue aprobado y actualmente rige en nuestra Constitución, les invito a tenerlo siempre presente en el análisis que sigue a continuación de las consecuencias jurídicas que trae la adopción de la tesis de jerarquía constitucional para los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, pues es lo más cercano a la intención del legislador y es a la luz de ello que debemos adoptarlo a nuestra realidad del siglo XXI, sólo así podremos dilucidar de mejor forma el real contenido del artículo en cuestión, teniendo siempre presente que el objetivo buscado es la mejor protección de los Derechos Humanos.

2.2. Relación entre los derechos humanos garantizados por la constitución y los tratados internacionales.

En el entendido de la existencia de ambos sistemas jurídicos, internacional e interno, que ambos sistemas son independientes y conservan su naturaleza jurídica, que los sistemas se comunican, retroalimentan y forman un bloque de constitucionalidad. Y que existe un esfuerzo constante por ampliar y proteger cada vez más los derechos humanos, es que la jerarquía constitucional de los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales cumple un rol fundamental.

La primera de las consecuencias que podemos identificar es una real diferencia entre la protección a nivel de catálogo de Derechos Humanos, ciertamente existe un notorio

⁸¹ MOHOR ABUAUAD, Salvador. (1990)

incremento entre los Derechos Humanos que obligaban al Estado y eran exigibles antes de la reforma de 1989 y luego de esta reforma constitucional en que se materializa textualmente esta jerarquía constitucional,

Antes de la reforma de 1989 Chile tenía un catálogo de Derechos Humanos básicamente reducido al artículo 19 de la Constitución, catálogo que en época de dictadura fue vulnerado sistemáticamente y que no fue protegido judicialmente, pues no hubo poder del estado que no fuere influido por la dictadura. Paralelamente existía el sistema internacional, mas el Estado se excusaba en sus responsabilidades escudándose en trabas burocráticas y administrativas para no cumplir con sus responsabilidades.

Tras la reforma de 1989 ambos sistemas se comunicaron y retroalimentaron, el bloque de constitucionalidad crece constantemente, no sólo a nivel de consagración, también de jurisprudencia, de doctrina, de interpretación, de recursos y Cortes. Existe un antes y un después de la reforma. Así por ejemplo, al catálogo de la Constitución se agregan aquellos Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, algunos de estos Tratados son:

- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.⁸²
- Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes ⁸³
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura⁸⁴
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁶
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

87

⁸² (Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, fecha de entrada en vigor: 04/01/1969. Fecha de ratificación: 03/10/1966. Promulgación: Decreto N° 747, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 12/11/1971.)

⁸³ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Fecha de entrada en vigor: 26/06/1987. Fecha de ratificación: 23/09/1987. Promulgación: Decreto N° 808, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 26/11/1988.)

⁸⁴ (Adoptada por la Asamblea General en su Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones, de 12/09/1985 Fecha de entrada en vigor: 28/02/1987. Fecha de ratificación: 15/09/1988. Promulgación: Decreto N° 809, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 26/11/1988.)

⁸⁵ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Fecha de entrada en vigor: 23/03/1976. Fecha de ratificación: 16/09/1969. Promulgación: Decreto N° 778, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 29/04/1989.

⁸⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Fecha de entrada en vigor: 03/01/1976. Fecha de ratificación: 16/09/1969. Promulgación: Decreto N° 326, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 27/05/1989.

⁸⁷ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Fecha de entrada en vigor: 03/09/1081. Fecha de ratificación: 17/07/1980. Promulgación: Decreto N° 789, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 09/12/1989.

- Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁸
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”⁸⁹
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁰
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Convención de Belém do Pará”)⁹¹
- Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad⁹²
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁹³
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁹⁴
- Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁹⁵
- Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales⁹⁶

⁸⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.Fecha de entrada en vigor: 02/09/1989.Fecha de ratificación: 26/01/1990.Promulgación: Decreto N° 830, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 27/09/1990.

⁸⁹ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor: 18/07/78.Fecha de ratificación: 08/10/1990.Promulgación: Decreto N° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 05/01/1991.

⁹⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.Fecha de entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.Fecha de ratificación: 21/01/1992.Promulgación: Decreto N° 747, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 20/08/1992.

⁹¹ Adoptado por la Asamblea General en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, de 16 de diciembre de 1966.Fecha de entrada en vigor: 03/05/1995.Fecha de ratificación: 24/10/1996.Promulgación: Decreto N° 1640, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 11/11/1998.

⁹² Adoptado por la Asamblea General en su vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones, celebrado el 06/07/1999.Fecha de entrada en vigor: 14/09/2001.Fecha de ratificación: 12/04/2001.Promulgación: Decreto N° 99, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 20/02/2002.

⁹³ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.Fecha de entrada en vigor: 01/07/2003.Fecha de ratificación: 24/09/1993.Promulgación: Decreto N° 84, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 08/06/2005.

⁹⁴ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y abierta a la firma el 30 de marzo de 2007.Fecha de entrada en vigor: 03/05/2008.Fecha de ratificación: 03/03/2007.Promulgación: Decreto N° 201, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 17/09/2008

⁹⁵ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y abierta a la firma el 30 de marzo de 2007.Fecha de entrada en vigor: 03/05/2008.Fecha de ratificación: 03/03/2007.Promulgación: Decreto N° 201, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 17/09/2008.

⁹⁶ Aprobada en la septuagésima sexta reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 27/06/1989, en Ginebra. Fecha de entrada en vigor: 05/09/1991.Fecha de ratificación: 15/09/2008.Promulgación: Decreto N° 236, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 14/06/2008.

- Protocolo a la convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte ⁹⁷
- Segundo Protocolo Facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte ⁹⁸
- Protocolo facultativo a la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ⁹⁹
- Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas ¹⁰⁰
- Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas ¹⁰¹

Ahora bien, como una forma de ejemplificar este proceso, a continuación se presenta una tabla que evidencia como son complementados y ampliados, a nivel de **consagración** algunos Derechos Humanos al contrastar la Constitución sólo con 3 Tratados Internacionales que contienen Derechos Humanos, considérese que el mismo ejercicio podría realizarse con la lista recién detallada de Tratados Internacionales, y téngase presente que es un proceso que se perfecciona constantemente con la inclusión de más Tratados :

⁹⁷ Aprobada en vigésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, el 6 de agosto de 1990, en Asunción. Fecha de entrada en vigor: A partir del depósito del instrumento de adhesión o ratificación. Fecha de ratificación: 08/04/2005. Promulgación: Decreto N° 252, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 16/12/2008.

⁹⁸ Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 el 15 de diciembre de 1989. Fecha de entrada en vigor: 11/07/1991. Fecha de ratificación: 15/11/2001. Promulgación: Decreto N° 249, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 05/01/2009.

⁹⁹ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 77/199, de 18 de diciembre de 2002. Fecha de entrada en vigor: 22/06/2006. Fecha de ratificación: 06/06/2005. Promulgación: Decreto N° 340, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 14/02/2009.

¹⁰⁰ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Fecha de entrada en vigor: 03/28/1996. Fecha de ratificación: 01/13/2010. Promulgación: Decreto N° 12, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 24/02/2010.

¹⁰¹ Adoptada en París el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Fecha de entrada en vigor: 23/12/2010. Fecha de ratificación: 06/02/2007. Promulgación: Decreto N° 280, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 16/04/2011.

Tabla 1: Comparación, a nivel de consagración de Derechos Humanos, entre la Constitución Política de la República y 3 Tratados Internacionales.

	Constitución Política	Convención Americana de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Derecho a la vida e integridad física	Art 19 (1) - Derecho a la vida - Protección del que esta por nacer. - Protección de la integridad física y psíquica. - Pena de muerte solo por ley de quorum calificado	Art. 4.5. - Derecho a la vida - Excepcionalidad de la pena de muerte - Protección de la integridad física psíquica y moral - Prohibición de tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes	Art. 6.7. -Derecho a la vida es inherente a la persona humana. -Excepcionalidad de la pena de muerte. -Prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. -Prohibición de experimentos científicos o médicos sin consentimiento.	- Sin regulación específica.
Prohibición de la esclavitud y servidumbre	Art 19 (2) - En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre.	Art.6 - Prohibición absoluta de esclavitud, servidumbre y trata de hombres y mujeres - Prohibición de trabajos forzados.	Art. 8 - Prohibición de esclavitud, servidumbre y trata de esclavos - Prohibición de trabajos forzados	- Sin regulación específica.
Igualdad ante la ley	Art 19 (2) -Igualdad entre hombre y mujeres -Prohibición de diferencias arbitrarias.	Art 24 -Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.	Art 26 -Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley	-Sin regulación específica.
Derechos políticos de nacionalidad	Art 10 a 17 -Regulación de la nacionalidad -Regulación de la ciudadanía -Derecho a sufragio -Derecho a ser elegido en cargos de elección popular.	Art 10. 23 -Derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. -Derecho a sufragio y a ser elegido en elecciones con	Art 25 -Derecho a participar en los asuntos públicos -Derecho a sufragio a ser elegidos en elecciones por sufragio universal y secreto -Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad	-Sin regulación específica.

		sufragio universal y voto secreto		
Reconocimiento de la personalidad jurídica	Art. 19 (15) -Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en conformidad a la ley vigente	Art 3 -Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.	Art 16 -Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en todo lugar	-Sin regulación específica.
Libertad personal y seguridad individual	Art 19 (7), 21 -Libertad de circulación y residencia -Prohibición de restricciones arbitrarias a la libertad -Derecho de amparo	Arts 7, 22 -Prohibición de detención o prisión arbitraria -Legalidad de la detención (información, revisión judicial de la detención) -Derecho de amparo -Proscripción de la prisión por deudas -Derecho de circulación o residencia.	Arts 9,10,11,12 -Prohibición de detención o prisión arbitraria -Legalidad de la detención (información, revisión judicial de la detención) Trato digno en la detención Prohibición de la prisión por incumplimiento -Libertad de circulación y elección de residencia.	-Sin regulación específica.
Garantías judiciales y debido proceso	Art. 19 (2) (7) -Derecho a defensa jurídica -Derecho a juez natural -Presunción de inocencia -Tipicidad penal -Prohibición de autoincriminación -Proceso racional y justo.	Art. 8,25 -Derecho a ser oído -Plazo razonable proceso -Juez natural -Presunción de inocencia -Juzgamiento independiente e imparcial -Derecho a defensa -Derecho a un recurso judicial.	Art. 14 -Derecho a ser oído -Derecho a ser juzgado por tribunal independiente e imparcial -Juez natural -Presunción de inocencia. -Publicidad del proceso -Derecho a defensa -Proceso sin dilaciones indebidas.	-Sin regulación específica.
Libertad de conciencia y religión	Art. 19 (6) -Libertad de conciencia y religión -Manifestación libre de cultos y creencias	Art 12 -Libertad de conciencia y religión -Manifestación libre de cultos y creencias	Art 18 -Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión -Libertad de manifestar la propia religión.	-Sin regulación específica.
Libertad de expresión	Art 19 (12) -Libertad de emitir opinión -Libertad de informar	Art 13 -Libertad de pensamiento y expresión	Art 19 -Nadie puede ser molestado por sus opiniones	-Sin regulación específica.

	-Prohibición de censura previa	-Prohibición de censura -Causales para la limitación de la libertad de expresión.	-La libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole -Causales para la limitación de la libertad expresión.	
Protección de la familia	Art 1. -Protección de la familia y su fortalecimiento por parte del Estado	Art 17 -Protección de la familia por la sociedad y el Estado -Derecho a contraer matrimonio	Art 23 -Protección de la familia por la sociedad y el Estado -Derecho a contraer matrimonio	Art 10. Otorgar a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución -Protección a la madre embarazada
Derecho al nombre	-Sin regulación específica.	Art 18 -Derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos	Art 24 -Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre	-Sin regulación específica.
Derecho de propiedad	Art 19 (23) (24) -Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes -Derecho de propiedad en sus diversas especies -Regulación expropiación	Art 21 -Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes -Regulación de la expropiación	-Sin regulación específica.	-Sin regulación específica.
Protección de la honra y dignidad	Art 19 (4) -El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia	Art 11 -Respeto de la honra y reconocimiento de la dignidad	Art 17 -Nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra y reputación	-Sin regulación específica.
Libertad de asociación y derecho a reunión	Art. 19 (13) -Derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas	Art 15 -Derecho de reunión pacífica y sin armas -Límites legítimos al derecho de reunión	Arts. 21 .22 -Derecho de reunión pacífica -Límites legítimos al derecho de reunión -Libertad de asociación	-Sin regulación específica.

	-Derecho de asociarse sin permiso previo -Regulación partidos políticos	-Libertad de asociación con fines de cualquier índole -Límites legítimos a la libertad de asociación.	-Límites legítimos a la libertad e asociación.	
Protección de la salud	Art 19 (9) -Derecho a la protección de la salud -Libertad elección sistema de salud	Art 26 -Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales	-Sin regulación específica.	Art 12 -Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
Medio ambiente	Art 19 (8) -Derecho a un medio ambiente libre de contaminación	-Sin regulación específica.	-Sin regulación específica.	Art 12 -Óptimas condiciones en el medio ambiente para el trabajo
Derecho a la educación	Art 19 (11) -Obligación del Estado de proveer educación primaria y secundaria -Libertad de enseñanza	Art 26 -Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales	-Sin regulación específica.	Arts. 13. 14 -Derecho de toda persona a la educación -Educación primaria obligatoria y secundaria y superior accesible y generalizada
Derecho a la seguridad social	Art 19 (18) -Acción del Estado dirigida a garantizar el goce de prestaciones básicas uniformes.	Art 26 -Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales	-Sin regulación específica.	Art 9 -Derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social
Derechos laborales	Art 19 (16) -Derecho a la libre contratación y libre elección del trabajo con justa retribución -Derecho a huelga y negociación colectiva -Libertad de asociación en sindicatos.	Art 26 -Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales	Art 22 -Libertad de formar sindicatos	Art 6. 8 -Derecho a trabajar -Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias -Libertad de formar sindicatos.

Fuente: NASH ROJAS, Claudio. (2012). "Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno."

2.3. Reforma constitucional a través del artículo 5° de la Constitución.

Otra de las consecuencias al incluir los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales a través del art 5° de la Constitución y considerarlos a su vez de jerarquía constitucional, es la modificación del texto constitucional cada vez que se ratifica un Tratado Internacional que contenga Derechos Humanos.

Se ha entendido que la reforma de 1989, derogó todas las normas internas que se encontraran en conflicto con los Tratados vigentes a esa fecha. “de esta forma, la reforma de 1989 no solo modificó la constitución en los aspectos expresamente enumerados en ella sino que, aun mas importantes, incluyó en el listado de garantías protegidas constitucionalmente todas aquellas previstas en los tratados internacionales vigentes al momento de la reforma”¹⁰²

Esta modificación del texto legal no acusa mayores discusiones pues las adiciones o derogaciones que debieron producirse a consecuencia de la reforma global de 1989 a la constitución, fue ejecutada dentro de los requisitos exigidos por el régimen dictatorial para continuar con la transición a la democracia.

Pero con aquellos Tratados que contienen normas de Derechos Humanos y que han entrado en vigencia después de la reforma de 1989, existe la alerta de que se estaría reformando la Constitución por una vía distinta a la reglada en el capítulo XVI de la misma, y que el quorum para aquella modificación sería simple y no la de dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio que estipula el artículo 127 de la Constitución.

Una opción sería entender que la reforma constitucional de 1989 estableció una forma alternativa de reforma constitucional, específicamente para las normas que contengan Derechos Humanos consagrados en Tratados y que son incluidos a través del artículo 5° reformado. Es la tesis que comparte el profesor Humberto Nogueira “El Tratado en materia de Derechos Humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecido por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente derivado del capítulo XIV de la Constitución (...) La expresa autorización de tales cesiones o transferencias de poderes implica un procedimiento

¹⁰² TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

tácito y secundario de reforma constitucional. Se sustraen competencias o atribuciones a órganos nacionales, cambiando o modificándose su estructura del poder en el texto de la Constitución, mediante un procedimiento diferente del señalado en las respectivas constituciones para su reforma”¹⁰³

Postura similar acoge el profesor Salvador Mohor, que reconoce en el Tratado Internacional una modalidad de constitucionalización de Derechos Humanos como un mecanismo secundario de reforma constitucional “El tratado en cuanto instrumento de integración y cooperación internacional parece estrechamente vinculado al carácter universal de los derechos naturales y reconcilia a la Constitución con el progreso de los derechos humanos en el ámbito de su regulación jurídica, actualizándola permanentemente.”¹⁰⁴

Otra alternativa es la seguida por los profesores Troncoso y Vial, ellos postulan “que en caso de que un Tratado contenga normas que garanticen derechos fundamentales, esa parte del Tratado debe ser votado como una reforma constitucional, con los respectivos quorum. Y eso parecería coherente con el propio régimen general de enmienda constitucional. Si lo que ha constitucionalizado el artículo 5° reformado son los derechos esenciales contenidos en los Tratados Internacionales y no los Tratados mismos, y si cada vez que se apruebe un Tratado Internacional se ratifique y este entre en vigencia internacional, se va a modificar la constitución, lo más coherente sería, de acuerdo a esta interpretación, que esa aprobación, en lo que concierne a las normas de Derechos Humanos, sea aprobada bajo las normas y los quorum que rigen la reforma de la Constitución, en aquello aplicable.”¹⁰⁵

Efectivamente existen distintas alternativas para enfrentar este asunto, unas son tajantes en que la reforma se sucede automáticamente por el artículo 5°, otras se abren a la posibilidad de que sean incluidas conforme los quorum de reforma que la propia Constitución establece, es última nos parece más coherente con la postura adoptada por este trabajo, en el entendido que se mantiene el foco en el contenido y no en el continente, y que aquel procedimiento otorga fortaleza al sistema de protección, pues al conceder los quorum, no se podrá en el futuro, por ejemplo frente a un caso de colisión normativa, argumentar que no se encuentra incluida en la normativa chilena por no haberse aprobado con el quorum exigido.

¹⁰³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (1993) pág. 888- 889

¹⁰⁴ MOHOR ABUAUAD, Salvador. (1990) Pag 186

¹⁰⁵ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

Recordemos que antaño se elaboró una excusa similar al indicar que los Tratados no se encuentran vigentes por la falta de publicación en el Diario Oficial.

2.4. Interpretación y conflicto de normas

Al concebir el sistema interno y sistema internacional como dos sistemas diferentes, que mantienen su individualidad pero que se comunican y retroalimentan es posible que en la aplicación de su normativa en un caso particular ellas presenten algún conflicto, es decir cuando frente a una misma condición fáctica se le imputan consecuencias incompatibles, se presentan diferentes orientaciones en cada normativa que no son posibles de ser observadas simultáneamente

Para la solución del conflicto de normas, nuestro sistema jurídico ha optado por las reglas de subsunción, primará aquella norma de mayor jerarquía. Siendo entonces que acogemos la tesis de que los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales que se encuentran vigentes para el Estado de Chile son de jerarquía constitucional, que podríamos enfrentarnos a un escenario en que la colisión sea de normas con igual jerarquía, la constitucional. ¿cuál debe primar en este caso?

El profesor Nash aventura una tesis que es coherente con el objeto de protección y promoción de los derechos humanos, debe decidirse con un criterio “pro persona, esto implica que en caso de duda de la norma aplicable debe preferirse aquella que de mejor manera garantice los derechos humanos”

Misma opinión tiene el profesor Carlos Ayala “esta interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional debe resultar en que, si un mismo derecho es regulado con un contenido diferente por la Constitución y por un Tratado, el principio de la progresividad lleva como consecuencia a que deba aplicarse la disposición más favorable a la persona. La progresividad de los Derechos Humanos significa, que cuando un mismo derecho se encuentre regulado al mismo tiempo en distintos instrumentos internacionales, se deberá aplicar aquel que resulte más favorable a la persona.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ AYALA CORAO, Carlos (2002)

En la misma vereda esta la opinión del profesor Humberto Nogueira quien indica, “En materia de Derechos Humanos, el juez debe interpretar los Tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección de los derechos de las personas. Optará siempre por aquella interpretación que protege en mejor forma los derechos. Las limitaciones deben ser interpretadas en forma restrictiva, como lo dispone específicamente el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”¹⁰⁷

Otro elemento que agrega el profesor Nash, frente a los casos posibles de colisión normativa, es que ellos pueden verse aminorados tras el trabajo de control preventivo al que está mandatado el Tribunal Constitucional por el artículo 93 n°1 y n°3 de la Constitución.

“Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal:

1°.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten 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.”¹⁰⁸

Como vemos, un problema de colisión normativa entre ambos sistemas posee una solución más que convincente con el objeto buscado tanto nacional como internacionalmente, no suponiendo ni responsabilidad internacional ni inconstitucionalidad. El criterio de resolución pro-persona es el mismo criterio que lleva a la consagración de Derechos Humanos y al sistema completo de bloque constitucional.

2.5. Sujeto activo del artículo 5°

Para el análisis de este tema, me centraré en el trabajo del profesor Miguel Ángel Fernández González, quien cuando aún era ayudante de la cátedra de Derecho Político y Constitucional del profesor José Luis Cea Egaña, presenta su trabajo titulado “La Reforma al Artículo 5° de la Constitución”¹⁰⁹. Si bien en este trabajo considera que la reforma de 1989

¹⁰⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (1993) pág. 884

¹⁰⁸ Constitución Política de la República. Artículo 93°

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

referida al artículo 5° resulta redundante, por encontrarse ya los objetivos de ella consagrados en el mismo y en otros artículos, hace una precisión interesante respecto el sujeto activo de la obligación constitucional que mandata el artículo ya reformado y actualmente vigente, y es en ese punto que nos detendremos.

El profesor entiende que es el mismo artículo el que establece quien es el sujeto activo, es decir a quien se dirige el mandato constitucional, el artículo 5° indica que el deber compete a “los órganos del Estado”. La interrogante que surge inmediatamente es ¿sólo compete a los órganos del Estado el respeto y promoción de los derechos esenciales?, la respuesta del profesor es tajante: No, compete a cada persona, a cada familia, a cada grupo intermedio y también, a los órganos del Estado, basa su respuesta en el artículo 1° en el inciso 4° que reza:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe **contribuir** a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”¹¹⁰

El mandato constitucional del Estado es a contribuir al bien común, y en consecuencia indica el profesor “tal tarea nos involucra, porque interesa y alcanza a todos y a cada uno de los miembros de la sociedad política (...) y ya nadie discutirá que el respeto y promoción, digamos la vivencia de los Derechos Humanos, es parte esencial del Bien Común”¹¹¹

Consignado ello, el profesor igualmente levanta una alerta sobre quienes son considerados integrantes de los órganos del Estado, indica desde la doctrina que “es cualquier autoridad que, en nombre del Estado, adopta decisiones, imputándole a él lo obrado por ellos, como si el Estado lo hubiese hecho directamente”¹¹², bajo esa premisa, habría según él, al menos dos entidades respecto las que cabría la incertidumbre de si son incluidas en esta definición o no.

El primero de ellos son los servicios de policía política, no previstos expresamente en la Constitución (como si lo están las Fuerzas Armadas compuesta del Ejército, Armada y

¹¹⁰ Constitución Política de la República. Artículo 4°

¹¹¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

¹¹² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

Fuerza Aérea, y las Fuerzas de Orden y seguridad integrada por Carabineros e Investigaciones). Personalmente creo que tal alerta no tiene cabida, en tanto encontramos una respuesta inmediata incluso en la misma argumentación del profesor Fernández en razón de la primera aclaración hecha, en que todos nos vemos obligados al mandato de respeto y promoción de los Derechos Humanos, la respuesta entonces a la problemática de si incluimos a las policías políticas como órganos del Estado resulta inconsistente, pues estos organismos, sea donde estén consagrados y cual sea la posición jurídica respecto sean o no órganos del Estado, igualmente deberán dar cumplimiento fiel al mandado constitucional. Y aquí la relevancia de considerar también las normas de Derechos Humanos consagradas en los Tratados Internacionales, como iguales a los mandatos que se encuentran textualmente en la Carta Magna, pues tal jerarquía permite ampliar el espectro normativo de Derechos Humanos respecto los cuales dar cumplimiento. Este escenario de un sistema interno y otro internacional con igual jerarquía, permite que casos como los que se vivieron con la policía secreta en tiempos de Dictadura no vuelvan a repetirse.

La segunda entidad a la que hace referencia el profesor Fernández es el pueblo. En que si bien no discute su carácter de órgano del Estado, deja entrever un posible problema. El artículo 5° en su inciso 1° señala que el pueblo ejerce soberanía por dos vías o formas:

- 1.- Delegándola en sus representantes, es decir “Órganos del Estado”
- 2.- Directamente, a través del plebiscito.

El cuestionamiento que se realiza el profesor es “¿La reforma introducida por el constituyente derivado viene a imponer el deber de respeto y promoción de los Derechos Humanos solo respecto de la primera forma en que el pueblo ejerce soberanía?”¹¹³ el profesor indica que con la redacción actual del artículo 5°, podría entenderse que el mandato constitucional sólo obliga al pueblo cuando actúa a través de sus representantes y no cuando actúa a través de un plebiscito, abriéndose una brecha posible de infracción, y posibilidad cierta en que por ejemplo “el pueblo, vía plebiscito de reforma constitucional, podría introducir el aborto al artículo 19 n°1”¹¹⁴. El mismo profesor indica que esta posibilidad no puede haber sido querida por el constituyente, e indica “ni aun la más inmensa, permanente y dominante de las mayorías políticas podría atentar contra los derechos individuales, en cuando sean estos esenciales al hombre. Lo contrario sería retroceder a lo menos 200 años a la voluntad general

¹¹³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

¹¹⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

infalible de Rousseau”. Sostiene su argumento además en otro artículo de la misma constitución, el artículo 6° en su inciso 2° que amplía quienes son los sujetos activos, junto a los órganos del Estado, obligados al deber de respeto al Estado de Derecho y por tanto a la Constitución (agreguemos también, los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales que como sostiene el presente trabajo también poseen jerarquía constitucional) “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”¹¹⁵

Finaliza el profesor Miguel Ángel Fernández precisando que el artículo 5° pretendía con su redacción destacar a los órganos del Estado, mas no hacerlos el único sujeto activo. De esta forma precisa, “Por lo tanto, debemos colegir, con no poca dificultad según vemos, que el constituyente derivado solo ha pretendido destacar a UNO de los sujetos activos de la obligación, pero sin olvidar que no es el único. Por lo expuesto, quizá habría sido conveniente una redacción distinta para iniciar el texto de la reforma. Por ejemplo: es deber de todos, particularmente de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos. De este modo, habría quedado claro quiénes son los obligados y a la vez, se resaltaba el papel preponderante del Estado en esta materia.”¹¹⁶

Llegamos a la misma conclusión desde una mirada del Derecho Internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez-Rodríguez de 1988 y en el caso Godínez-Cruz de 1989 establece que los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, que como consecuencia de esta obligación, deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de ellos, procurando el restablecimiento, si es posible del derecho violado y reparar los daños producidos por la violación de los derechos humanos, indica la Corte que incluso la violación cometida por un simple particular, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado por la falta de debida diligencia para prevenir la violación o tratar el caso en los términos que exige la Convención.

Puede concluirse entonces que el sujeto activo somos todos, por tanto la obligación de respeto y promoción y la consecuente responsabilidad que ello conlleva, es *erga omnes*.

¹¹⁵ Constitución Política de la República. Artículo 6°

¹¹⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

2.6. Caracterización de derechos “esenciales” ¿Sinónimos de Derechos Humanos?

La discusión sobre si los derechos esenciales deben ser tratados como sinónimos de los Derechos Humanos nació de la interpretación del artículo 5° inciso segundo “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.*”¹¹⁷

Una postura interpreta esta norma indicando que de los derechos que emanan de la naturaleza humana, existen algunos esenciales y otros que no serían, por tanto solo los primeros tendrían la facultad de limitar la soberanía “el fundamento de esta postura sería el propio texto del artículo en cuestión y la historia de la norma, pues la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución claramente rechazó colocar al término derechos al adjetivo fundamentales, justamente para evitar que se pudiera hablar de uno derechos que tenían tal carácter y otro que no, y fue el Consejo de Estado el que introdujo la diferenciación”¹¹⁸.

Adoptar esta postura, como evidencian el profesor Troncoso y el profesor Vial¹¹⁹ traería una serie de consecuencias que ciertamente abren más preguntas que respuestas, ¿Qué derechos cumplirían con esta característica de esencialidad? ¿Con que criterios ellos serían determinados? ¿Qué normas en los Tratados y en la Constitución los contienen? ¿La obligación del Estado de respetar y promover recaería únicamente en estos derechos?

Otra crítica a esta interpretación la encontramos en el trabajo del profesor Paulino Varas, quien expresa “la discriminación entre derechos esenciales y no esenciales que emanan de la naturaleza humana aunque no estén expresamente contéplanos en el texto de la Constitución, está en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1° inciso primero de la Carta Fundamental según el cual los hombres nacen libre e iguales en dignidad y derechos y también está en contradicción con el artículo 1° inciso cuarto de la Ley Suprema, según la cual el Estado está al servicio de la persona humana”¹²⁰

Ahora bien, otra interpretación posible y que parece conforme con el objetivo de la reforma de 1989, es la seguida por los profesores Troncoso y Vial quienes comparten a su vez

¹¹⁷ Constitución Política de la República. Artículo 5°

¹¹⁸ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹¹⁹ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹²⁰ VARAS ALFONSO, Paulino, (1993)

la tesis de la profesora Cecilia Medina¹²¹ que abogan por tratar ambos conceptos como sinónimos, “el termino esenciales debe entenderse como sinónimo de fundamental o de Derechos Humanos, sin que sea la intención del constituyente el hacer una distinción para la cual no parece haber base en el texto fundamental, entendido éste en su integralidad y sistemáticamente”¹²²

De la misma forma lo entiende el profesor Humberto Nogueira, quien precisa “La Constitución chilena utiliza los conceptos de "derechos" (artículo 1º, inciso 1º), "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (artículo 5º inciso 2º), como asimismo de "derechos humanos" (artículo 9º), a su vez, se refiere a "derechos constitucionales" el encabezamiento del artículo 19º (...) La denominación utilizada de derechos "esenciales" o «humanos», consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico.”¹²³

Concluimos entonces que la única forma de interpretar estos términos es entenderlos como conceptos sinónimos, ello resulta conforme los fines buscados con la consagración de estos derechos, además de tener todos los conceptos una base común, la dignidad humana.

2.7. De los Derechos Humanos ¿Sólo aquellos que se encuentran consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales?

Si bien, la apuesta que más se asemeja a lo que ha sido históricamente la postura chilena, más cercana al positivismo, sería abogar por la certeza jurídica que entrega el contener normativa cierta respecto los Derechos Humanos consagrados en estos dos instrumentos, la Constitución y los Tratados Internacionales. Una interpretación, que es merecedora de ser tratada es la mantenida por la postura iusnaturalista, que al enfrentarse al

¹²¹ MEDINA, Cecilia. (1994)

¹²² TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹²³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003) pág. 3

tema de cuales serían derechos esenciales, derechos humanos, o derechos que arranquen de la naturaleza humana, no sólo les da un tratamiento de sinónimos, sino que incluyen en este concepto aquellos que no se encuentran garantizados por una norma.

El profesor Salvador Mohor pertenece a esta postura, y desarrolla su argumento desde la textualidad del artículo 5°, que según plantea, no se limita en que estos derechos solo existan tras su consagración en la norma constitucional y en el Tratado Internacional. Una interpretación extensiva le permite aseverar que el artículo 5° de la Carta Magna establece que “la fuente originaria de los derechos se encuentra radicada en la naturaleza humana y no en la voluntad del Estado (...) forzoso resulta concluir que, descontando los derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional, existe una zona residual indeterminada de derechos potenciales que busca formalizarse institucionalmente. El tratado internacional es sólo una de las vías. Pero existen igualmente otras”¹²⁴.

La posición iusnaturalista sostiene que los instrumentos normativos, como en este caso son la Constitución y los Tratados internacionales, se limitan a reconocer derechos preexistentes, garantizarlos, pero no los determinan, más aún, una consagración taxativa se haría imposible pues “sus proyecciones jurídicas se van poniendo de manifiesto paulatinamente al calor de las vicisitudes históricas”¹²⁵, es decir sería ilusorio intentar normarlos todos de una vez y para siempre.

Si bien se colige del trabajo del profesor Mohor, que él les da validez jurídica sólo en tanto han sido “institucionalizados”, es decir consagrados por la Constitución o los Tratados, desde una visión iusnaturalista, podría ciertamente construirse un postulado en que los derechos a los cuales el Estado se encuentra obligado y por tanto le generan responsabilidad no son sólo aquellos que se encuentren consagrados en la Constitución o los Tratados, pues es posible entender que existen, independientemente de su institucionalización. Aunque indisputablemente estos tendrían que ser probados en su existencia, debilitando su capacidad de exigencia directa en comparación a los que si estén consagrados.

Podríamos colegir la misma conclusión desde el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en su literal c) “ninguna disposición de la presente

¹²⁴ MOHOR ABUAUAD, Salvador. (1990) pág. 158

¹²⁵ MOHOR ABUAUAD, Salvador. (1990) pág. 155

Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”¹²⁶. Es el profesor Humberto Nogueira quien analiza este artículo a la luz de la alternativa recién propuesta “La disposición contenida en el artículo 29 de la Convención Americana en su literal c), permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada. Esta norma constituye un reconocimiento explícito de la existencia de derechos implícitos, los cuales no pueden ser desconocidos por el solo hecho de no estar establecidos en una norma positiva”.¹²⁷

Si bien esta es una construcción amplísima, creo cabe la pena mencionarla como una alternativa legítima.

2.8. De los consagrados en Tratados Internacionales ¿Sólo aquellos de DDHH?

La redacción del artículo 5° de nuestra constitución, también ha generado dudas en su interpretación respecto la fuente que puede contener los Derechos Humanos, es un asunto ciertamente trascendente de definir, pues limitará no solo la soberanía como indica el mismo artículo, sino también el bloque constitucional que afectará normativamente a nuestra legislación y posterior aplicación en casos facticos.

Una postura de interpretación restrictiva entiende que el artículo 5° se refiere únicamente a Tratados Internacionales de Derechos Humanos, su fundamento es más bien práctico y de certeza jurídica, pues ello facilitaría su detección para claridad del sentenciador y responsabilidad del Estado.

Otra postura más amplia, es la seguida por los profesores Troncoso y Vial, ellos indican que el texto de la norma no se limita únicamente a Tratados Internacionales de Derechos Humanos y que debe seguirse el objeto y utilidad de la reforma de 1989, no olvidemos que la finalidad es dar mayor protección a los Derechos Humanos, por lo que no cabría una interpretación restrictiva que imponga trabas en su interpretación. “El texto del artículo no

¹²⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 29°

¹²⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007) pág. 7

permite hacer esa interpretación restrictiva, ya que este habla de tratados en general, sin restringirlos a una clase específica de aquellos, los referentes a Derechos Humanos. De esta forma, nos parece que las normas de Derechos Humanos se encontrarían en cualquier Tratado, sea cual fuere su materia.”¹²⁸ Los profesores hacen una comparación con el similar problema que enfrentó la propia Constitución, cuando se referían exclusivamente al capítulo III como único consagrador de garantías, cuando existen muchos otros artículos que los contienen, por nombras un caso, el artículo 13 que se encuentra en el capítulo II que garantiza el derecho a sufragio.

Por su parte, el profesor Nash hace una distinción aún más amplia, no duda en exponer que la reforma que terminó por consagrar los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales en un rango constitucional, no incluye solo aquellas normas “que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido, como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los Derechos Humanos constituye un todo que no se puede dividir”¹²⁹

Una interpretación similar es la que hace don Carlos Ayala, que si bien no se refiere al caso chileno o a su normativa, hace un análisis global sobre qué debe entenderse como Tratado de Derechos Humanos, el profesor primeramente se refiere a aquellos “que tienen por objeto propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona” como se colige de también de la Opinión Consultiva 2 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la naturaleza propia de los Tratados de Derechos Humanos, cuyo objeto y fin es la protección de los Derechos Fundamentales de la persona humana, tanto frente al propio Estado como frente a los demás Estados partes”¹³⁰. Sin embargo el profesor también incluye “aquellos tratados que no tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos, pero si tienen por propósito la protección de la víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los derechos humanos, tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” y finalmente agrega también “otros casos, aunque el objeto y fin de todo el tratado no sea el reconocimiento de los derechos de la persona humana y su protección, puede ser que éste

¹²⁸ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹²⁹ NASH ROJAS, Claudio. (2003)

¹³⁰ AYALA CORAO, Carlos (2002)

contenga una norma o un grupo de éstas que conciernen a esta materia. Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la cual contiene normas sobre la notificación o aviso consular de nacionales, que conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos son normas que conciernen a los Derechos Humanos”

Estimamos que una definición amplia y sin interpretaciones restrictivas es ciertamente coherente con el actual sistema mundial de Derechos Humanos, y con el que fue también el objeto de la reforma constitucional de 1989. Es primordial recalcar que existe un principio de igualdad entre ellos, sin importar donde se encuentren consagrados, confirmación de esta interpretación es el haber dejado atrás la tesis de jerarquía que privilegiaba los derechos de primera generación por sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Mismo parámetro debemos ejercer ante todo Derecho Humano, sin importar en qué tipo de Tratado se encuentre contenido.

2.9. El asunto de los Tratados por acuerdo en forma simplificada

Otro asunto que ha generado dudas sobre la aplicación y alcance del art 5° de la Constitución, es si este incluye o no a los Tratados por acuerdo en forma simplificada. La respuesta casi intuitiva que diríamos hasta ahora y tras el análisis del acápite 4.4.2, es que la norma no distingue y por tanto deben incluirse todos los Tratados Internacionales. Pero el asunto resulta ser mucho más complejo.

Ello porque los Tratados por acuerdo en forma simplificada son aquellos que han sido celebrados en cumplimiento de otro Tratado que ya fue discutido ante el Congreso y que se encuentra en vigor, por tanto este acuerdo en forma simplificada no necesita de una nueva discusión el órgano legislativo.

Tal procedimiento se encuentra establecido en nuestra Constitución en el artículo 54° número 1 inciso cuarto: “Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación

del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.”¹³¹

Al no tener discusión ante el Congreso lo convierte en un asunto de suma importancia. Mas basta una lectura detenida del texto constitucional para dar una solución que resulta coherente con la constitución y a la vez con el sistema de protección de Derechos Humanos. Esa es la visión de los profesores Troncoso y Vial quienes indican “El propio texto de la constitución releva al Presidente de la República de someter a la aprobación del Congreso aquellos acuerdos a menos que se trate de materias propias de ley. El asunto entonces radica en saber si una norma que garantiza Derechos Humanos puede ser entendida como materia de ley.”¹³² Los profesores se remiten al artículo 63° número 20 de la Constitución que indica: “Sólo son materias de ley: 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.”¹³³ Y precisan “si una norma de Derechos Humanos no puede ser calificada como de carácter general, obligatorio y que funde las bases de un orden jurídico, no vemos con facilidad qué otra norma pueda por su propia calidad intrínseca, hacerlo”¹³⁴. Refuerzan además su análisis, verificando si las normas de Derechos Humanos cumplen con cada requisito del citado art 63 n°20.

- Generales: indican que la propia esencia de las normas de Derechos Humanos es ser generales, pues reconocen derechos a todos los sujetos humanos o cuando se limitan ciertas categorías de ellos, como derechos de mujeres, niños o minorías étnicas, igualmente lo hacen para todos aquellos que puedan ser incluidos en éstas.
- Obligatorias: son obligatorias en tanto hablamos de tratados que se encuentren vigentes en el Estado de Chile y que por tanto han cumplido con todos los trámites necesarios para que ello ocurra. Mas aun, debemos considerar su obligatoriedad por el mismo artículo 5° y 6° de la misma Constitución.
- Que estatuya las bases del ordenamiento jurídico: cumplen también con este requisito, pues ellas deben guiar las demás normas procedimentales y de competencia que sirven a la protección de los Derechos Humanos que contienen. A ello debo agregar que al considerarse de rango constitucional, se encuentran en la cúspide de nuestro

¹³¹ Constitución Política de la Republica, artículo 54°

¹³² TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹³³ Constitución Política de la Republica, artículo 63°

¹³⁴ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

sistema jurídico y por tanto deben informar al resto de normativa existente dentro del Estado, pues sólo así se obtiene un sistema jurídico coherente y completo.

Concluyen entonces los profesores que las normas que contienen Derechos Humanos ciertamente son materias de ley y que para salvar toda objeción posible al ser consagrados en Tratados de acuerdo simplificado, éste deba someterse a la aprobación del Congreso Nacional.

Esta posición resulta conforme la constitucionalidad del sistema interno como con las responsabilidades internacionales del Estado. Al igual que sucede con el caso de la reforma constitucional, esta resolución protege a los Derechos Humanos de cualquier excusa posterior que se pretenda argüir.

2.10. La ratificación.

La primera característica o requisito que debe cumplir el Tratado Internacional que contenga Derechos Humanos para que sea de aquellos incluidos por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, es que debe encontrarse ratificado por Chile.

El profesor Benadava desarrolla este requisito de la siguiente forma, “Para que el contenido del Tratado sea obligatorio para un Estado es necesario que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el Tratado en la forma prevista por el mismo. Este consentimiento se expresa comúnmente por medio de la ratificación o de la adhesión. La ratificación es el acto mediante el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un Tratado que ha sido firmado por sus plenipotenciarios”¹³⁵

En el mismo sentido podemos encontrar la finalidad que le otorga la Convención de Viena, que se desprende del artículo 2, 14 y 16, en ella la ratificación concede a los Estados el tiempo necesario para lograr la aprobación del Tratado en el plano nacional, y para adoptar la legislación necesaria para la aplicación interna del Tratado. Que en el caso chileno, es la aprobación del Congreso.

La ratificación entonces entendida como el acto en que el Estado manifiesta su consentimiento de obligarse, adquiere gran importancia pues en ella radica el momento en que el Estado se hace responsable de lo acordado. Ahora bien, existen dos posturas sobre la

¹³⁵ BENADAVA CATTAN, Santiago. (2004), pág. 44

aseveración que acabo de hacer. El profesor Miguel Ángel González las retrata de la siguiente forma “se ha sostenido por un importante sector de la doctrina y del foro nacional que un Tratado Internacional obliga a Chile (concretamente al Gobierno) cuando se ha obligado, como Estado, frente a la comunidad internacional. Vale decir, pudiendo requerir el acatamiento de una norma la comunidad de los pueblos, con mayor razón puede exigirlo el propio pueblo de Chile. Sin embargo, otro importante sector, avalado por la jurisprudencia unánime, reiterada y permanente de la Corte Suprema, ha sostenido que a ello es fundamental agregar un requisito adicional, cual es que el Tratado sea ley de la República, es decir, que se haya publicado en el Diario Oficial.”¹³⁶

A lo recién indicado debe precisarse, que si bien la publicación de los Decretos Promulgatorios es un acto que efectivamente se realiza, ello radica en la costumbre constitucional, y no en una exigencia legal, pues no existe ninguna regulación expresa en la norma que así lo indique. Esto se encuentra avalado por el fallo del Tribunal Constitucional sobre Campos de Hielo en sus considerandos 6 y 7 “6° Que, cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los tramites de la ley y el artículo 82, n°2°, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a aprobación del Congreso; 7° Que, por otra parte, la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo preé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental”¹³⁷. Esta sentencia deja en evidencia que el Tratado y Ley son distintos instrumentos que no pueden ser equiparados, y que la exigencia de publicación se encuentra legislada únicamente para ley y no para los Tratados Internacionales.

Habiendo desarrollado la idea de la ratificación, creo necesario estudiar también el segundo requisito exigido por el artículo 5° de la Constitución, la entrada en vigor.

¹³⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

¹³⁷ Sentencia TC 288-99

2.11. La entrada en vigor.

La entrada en vigor no es un tema menor, en el entendido que el artículo 5° de nuestra constitución incluye los Derechos Humanos contenidos en los Tratados que se encuentren vigentes, siendo este el segundo requisito exigido por la Constitución.

El asunto temporal es ciertamente importante, pues de él dependerá que actos quedan sujetos a la normativa y cuáles no. La vigencia le da vida real a la norma, así lo expresa el profesor Benadava “Aunque varios Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse por un Tratado, este Tratado no desplegará sus efectos, estará “dormido”, hasta que haya entrado en vigor. La entrada en vigor del Tratado señala el comienzo de su eficacia. Es la fecha en que el Tratado entre en vigor que comenzará a regir entre los Estados que hayan manifestado su consentimiento en obligarse por él.”¹³⁸

Ahora bien, al encontrarnos en el entramado de un sistema internacional y uno interno, es que surge la discusión sobre cuál es el momento de la entrada en vigencia de los Tratados Internacionales.

En esta discusión, hay tres posturas. Una es la seguida por el profesor Miguel Ángel Fernández que entiende que el artículo 5° entiende que el proceso realmente trascendente es la vigencia interna del Tratado, que al asemejar su inclusión a los tramites de una ley, exige su promulgación y publicación en el Diario Oficial. Indica el profesor Miguel Ángel Fernández González “En efecto, un tratado puede estar ratificado, pero no estar vigente por no haberse publicado en el Diario Oficial y, si aún no rige, no es obligatorio, según lo expresa el artículo del código civil transcrito [en referencia al artículo 7 inciso 1° del Código Civil, que establece la forma de publicar la ley]”¹³⁹

Llega a esta conclusión el profesor Fernández, con las normas de la Constitución que señalaban respecto la tramitación interna de los Tratados Internacionales, la equiparación con las normas relativas a la ley, y por tanto hacia aplicables al Tratado los artículos en referencia a como una ley adquiere vigencia. Cabe señalar que el desarrollo de esta idea se encuentra en un ensayo anterior a la reforma del año 2005 que modifica el texto constitucional, indicando

¹³⁸ BENADAVA, Santiago. (2004),

¹³⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989)

actualmente que la aprobación del tratado se someterá en lo “pertinente” a los tramites de una ley. Reforma que nos permite desechar esta primera postura, pues abogamos por una jerarquía constitucional en estos derechos contenidos en Tratados Internacionales, y no una legal o de equiparación a la ley.

La segunda postura es la defendida por la profesora Cecilia Medina¹⁴⁰, quien indica que el artículo 5° hace referencia a la entrada en vigor internacional del Tratado, y que por tanto sigue las normas relativas al Derecho Internacional. Es decir la forma que el mismo tratado indique para su vigencia, existen algunos que disponen su vigencia después de cierto plazo en que se han depositado cierto número de ratificaciones adhesiones de los Estados (así por ejemplo lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales, que establecen su entrada en vigor a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas), puede ser también que el Tratado no contenga disposición sobre su vigencia, en ese caso se aplica la regla del artículo 24 número 2 de la Convención de Viena, que indica “A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado”¹⁴¹

La profesora argumenta su postura en el entendido que los tratados no deben ser asimilados a una ley y por tanto los requisitos de entrada en vigencia de ella no son aplicables a los Tratados Internacionales. Misma postura tiene el profesor Salvador Mohor, quien sostiene que “respecto a los Tratados que reconocen derechos esenciales, la Constitución ha reconocido esos derechos en forma independiente de su específica modalidad de institucionalización, por lo que lo único lógico desde una óptica iusnaturalista es entender la validez exclusivamente en términos internacionales.” A mayor abundamiento agrega “Nada puede justificar que luego de la consumación de esos trámites el Estado pactante se excuse del cumplimiento dispensado, bajo el pretexto de no haberse satisfecho exigencias adjetivas que sólo dependen de su propia voluntad. Ello significaría en la práctica subordinar el cumplimiento de la obligación asumida por el Tratado a la satisfacción de una condición puramente potestativa: me obligo si quiero”¹⁴². El profesor también evidencia que una posición

¹⁴⁰ MEDINA, Cecilia. (1994)

¹⁴¹ Convención de Viena, artículo 24°

¹⁴² MOHOR ABUAUAD, Salvador. (1990) pág. 182

contraria acarrearía “el absurdo de que el cumplimiento de las obligaciones del tratado pueda ser exigido por los demás Estados pactantes respecto de aquel que ha omitido la consumación de los trámites internos, sin que este último, por su parte de encuentre vinculado jurídicamente frente a sus nacionales”¹⁴³

Una tercera posibilidad es la seguida por el profesor Humberto Nogueira, quien hace la distinción entre la entrada en vigencia del tratado en referencia a las obligaciones que asume el Estado y el momento en que generan obligaciones respecto las personas del país. Esta postura es desarrollada desde el texto legal del artículo 50 n°1, actual artículo 54° de la Constitución, que sufrió modificaciones con la reforma del año 2005. Pues si bien mantiene intacta la oración inicial “Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la Republica antes de su ratificación”¹⁴⁴ y con ello se mantiene el procedimiento en que se integra el tratado a la normativa interna, exigiendo para aquella integración la aprobación del Congreso Nacional antes de la ratificación que es facultad exclusiva del Presidente de la República al conducir los asuntos internacionales. Si agrega en el inciso 1° la frase final “se someterá, en lo pertinente, a los tramites de una ley”¹⁴⁵, modificación que permitió zanjar la discusión en que el tratado internacional no es una ley, no pudiendo equipararse ni en naturaleza ni en jerarquía. Bajo este escenario es que el profesor Humberto Nogueira indica “El Tratado no es generado por una fuente de derecho interna, sino por fuente internacional, por tanto, su validez y vigencia se rigen por normas de derecho internacional. Por ello, el Tratado requiere la aprobación del Congreso, solo para su incorporación al derecho interno, procedimiento que se realizará, en lo pertinente a su naturaleza de convención internacional (...) Una vez que el tratado internacional se encuentra aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República, genera inmediatamente las obligaciones pertinentes para el Estado si tales Tratados están vigentes en el derecho internacional, ellos pasan a ser derecho interno sin dejar de ser derecho internacional, pero a diferencia de las normas generadas por fuente interna no son susceptibles de derogación por voluntad unilateral del Estado”¹⁴⁶.

Sostiene esta postura el profesor Nogueira indicando que esta fue además la postura asumida tanto por el gobierno como por el Senado en el primer trámite constitucional de la

¹⁴³ MOHOR ABUAUAD, Salvador. (1990) pág. 181

¹⁴⁴ Constitución Política de la República, artículo 54°

¹⁴⁵ Constitución Política de la República, artículo 54°

¹⁴⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) pág. 4

reforma del año 2005.¹⁴⁷ Se basa también el profesor, en que en el inciso decimo del artículo 54 de la Constitución se mandata al legislador a dar la “debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.”¹⁴⁸ Y que este texto es prueba más que suficiente en que la publicación del Tratado en el Diario Oficial, no es un requisito de su vigencia, pues la “debida publicidad” puede cumplirse por el legislador de variadas formas y no necesariamente con el requisito que es exigido para la ley interna.

Tal interpretación elimina la posibilidad en que un Tratado ratificado y vigente no genere obligaciones y su consecuente responsabilidad para el Estado por el hecho de no haberse publicado en el Diario Oficial, manipular de esa manera la norma implica hacer uso de texto interno para evitar las obligaciones internacionales, lo que se encuentra expresamente prohibido por la Convención de Viena.

Finaliza el profesor Nogueira con una propuesta normativa que despeja la confusión de interpretación que hasta ahora existe sobre el momento en que se debe entender vigente el tratado internacional “Los tratados o convenciones internacionales son obligatorias para el Estado chileno desde su ratificación y vigencia internacionales, rigiendo desde tal momento todos los derechos que ellas crean a favor de las personas. No obstante, los tratados o convenciones internacionales solo generarán obligaciones para las personas desde su publicación en el Diario Oficial, la que deberá realizarse en su integridad dentro del plazo de cinco días desde la completa tramitación de su ratificación o adhesión por parte del Estado de Chile”¹⁴⁹

2.12. Reservas y denuncias.

Tanto las reservas como las denuncias han sido tratadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Así la propia convención entiende por reserva: “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o

¹⁴⁷ Segundo Informe de la Comisión de Constitución; Legislación y Justicia del Senado, páginas 188 y ss

¹⁴⁸ Constitución Política de la República, artículo 54°

¹⁴⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2005) pág. 8

modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”¹⁵⁰

Mientras que la denuncia se trata a propósito de las formas en que un Estado puede unilateralmente retirarse del Tratado.

Ahora bien, en el sistema interno ambas facultades residen exclusivamente en el Presidente de la República, por tanto la interrogante que se plantean los profesores Troncoso y Vial resulta absolutamente legítima “¿Puede el Poder Ejecutivo, en materias de Derechos Humanos, modificar o excluir los efectos jurídicos de las disposiciones de un tratado utilizando la reserva, o aún más, dejar sin efecto la totalidad de las garantías contenidas en él, por medio de la denuncia, por ser ambas dos facultades especiales del Ejecutivo?”¹⁵¹.

En este punto entra en juego una de las interesantes consecuencias de considerar ambos sistemas, interno y externo como sistemas diferentes pero que se comunican y retroalimentan. Pues aun cuando en el sistema interno observamos esta opción que debilitaría la protección de Derechos Humanos, en contrapartida en el sistema internacional, encontramos un elemento que mantiene la fortaleza de protección, pues son los mismos Tratados de Derechos Humanos los que en general, admiten reservas mucho más limitadas que un Tratado referido a otro fondo. “No se pueden considerar de igual manera a los Tratados de Derechos Humanos que a los demás Tratados. Si bien las reservas en los Tratados de Derechos Humanos son posibles, son mucho más limitadas que en los Tratados generales. Los criterios para controlar si una reserva es incompatible con el objeto y fin de un Tratado de Derechos Humanos son restrictivos con relación a los otros Tratados.”¹⁵²

En el mismo sentido los profesores Troncoso y Vial indican “la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ha restringido la admisibilidad de las reservas de acuerdo al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982) a solo aquellas que no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, entendiendo por tales a aquellas que afectan la esencia de la protección de los Derechos Humanos garantizados en la Convención o que desvirtúen o hagan ineficaz o

¹⁵⁰ Convención de Viena artículo 2 letra d)

¹⁵¹ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹⁵² SOLARI YRIGOYEN, Hipólito. (2006)

inaplicable el sistema de protección regional o lleven a suprimir la posibilidad de proteger un derecho garantizado por la constitución. A su vez, respecto a la denuncia, el artículo 78 de la Convención Americana la admite sólo luego de cinco años de entrada en vigor de la Convención mediante un preaviso de un año y aun así el Estado no se desliga mediante esa denuncia de las obligaciones respecto a los hechos acaecidos antes de la fecha a partir de la cual la denuncia comienza a producir efectos jurídicos.”

Con esta limitación, se consigue desde el sistema internacional salvar una situación que podría considerarse de peligro en el sistema interno. Como adelanté, esta es una prueba cierta de la importancia de concebir ambos sistemas como independientes, que mantienen su integridad pero que son capaces de comunicarse y retroalimentarse. Así entre ambos, funcionan como un sistema de frenos y contrapesos destinado a la protección de los Derechos Humanos.

2.13. Sistema de protección, recursos.

Una de las consecuencias más visibles al adoptar la tesis de constitucionalidad para los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales, es el sistema de protección, pues el Estado se obliga a respetar y promover estos derechos, y su incumplimiento por acción u omisión, lo hará responsable de una vulneración. “Es importante, que esta obligación internacional se haya consagrado a nivel constitucional, ya que su infracción dará lugar, no solo a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Chile, sino que también a un ilícito constitucional que puede ser recurrido internamente mediante los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico chileno”¹⁵³

Así las cosas, existe no sólo una responsabilidad interna sino también internacional de respetar, promover y proteger los Derechos Humanos. Como hemos ya señalado, la responsabilidad del Estado no queda en ampliar el catálogo de derechos, pues si el objetivo de la reforma y de considerar la inclusión de los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales como parte de la normativa que obliga al Estado, esta debe completarse con un sistema igual de fuerte para su reclamación. Es por ello, que si bien esta tesis se enfoca en el estudio del valor jurídico y jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos,

¹⁵³ NASH ROJAS, Claudio. (2003)

me permito desviar la atención del lector, para analizar brevemente la reclamación de los Derechos Humanos en sede nacional e internacional, pues exigibilidad y reclamación son parte trascendente en la construcción de un sistema de Derechos Humanos completo y sólido, ellos permiten que la protección sea efectiva y no puramente de papel o teórica.

2.13.1. Reclamación de DDHH en el sistema interno.

En este apartado sigo la tesis presentada por el profesor Troncoso junto con el profesor Vial.¹⁵⁴

Comencemos por el análisis de la acción de reclamo de pérdida de nacionalidad, que se encuentra consagrado en el art 12 de nuestra constitución:

“Artículo 12.- La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos.”¹⁵⁵

Cabe señalar que este artículo no precisa que normas deben concurrir para la resolución de esta acción, los profesores Troncoso y Vial entienden que necesariamente habrá que tenerse a la vista el art 11° que enumera las causales taxativas de pérdida de nacionalidad, pero el sentenciador, para cumplir la obligación mandatada en el art 6° de la constitución:

“Artículo 6°.- 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.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”¹⁵⁶

Deberá incluir en su razonamiento también los Derechos Humanos que se encuentren en consagrados en Tratados Internacionales que se encuentren vigentes, dando cumplimiento

¹⁵⁴ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹⁵⁵ Constitución Política de la República, artículo 12°

¹⁵⁶ Constitución Política de la República, artículo 6°

al artículo 5° antes ya analizado. Así visto “en este caso las normas sobre derecho a una nacionalidad contempladas en Tratados Internacionales estarían protegidas por este recurso constitucional”¹⁵⁷, de esta forma habría por ejemplo que incluir en una reclamación de este derecho, además de los contenidos en la Constitución, el artículo 10. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos o el 25° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues ambos hacen referencia a la nacionalidad.

Continúan su análisis con el recurso del habeas corpus, consagrado en el artículo 21° de la Constitución:

“Artículo 21.- Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”¹⁵⁸

Siguiendo la tesis de la inclusión de los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales, y que poseen jerarquía constitucional, no habría más que incluir en este recurso de amparo aquellas consagraciones y obtener su protección también en el sistema interno a través de él.

¹⁵⁷ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹⁵⁸ Constitución Política de la República, artículo 21°

Así lo afirman los profesores Troncoso y Vial, “Si hemos sostenido que desde la reforma al artículo 5° las normas de Derechos Humanos forman parte de la Constitución, la alusión que en este artículo se hace a ella debe también incluirlos, con lo que, en nuestra opinión, si a alguien se le arresta, detiene o declara procesado en contravención a alguna de las normas estipuladas en los pactos internacionales, esa infracción sería atacable vía este recurso de amparo, otorgándole así plena eficacia interna y practica a las normas señaladas en ellos, lo que corresponde plenamente con el fin de esos tratados y con el de la reforma del artículo 5°: mejorar la protección del individuo”¹⁵⁹

Mas aun, debiese también incluirse todo el “acervo normativo” como menciona el profesor Nash, por ejemplo la utilización de jurisprudencia internacional para la complementación de los conceptos de libertad personal y seguridad individual mencionados en nuestro texto constitucional.

Los siguientes recursos analizados son el de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad. Los profesores Troncoso y Vial sostienen que estos recursos fueron destinados a proteger las normas de rango constitucional y su supremacía en tanto cúspide de la jerarquía normativa chilena. Por tanto, en el entendido que los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales comparten esta jerarquía de constitucionales, ellos también debiesen ser incluidos bajo el amparo de estos dos recursos. “En el caso del recurso de inaplicabilidad establecido en el artículo 80 de la constitución, este se estableció justamente para proteger la supremacía constitucional cuando una ley sea contraria a la Constitución. Bajo este concepto un precepto legal que violara o menoscabara una garantía constitucional o un derecho protegido en un tratado internacional, claramente violaría, dado el mandato inscrito en el artículo 5°, la constitución. De esta forma el recuso de inaplicabilidad seria también uno de los medios para hacer practicable la protección de los derechos humanos.”¹⁶⁰

Finalizan su análisis con el recurso de protección. Este recurso es el que mayores controversias ha generado, pues la interpretación textual del artículo 20 de la constitución podría hacer suponer que su protección se encuentra limita a los numerales taxativamente mencionados por él:

¹⁵⁹ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹⁶⁰ TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

“Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad persona determinada.”¹⁶¹

A este artículo pueden realizarse dos interpretaciones, la primera es literaria, estricto sensu, donde se entendería que el recurso de protección sólo protege los artículos mencionados y aunque el mismo derecho se encuentra en otro texto legal o de rango constitucional, el artículo al hacer referencia taxativa debe simplemente reducirse a ellas.

Otra postura es la seguida por los profesores Troncoso y Vial, ellos abogan por una interpretación más amplia, lato sensu, ellos indican “Una interpretación literalista señalaría que el tenor del artículo 2º protege estrictamente las garantías que ahí se enumeran, debiendo el contenido de las mismas estar única y exclusivamente en ellas y no en otras normas, aunque estas sean del mismo rango. De esta forma, si un precepto de un tratado deroga o amplía una de las garantías cubiertas por el recurso de protección, eso no afectaría al recurso, ya que este solo se relacionaría con el texto concreto de la garantía protegida. Otra alternativa sería sostener que por ejemplo la garantía de la igualdad ante la ley al ser modificada, ya sea en forma de adición, derogación o modificación por las normas de los tratados, está protegida por el recurso como garantía y que la referencia al número del artículo 19 lo es solo con el objeto de identificar el derecho protegido por este recurso, entendiendo a este como una totalidad que implica, por cierto, las normas que lo modifican contenidas en tratados internacionales. De esa forma, la referencia numérica que se hace en el artículo 20, por ejemplo, al artículo 19 número 4º, no es al puro texto comprendido en ese numeral, texto que dado el efecto modificador que tiene la reforma de 1989, puede estar total o parcialmente derogado o

¹⁶¹ Constitución Política de la República, artículo 20º

fuertemente modificado por ésta, sino que a la garantía del respeto a la vida privada entendida integralmente.”¹⁶²

Esta última posición es en la que me incluyo, pues realizar una interpretación amplia, resulta conforme con el objetivo de la reforma de 1989, y las interpretaciones que deben hacerse sobre la constitución deben propender a la mayor protección de los Derechos Humanos, recurro también al principio conocido en el derecho “donde la ley no distingue, no es lícito al interprete distinguir” y el propio artículo 20º precisa “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en...” es decir lo protegido sería el derecho y la mención no hace más que referirse a la fuente que la consagra, que ciertamente se entiende complementada por el bloque constitucional que permitió la reforma de 1989 del artículo 5º de la Constitución.

2.13.2. Reclamación de DDHH en sede internacional.

Como mencioné al inicio de este acápite, el estudio de las reclamaciones en sede internacional es trascendente porque permite construir un sistema de Derechos Humanos fortalecido, tal como indica don Carlos Ayala “cuando las violaciones a los Derechos Humanos no son reparadas por los mecanismos de derecho interno, como pueden ser en muchos casos los diversos instrumentos de amparo y habeas corpus, la jurisdicción nacional debe considerarse agotada y, en consecuencia, se habilita la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos.”¹⁶³ Pero su estudio es relevante también porque las sentencias dictadas en sede internacional deben ser cumplidas, implementadas en la esfera interna, materializando una vez más aquella relación de sistemas diversos pero que se comunican, complementa y retroalimentan.

Para comenzar, destaquemos que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen una característica especial, el Estado no se obliga para con otros Estados en el respeto y promoción de los derechos esenciales, sino que para con todos los habitantes que se encuentran bajo su jurisdicción. Indica el profesor Humberto Nogueira “Al aprobar estos

¹⁶² TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993)

¹⁶³ AYALA CORAO, Carlos (2002)

Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. (...) si eventualmente una persona sujeta a su jurisdicción sufre una infracción o perturbación indebida y los medios o recursos internos no reestablecen sus derechos, queda abierto el camino para invocar la protección internacional. Entre estos está el camino de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA y luego la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene jurisdicción contenciosa sancionatoria.”¹⁶⁴

Cabe señalar que para activarse el sistema de reclamación internacional, rige el principio de agotamiento de los recursos internos, es decir la jurisdicción tiene un rol complementario a la instancia nacional de los Estados. Solo excepcionalmente podrá recurrirse directamente ante las Cortes Internacionales “cuando no es posible hacerlo ante la instancia nacional, sea por imposibilidad material (ausencia de recursos o inutilidad de los mismos), sea por imposibilidad practica (imposibilidad de acceso al sistema o demora injustificada en la resolución de los casos)”¹⁶⁵. Ahora bien, no debe entenderse con este procedimiento que el sistema internacional es meramente subsidiario, pues tiene un rol activo e integrador, por ejemplo al garantizar los Derechos Humanos haciendo una adecuada interpretación normativa o al señalar a los Estados las medidas que debe adoptar para encontrarse conforme sus obligaciones internacionales. Sólo en aquel entendimiento es que cumple con ser parte de un sistema completo en la protección de los Derechos Humanos, así lo expresa el profesor Claudio Nash, “en materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (corpus iusgarantista) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales.”¹⁶⁶

Analicemos la reclamación en la jurisdicción interamericana, que es donde pertenece Chile. En este cuadro geográfico son dos los órganos encargados de controlar la actividad de los Estados en materia de protección en los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana.

¹⁶⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (1993) pág. 890

¹⁶⁵ NASH ROJAS, Claudio. (2005 a.) pág. 92

¹⁶⁶ NASH ROJAS, Claudio. (2005 a.) pág. 92

La Comisión, tiene una naturaleza cuasi-judicial, y tiene competencia respecto todos los Estados partes del sistema interamericano. Entre sus funciones encontramos el estimular la conciencia de los Derechos Humanos, realizar recomendaciones a los Estados parte con objeto de que adopten ciertas medidas en miras del principio de progresividad de los Derechos Humanos. Dentro de sus facultades también encontramos la confección de Informes sobre Países “country reports”, este medio fue muy utilizado para hacer frente a las violaciones de Derechos Humanos que el continente americano sufrió de forma masiva y sistemática en la segunda mitad del siglo XX, en ejercicio de sus atribuciones también realiza las visitas *in loco*, transformándose en un elemento fundamental para recabar información de primera fuente en los lugares afectados. También actúa respecto las peticiones que se le presenten en ejercicio del artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, denuncias individuales en que se aleguen violación aisladas de Derechos Humanos, aunque el proceso también podría iniciarse por solicitud de un Estado o con iniciativa propia de la Comisión.

El otro organismo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, en razón de aquella facultad conoce casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos. Además entre otra de sus facultades de encuentra emitir opiniones consultivas.

Vayamos ahora al caso de Chile, que al haber ratificado la Convención Americana, se tiene un “amparo interamericano” que se encuentra consagrado en el artículo 44° de este instrumento y que se instaura como una acción popular: “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”¹⁶⁷

El procedimiento de aquella acción popular está determinada por la misma Convención junto con el Reglamento de la Comisión Americana. Luego que la acción es encontrada admisible, inician las audiencias que, similarmente a la tendencia actual de los procedimientos del sistema interno, se encuentra integrada una etapa de conciliación, u ofrecimiento de una solución amistosa, de lograrse ella el procedimiento concluye. De no producirse un acuerdo se inicia el periodo de pruebas, y el procedimiento en la Comisión concluye generalmente con dos capítulos, uno con las conclusiones y otro con las recomendaciones al Estado.

¹⁶⁷ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 44°

El primer capítulo, “se determina si el Estado ha violado los derechos humanos y en consecuencia, si ha comprometido por ello su responsabilidad internacional”¹⁶⁸.

En el segundo capítulo, de recomendaciones “se le señala al Estado las medidas que debe adoptar para establecer la situación jurídica infringida y efectuar las reparaciones e indemnizaciones pertinentes” ¹⁶⁹ cabe señalar que si bien se utiliza el término “recomendaciones” estas deben ser entendidas bajo un parámetro de obligatoriedad, pues corresponde al compromiso libremente adquirido por los Estados parte, el que debe concretarse en base a la buena fe. Así lo ha entendido la propia Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo “en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio”¹⁷⁰

El plazo para que el Estado realice las gestiones que le fueron indicadas es de 3 meses desde la remisión del informe de la Comisión. Si cumplido el plazo, el Estado no ha dado solución satisfactoria al asunto y si ha reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como es en el caso chileno) puede someter el caso a la Corte.

Ya el caso en la Corte y luego de la pertinente tramitación procesal en ella, el proceso concluye con la sentencia que “se pronuncia sobre la violación de los derechos humanos por parte del Estado, y como consecuencia de declarar su responsabilidad internacional, establece las reparaciones e indemnizaciones compensatorias correspondientes. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una jurisdicción reparatoria plena, ya que cuando decide que ha habido violación de un derecho protegido por la Convención, tiene poderes para disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad o derechos conculcados; y asimismo, de resultar procedente, puede disponer que se reparen

¹⁶⁸ AYALA CORAO, Carlos (2002)

¹⁶⁹ AYALA CORAO, Carlos (2002)

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.

las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”¹⁷¹

De esta forma la jurisdicción internacional que enviste la Corte permite a quien ha visto vulnerados sus derechos humanos, la posibilidad de reclamación mas allá de la última instancia en el sistema interno. Esta posibilidad se torna crucial especialmente en momentos que el Estado no se halla en condiciones de garantizar un debido proceso o en casos que el propio Estado se encuentra involucrado en la violación del derecho humano, sea por acción u omisión, o cuando la vulneración precisamente se manifiesta en la sentencia de última instancia del sistema interno. Ejemplo de esta última situación tuvo escenario justamente respecto una sentencia de la Corte Suprema chilena, sentencia que restringía el derecho humano de la libertad de expresión, me refiero al caso de la cinta cinematográfica “La última tentación de Cristo”. En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia indica que la responsabilidad del Estado alcanza a todos sus órganos en todos sus actos, lo que ciertamente incluye las sentencias de su más alto tribunal e incluso cuando aquella sentencia se fundamente en un artículo constitucional, la cúspide de su normativa. “Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”¹⁷²

En definitiva, el sistema reclamación internacional permite una reparación eficaz, aun cuando todos los recursos de reclamación del sistema interno hayan fracasado. Significa un paso más allá de la consagración de derechos humanos en la constitución y en tratados internacionales, de su fortaleza al considerar que éstos sean jerárquicamente constitucionales, debe también considerárseles justiciables, reclamables, pues el objetivo final es la protección real y efectiva de los derechos humanos, que en caso de alguna vez haber sido violentados sean reparados y reestablecidos.

¹⁷¹ AYALA CORAO, Carlos (2002)

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” considerando 72

2.14. Control preventivo y represivo del Tribunal Constitucional (TC)

La tesis adoptada sobre a qué jerarquía corresponden los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, resulta decisiva respecto el alcance que pueda tener el Tribunal Constitucional sobre estos derechos.

Pues si adoptamos la postura de la legalidad o supralegalidad, el Tratado puede ser objeto de control preventivo y represivo del Tribunal Constitucional, dado que en esta posición deberá subordinarse al texto constitucional. Mientras que al jerarquizarlo como constitucional, no permitiría el control represivo.

Para el análisis de esta apartado, vale la pena revisar cronológicamente algunos hitos que han ido marcando el camino de la doctrina sobre este asunto.

Iniciemos por el hecho que marca la actual legislación sobre el Tribunal Constitucional, la reforma constitucional del año 2005, esta reforma perfeccionó la organización estructural del Tribunal Constitucional, amplió sus competencias y le dio nuevas atribuciones. Entre estas atribuciones, encontramos el control de constitucionalidad sobre los tratados internacionales:

- En el artículo 93 numeral 1 de la Constitución está el Control Preventivo Obligatorio respecto las normas contenidas en un tratado y que versen sobre materias propias de una Ley Orgánica Constitucional.
- En el artículo 93 numeral 3, encontramos el Control Preventivo Facultativo, destinado a resolver las cuestiones sobre constitucionalidad, durante la tramitación de los tratados que son sometidos a aprobación del Congreso.

Respecto ambos controles, que son de carácter preventivo, no existe en doctrina ni en jurisprudencia mayor discusión sobre la aplicación que tienen sobre los Tratados, el texto de la Constitución es más bien claro. Por el contrario, como ya adelantábamos, la jerarquía que se le otorgue a los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales tiene consecuencias trascendentales en referencia al control represivo del Tribunal Constitucional, y es aquí donde los puntos divergen, pues quienes sostienen que el Tratado que contiene derechos humanos también se encuentran sometidos al control represivo del Tribunal en razón de los numerales 6 y 7 del artículo 93 de la Constitución que establecen:

“Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

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;

7°.- 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 anterior¹⁷³

Luego de la reforma del año 2005 que dio estas atribuciones, existe una sentencia del Tribunal Constitucional que marca la postura que éste mantiene en referencia a sus atribuciones represivas, tal es la sentencia del 25 de agosto del 2009¹⁷⁴. Las tesis Pamela Flores y Karin Hernández¹⁷⁵ explican esta sentencia de forma muy clarificadora, por lo que me remito al detalle que ellas realizan sobre los fundamentos del voto de mayoría de la sentencia referida:

- Los tratados internacionales, en ningún caso (por tanto tampoco aquellos que contienen derechos humanos) tienen rango constitucional, debiendo sus disposiciones sujetarse a lo establecido en la Carta Fundamental.
- Si bien el tratado internacional no es lo mismo que una ley, ello no impide que puedan ser asimiladas y ambos tipos de normas queden comprendidos dentro de la categoría “precepto legal”. Si bien la tramitación de un tratado internacional tiene ciertas particularidades en comparación al proceso de creación de una ley, ello no obsta a que se integre al ordenamiento interno como un “precepto legal”.
- La declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición contenida en un tratado internacional no vulneraría el inciso quinto del número 1 del artículo 54 de la Constitución Política de la República, puesto que dicha declaración sólo produce efectos particulares en una gestión pendiente concreta y en ningún caso implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones.
- Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad de un tratado o de una de sus disposiciones pronunciada en conformidad al numeral 7 del artículo 93 de la Carta Fundamental, si implicaría una vulneración constitucional respecto del artículo 54 n°1 inciso quinto y artículo 32 n°15, como también una violación a las normas de derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, ya que tal declaración genera

¹⁷³ Constitución Política de la República, artículo 93°

¹⁷⁴ Tribunal Constitucional Rol 1.288-2008

¹⁷⁵ FLORES C. P, y HERNANDEZ B. K (2013), pág. 77

el mismo efecto de una ley derogatoria, esto es expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico.

- La voluntad del constituyente de 2005 fue fortalecer el principio de supremacía constitucional, al ampliar las facultades del Tribunal Constitucional; de manera que pretender que la reforma de dicho año elimina el control de constitucionalidad a posteriori de los tratados internacionales es una contradicción. En efecto las atribuciones conferidas en el numeral 6 del actual artículo 93 son diferentes a las conferidas en el numeral 7, lo que produce el efecto de ley derogatoria.

Las tesis, tras plasmar estos argumentos, llaman a esta solución dada por el Tribunal Constitucional, “intermedia” pues mantienen un control represivo fundado en el numeral 6 del artículo 93 y desechan el otorgado por el numeral 7.

Tras esta sentencia, la doctrina ha permanecido dividida entre quienes, aunque minoritariamente, abogan por el control preventivo y represivo, y entre quienes solo mantienen el preventivo.

Así por ejemplo el profesor Manuel Núñez¹⁷⁶ cree correcta la decisión del Tribunal Constitucional, basándose en que el concepto de “precepto legal” que establece la constitución puede ser interpretado extensivamente, aun sin asimilar la ley al Tratado Internacional, ejemplifica esta situación con la interpretación que se ha dado para el recurso de casación en el fondo donde la “infracción de ley” alcanza a materias constitucionales como a Tratados Internacionales. Otro argumento que ocupa es la posible declaración de inaplicabilidad, que consiste en revisar los efectos que tendría la aplicación de una norma a un caso concreto, sin afectar a la norma en términos abstractos, pues la norma seguiría siendo aplicable a otras hipótesis de hecho. Indica además el profesor que la inaplicabilidad es una revisión en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales mas no un juicio de valide y por tanto no suspende, modifica ni deroga el Tratado sometido a control represivo, en consecuencia no habría tampoco un incumplimiento en las obligaciones internacionales que el Estado ha adoptado.

Ahora bien, la postura mayoritaria, es la que se mantiene contraria al control represivo de los Tratados Internacionales. Aquí encontramos la postura del profesor Claudio Troncoso¹⁷⁷, el que inicia por desacreditar el argumento del voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional antes desarrollada, al evidenciar que los ministros no se hacen

¹⁷⁶ NÚÑEZ, Manuel Antonio (2010).

¹⁷⁷ TRONCOSO, Claudio. (2010)

cargo de la expresa mención a los Tratados Internacionales que hace la norma en los numerales 1 y 3 del artículo 93 de la Constitución, tal mención distingue de la utilizada en los numerales 6 y 7 en que se refiere al precepto legal. Por lo que la asimilación que se realiza entre ambas fuentes no tendría lugar, de hacerse, todas las menciones expresas del constituyente a los Tratados carecerían de sentido. Mas aun, seguir este razonamiento deja sin piso al siguiente argumento que construyen los ministros del voto mayoritario, pues entran en la contradicción de en primera instancia realizar una interpretación extensiva para “precepto legal” entendiendo que alcanza a los tratados internacionales, y luego la hacen restrictiva al momento de distinguir entre el numeral 6 y 7, aun cuando ambos utilizan el mismo termino, opinan que solo en el 6 se incluyen los tratados mientras que en el 7 no.

Señala además el profesor que esta decisión intermedia del Tribunal Constitucional, sobre aceptar el control por inaplicabilidad y no el de inconstitucionalidad, por tener éste efectos generales, no obsta a que el Estado caiga en responsabilidad en el ámbito internacional, pues igualmente es un acto de un órgano del Estado, cuestión que fue precisamente el objeto de inclusión del artículo 54 n°1 inciso 5° “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.”¹⁷⁸ Que a su vez respalda la obligación internacional que Chile adoptó con la Convención de Viena cuando ésta preceptúa que no se puede invocar el Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Otro argumento del profesor Troncoso, radica en que los ministros insisten en dar a los Tratados que contienen Derechos Humanos un tratamiento equiparable al de la ley, aun cuando la reforma del año 2005 al artículo 50 n°1 estableció claramente la diferencia al indicar que el tratado se sometería “en lo pertinente a los tramites de una ley”. Mantener la postura de equiparación, no corresponde ni con la naturaleza jurídica del tratado (que al incorporarse al derecho nacional lo hace en tanto tratado y no como ley) ni con su lugar de orden jerárquico (que como es la propuesta de este trabajo, corresponde al de rango constitucional)

La misma postura mantiene el profesor Emilio Peffer quien hace el alcance: “La única oportunidad en que la Constitución se refiere al control de la constitucionalidad de los tratados internacionales es en relación con las atribuciones del Tribunal Constitucional, a quien faculta para: resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación

¹⁷⁸ Constitución Política de la República, artículo 54°

de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.”¹⁷⁹ También el profesor Humberto Nogueira “El único enfoque posible de armonización de la Constitución con el derecho internacional es aquel que posibilita solo control de constitucionalidad preventivo, el control de inaplicabilidad ejercido sobre tratados internacionales genera hipótesis de ilícito internacional por incumplimiento de obligaciones jurídicas convencionales dando lugar a la correspondiente responsabilidad del Estado. Cuando el Tribunal Constitucional, pretorianamente, se auto-otorga la competencia de control de inaplicabilidad de Tratados no establecida en el texto de la Carta Fundamental, rompe el principio de hacer el máximo esfuerzo interpretativo de armonización del derecho internacional y la Constitución y entra en contradicción y una conducta incoherente con su propio enfoque jurisprudencial.”¹⁸⁰

Se ha propuesto como solución a este dilema, que el control preventivo sea obligatorio para todos los Tratados Internacionales, pues de esta forma se evitaría un posible conflicto entre los tratados y la Constitución. Una decisión como esta ciertamente se hace urgente pues cabe señalar que la situación sobre el control represivo y preventivo que le es permitido al Tribunal Constitucional no se mantiene únicamente la esfera académica, es una cuestión de fáctica que apremia en su resolución, pues el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad referidas a Tratados Internacionales, como son por ejemplo, la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2010, Rol 1832-10 y la sentencia de fecha 20 de enero de 2011, Rol 1307-09.

En ese sentido me permito concluir con la claridad de las palabras del profesor Troncoso, quien haciendo referencia en el problema de los controles preventivos y represivos indica “no es un asunto que ponga en duda la necesidad de velar por el cumplimiento del principio de supremacía constitucional. El problema de fondo es la oportunidad en que se ejerce el control de constitucionalidad. Si éste es preventivo, antes que el Estado exprese su consentimiento en obligarse por el tratado, no se produce infracción alguna al derecho internacional que pueda generar responsabilidad internacional para nuestro Estado. Si, por el contrario, es represivo (ex post) trae aparejada la consecuencia de la suspensión o derogación de un tratado en vigor para Chile (aunque sea para un caso particular) por un órgano interno del Estado, como es el Tribunal Constitucional, al margen de lo establecido en el propio tratado o en las reglas generales de derecho internacional. Si el problema es cómo ejercer un control

¹⁷⁹ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. (2003)

¹⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, (2014) pág. 6

más eficiente de la constitucionalidad de los tratados, los acentos deben estar en un examen más acucioso de la compatibilidad de los tratados con las disposiciones de nuestra Constitución en el período de negociación de los mismos o durante su aprobación legislativa, pudiendo incluso considerarse la posibilidad de extender el control preventivo obligatorio que establece nuestra Constitución a todos los tratados sometidos a aprobación del Congreso, mas no de permitir un control de constitucionalidad ex post de tratados vigentes.”¹⁸¹

¹⁸¹ TRONCOSO, Claudio.(2010) pág. 157

Capítulo 3

Análisis jurisprudencial

En este acápite analizaremos algunos fallos de los Tribunales de primera instancia, Superiores de Justicia y del Tribunal Constitucional. Ello resulta relevante desde la perspectiva de profundizar los conceptos y discusiones que hemos analizado hasta ahora, pero desde la perspectiva de los tribunales chilenos, sobre todo en revisar sus visiones en la incorporación de los Tratados Internacionales en los razonamientos judiciales y que jerarquía les han otorgado los distintos Tribunales a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales.

3.1. Incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los razonamientos judiciales

Sobre este punto, podemos decir que la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ha sido uniforme en la judicatura chilena. Desde temprano se consideró que los Derechos Humanos consagrados en estos instrumentos internacionales ratificados y vigentes en Chile, tenían un lugar en los razonamientos de los jueces, sirviendo en sus decisiones y fundamentos.

Así se evidencia por ejemplo en el trabajo del profesor Claudio Troncoso¹⁸², en que cita dos sentencias referidas al uso de la normativa internacional de Derechos Humanos.

La primera se encuentra en uno de los considerandos del fallo de la Corte Suprema en 1991, referida a la libertad provisional y la ley de cheques “Lo resuelto se encuentra además en concordancia con el artículo 7 n°7 de la Convención Americana de Derechos Humanos denominado “Pacto de San José de Costa Rica”, aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5° de la Constitución Política, que establece que nadie será detenido por deudas y que no cabe dudas que si se aceptara la interpretación del recurrente la permanencia en el recinto carcelario (del procesado) habría sido una prisión por deudas expresamente prohibida en la actualidad”¹⁸³ si bien a mediados del mismo año la Corte consideró que la

¹⁸² TRONCOSO, Claudio (s.a.)

¹⁸³ Revista Fallos del Mes, n°390, mayo de 1991. p.132.

prisión en este caso era procedente por ser un delito y no una deuda civil, la redacción del fallo recién transcrito es certero respecto la utilización de la normativa internacional como fundamento y parte de la decisión de la Corte.

La segunda sentencia trabajada por el profesor Troncoso, la encontramos en un tribunal de primera instancia, en que el Juez de Castro en 1992, en un caso referido la imprescriptibilidad de los derechos humanos indica “El derecho a la vida, el derecho a un debido proceso, tienen el reconocimiento del Derecho Internacional de los derechos humanos y en consecuencia, por ninguna razón pueden verse afectados por la acción estatal. Estos derechos, como otros de igual naturaleza, son declarados inderogables, puesto que dimanar de la persona, que tienen atribuciones superiores al Estado, el cual debe estar permanentemente al servicio de su defensa.”¹⁸⁴

Otra sentencia que sirve de ejemplo, la encontramos en la Corte de Apelaciones de Santiago, que en 1993 resolviendo sobre un recurso de protección, aplica también directamente los Pactos Internacionales en materia de derechos humanos “Que lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigente en nuestro país, siendo suficiente para esta magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19 número 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”¹⁸⁵

Aun en fallos más actuales encontramos la misma tendencia de inclusión, así por ejemplo la Corte de Apelaciones de Temuco en el año 2010, sobre un recurso de protección en que se recurría por dos niños que fueron interrogados en tono burlesco y amedrentador por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile. En este caso la Corte resolvió acogiendo el recurso utilizando como fundamento Tratados Internacionales que contienen normativa de Derechos Humanos, destacamos el considerando 7° “Que las obligaciones anteriores de los funcionarios de la Policía de Investigaciones adquieren mayor fuerza por cuanto, tratándose de un órgano estatal, deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución Política de la Republica así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes (inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental). Por consiguiente, deben brindar protección a todos los menores sin

¹⁸⁴ Citado por TRONCOSO, Claudio. Op. Cit referencia 182.

¹⁸⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 983-1993

discriminación alguna (artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 10 del Pacto de Derechos Civiles, Sociales y Culturales). Del mismo modo, al proceder como lo hicieron, los recurridos no tuvieron presente lo dispuesto en el artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, que obliga a las instituciones públicas o privadas a tener como consideración primordial atender el interés superior del niño, asegurando la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; y el artículo 19 del mismo instrumento internacional, que impone el deber de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente o malos tratos”¹⁸⁶

Tras este pequeño barrido jurisprudencial podemos observar que los tribunales han incluido los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en sus argumentos y sentencias, considerándola como una normativa integrada al derecho chileno y que debe ser considerada en sus razonamientos.

Me permito cerrar con las palabras del profesor Humberto Nogueira quien también trata la inclusión de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la jurisprudencia chilena: “Hoy es indiscutible que los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son parte del Derecho chileno y aplicables de inmediato si se trata de derechos civiles y políticos [el profesor hace la distinción con los derechos económicos, sociales y culturales en el que Estado se encuentra obligado a ellos en la medida que sus potencialidades económicas se lo permitan]. Esto constituye una obligación para todos los órganos del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales a los que les cabe un rol fundamental en esta materia. El punto que aun presenta polémica académica es el del rango con que se incorporan dichos tratados que contienen derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico.”¹⁸⁷

Precisamente este último punto es el que trataremos a continuación, desde la jurisprudencia chilena.

¹⁸⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 545-2010

¹⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (1993) pág. 894

3.2. Jerarquía que los tribunales han otorgado a los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales

Sobre la jerarquía que los tribunales han atribuido a los Derechos Humanos que se encuentran consagrados en Tratados Internacionales, ratificados y vigentes en Chile, podemos indicar que no existe una jurisprudencia unánime, existen diferencias en el tratamiento jerárquico de estos derechos no solo en los distintos tribunales que forman la pirámide del poder judicial, sino también de las perspectivas del mismo tribunal pero durante el tiempo. Comencemos el análisis de cada uno.

3.2.1 Tribunales de primera instancia

Son los tribunales de primera instancia los que más pronto han incluido dentro de sus decisiones y fundamentaciones la aplicación directa del derecho contenido en Tratados, entendiendo que la jerarquía de los Derechos Humanos contenidos en ellos, es constitucional.

Así lo expresa el profesor Emilio Pfeffer “los Tribunales Ordinarios, enfrentados a resolver entre la aplicación de una norma internacional y una ley, se han inclinado por darle efectividad a la primera si ella protege con mayor amplitud y efectividad el derecho. En efecto, se ha resuelto, por ejemplo, que la Comisión Anti-Dumping, creada por la ley N° 18.525, de 1986, no ha podido excluir de su aplicación a un tratado internacional promulgado y publicado conforme a la Constitución, aun existiendo ley interna sobre la materia, porque ello contraviene lo dispuesto en la Convención de Viena. (C. Santiago, 22 enero 1998, R.G.J., N° 211, p. 97). Luego, en otra sentencia similar en relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, que obliga a considerar, primordialmente, el interés superior del niño en todas las medidas concernientes a éstos que tomen los órganos del Estado, ha resuelto dar aplicación preferente a la norma internacional, señalando que no cabe hacer obligatorio el regreso del niño a su lugar de origen, si con ello se le expone a un peligro o situación intolerable. (C. Valparaíso, 3 junio 1998, R.G.J. N° 216, p. 80).”¹⁸⁸

Otro ejemplo de la categoría jerárquica constitucional, que le otorgan los tribunales de primera instancia lo encontramos en el fallo del 8° Juzgado del Trabajo de Santiago, que en

¹⁸⁸ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. (2003)

un juicio de despido injustificado el tribunal emplea la normativa internacional en su fundamentación y además es explícito en cuanto a su jerarquía “Que la falta de especificación en la carta de despido de la infracción que habría cometido la actora, impide establecer el motivo real que tuvo la demandada para poner término a los servicios de la actora y genera una vulneración del legítimo derecho a defensa que tiene la demandante. Tal omisión infringe entonces, la garantía del debido proceso, en el marco de un procedimiento breve, que en su fase de discusión, prevé sólo el libelo de demanda como única oportunidad procesal para conducir sus descargos. Tal garantía se encuentra incorporada al ordenamiento positivo por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (diario Oficial, 29 de abril de 1989), con rango constitucional (artículo 5°, inciso segundo de la Constitución Política) y señala que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, estableciendo con anterioridad por la ley, en sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. La observancia de la norma resulta exigible tanto a los órganos del Estado como a particulares (artículo 6, inciso segundo de la carta fundamental), por lo que la infringe el empleador que no exterioriza suficientemente la razón fáctica del despido”¹⁸⁹

3.2.2 Tribunales Superiores de Justicia.

Tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones han visto vacilante su jurisprudencia, ello también ha sido consecuencia de las reformas legales y del avance doctrinario que ha existido en la materia.

La profesora Miriam Henríquez¹⁹⁰, realiza un análisis de evolución jurisprudencial en que registra 4 etapas.

La primera de ellas se ubica desde la Constitución de 1980 hasta la reforma de 1989. En esta etapa la tendencia jurisprudencial era considerar que los Tratados tenían el mismo valor jurídico y jerarquía que la ley. Tal asimilación permitía incluso que aquellos tratados que había sido promulgados pero no publicados en el Diario Oficial, por ser éste un requisito de

¹⁸⁹ Octavo Juzgado del Trabajo de Santiago. Rol n° 2276-2006, considerando 4.

¹⁹⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. (2010)

vigencia en la ley, no tuviesen vigencia interna. Consecuentemente todos aquellos derechos consagrados en instrumentos internacionales que se encontraran en esta posición eran mas bien meras expectativas y no un derecho exigible. Así en el caso de Leopoldo Ortega, a quien se le había decretado su expulsión del territorio nacional y prohibido su reingreso, la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 1984 rechazó el recurso de amparo, dentro de sus fundamentos se encuentra “Que cualesquiera que sean los efectos y alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) que ha sido promulgado, pero no publicado, es lo cierto que sus cláusulas y disposiciones no podrían, dentro de un orden de prevalencia razonable y natural, contrarias preceptos constitucionales, ni menos primar sobre estos”¹⁹¹

La segunda va desde 1989 hasta el año 1994, año en que se dictan los primeros fallos en que se reconoce jerarquía suprallegal de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. Esta etapa se caracteriza por ser vacilante, y se analiza desde dos materias: la Ley de Cheques y la Ley de Amnistía.

Sobre la Ley de Cheques. Por un lado la Corte de Apelaciones de Santiago desde el año 1991 resolvió invariablemente que existía incompatibilidad entre la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, y el artículo 163 letra f) del Código Tributario, con el artículo 7° n°7 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 11° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que prohibían la prisión por deudas. Tal conflicto se resolvió a favor del Tratado Internacional por tener mayor jerarquía “en concepto de estos jueces la caución que prescribía el artículo 163 letra f) del Código Tributario, ha sido derogado por la modificación introducida a los artículo 5° inciso 2° y 19 n°26 de la Constitución, habría cuenta en el caso de aquel de lo que preceptúan los artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ambas ratificadas por Chile y actualmente vigentes”¹⁹², si bien en el texto de la sentencia no se hace alusión directa a la jerarquía se hace saber implícitamente su posición.

Por otra parte la Corte Suprema desde 1991, estimó que eran compatibles, dejando claro que ello no implicaba una asimilación jerárquica entre tales normas sino que sólo ausencia de conflicto. “En el numerando 7° el comentado artículo 7° del Pacto de San José, se asegura el derecho de que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta

¹⁹¹ Revista Fallos del Mes, 311 (1986) pp. 588 y ss.

¹⁹² Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 2390-A-91, de 12 de abril de 1991.

contrariada por el artículo 44 de la Ley de Cheques, en cuanto la caución que establece, desde que dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil sino que de una simple condición legal, para que los individuos privados de libertad, por los delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación, asegurando de ese modo su comparecencia al juicio”¹⁹³

Sobre la materia de Ley de Amnistía, en los casos de Lumi Videla y Uribe Tambley-Van Jurick, se enfrenta el conflicto entre el Decreto Ley 2191 y los Tratados de Derechos Humanos que prohíben la amnistía. En estos casos la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió aplicando con preferencia los tratados, basados en que tenían rango supralegal, así se evidencia claramente en el considerando sexto “Que para la doctrina nacional los Tratados o Convenios Internacionales están ubicados necesariamente en una jerarquía superior a la ley, en la medida que el Estado al incorporar el Tratado a su ordenamiento interno, de acuerdo al procedimiento previsto por la Carta Fundamental, quiere que sus órganos cumplan los tratados mientras no exista voluntad de denunciarlos; que, en tal sentido, se expresaron en la Comisión de Estudios de la Constitución en su sesión el 20 de junio de 1974, los comisionados Alejandro Silva Bascuñán y Jaime Guzmán Errázuriz, sin que la comisión llegara a establecer una norma expresa que determinara la jerarquía de los tratados en la Constitución”.¹⁹⁴

La tercera etapa va desde 1994 hasta 2005. Aquí las resoluciones mas trascendentes se encuentran en materias de deudas previsionales y aplicación de la ley de amnistía.

Sobre deudas previsionales, la jurisprudencia de la Corte Suprema fue vacilante, pues en algunos fallos consideró tal arresto como prohibido por los tratados internacionales por equipararla a una prisión por deuda atribuyéndole mayor jerarquía al tratado que a la ley “Que de lo expuesto, cabe concluir que el Pacto de San José de Costa Rica tiene una jerarquía superior a la ley 17.322, y que, por lo demás, al haber sido esta ley publicada en 1970, fue derogada tácitamente por el pacto, cuya publicación en el Diario Oficial es posterior”¹⁹⁵. Mientras que en otros casos negó la aplicación de los tratados argumentando que no se configuraba la situación prevista en el tratado por no ser una obligación civil, esta postura la

¹⁹³ Revista Fallos del Mes (1991), 391, pp. 244 y ss.

¹⁹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. Osvaldo Romo Mena (1994).

¹⁹⁵ Corte Suprema. Handel Sepúlveda Tapia con Carlos Iván Gutiérrez Zavala Juez Letrado Titular del Primer Juzgado Civil de Temuco; Segundo Juzgado Civil de Temuco; Tercer Juzgado Civil de Temuco (2004).

encontramos en la sentencia que resuelve el recurso de amparo interpuesto a favor de Leonel Huerta Corrales¹⁹⁶

Sobre los casos de la ley de amnistía, la jurisprudencia también se mostró vacilante. El primero de los casos analizados por la profesora Miriam Henríquez es el de Carmelo Soria en el año 1996, en que la Corte Suprema reconoce igual jerarquía a los tratados que a las leyes, y resuelve el conflicto entre ambas normas con un criterio de temporalidad. Ya en el año 1998 la Corte Suprema reconoce que los tratados de derechos humanos son jerárquicamente superiores a las leyes comunes, pero jerárquicamente inferiores a las leyes de orden público (como la Ley de Amnistía), es decir siguieron la tesis de la supralegalidad “Que a mayor abundamiento, por lo regular, con anterioridad a la modificación del artículo 5° de la Constitución Política de la Republica, que recién con fecha 17 de agosto de 1989 subordinó a los tratados internacionales ratificados por Chile y relativos a los derechos humanos, la ley chilena, se impuso el criterio de que, al menos las leyes nacionales de orden público, tienen preeminencia sobre las disposiciones de tratados o convenciones internacionales”¹⁹⁷. Sin embargo, el mismo año 1998 en el caso Poblete Córdova, la Corte Suprema rompe con su sostenida tradición de aplicar la ley de amnistía y comenzó a preferir lo previsto por los tratados internacionales, reconociendo una mayor jerarquía de éstos por sobre la legislación interna “10° Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido "Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (Fallos del Mes N° 446, Sección

¹⁹⁶ Corte Suprema. Leonel Huerta Corrales con Eliana Silva Romero Juez del Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago (2004).

¹⁹⁷ Corte Suprema, Pereira Salberg, Andrés y otros (2004).

Criminal, página 2066, considerando 4°): En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos”¹⁹⁸

La cuarta etapa registra los fallos posteriores a la reforma del año 2005. Aquí la tendencia de los tribunales superiores es la de reconocer la preeminencia de la aplicación de los tratados de derechos humanos en caso de encontrarse en conflicto con la normativa interna. Inclusive en casos como Lago Ranco y Urrutia Galaz se reconoce su rango constitucional, así por ejemplo se establece “El artículo 5° le otorga así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...) Que, por último, la enmienda al artículo 5° de nuestra Carta Fundamental tuvo por objeto reforzar el avance de los derechos humanos, al establecer “como deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos” e igualar los derechos humanos contenidos en la Carta Fundamental con los incluidos en los tratados internacionales”¹⁹⁹

Destacamos además la sentencia de la Corte Suprema en el caso de Víctor Pinto Pérez, que en el año 2007, sin vacilaciones entrega jerarquía constitucional al derecho humano contenido en tratados internacionales en su considerando 15°: “Que el castigo de este tipo de crímenes proviene directamente de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos. La consideración de aspectos tales como la prescriptibilidad de los delitos comunes debe ser, pues, efectuada desde esta perspectiva asegurando tanto el deber de punición que le corresponde al Estado por su incorporación a un sistema internacional que considera imprescindible la represión de esas conductas como así también la protección de

¹⁹⁸ Corte Suprema, Poblete Córdova (1998).

¹⁹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago. Estado de Chile; Miriam Luz Ancacura Pafián; María Ester Hernández Martínez; con Sergio Héctor Rivera Bozzo (2006), 8 de noviembre de 2006

las víctimas frente a disposiciones de orden interno que eviten la condigna persecución de sus autores”²⁰⁰

Otra sentencia que destaca en esta etapa, es la de la Corte Suprema en la casación en el fondo del caso Paulino Flores Rivas y otros, donde expresamente se indica que los principios del Derecho Internacional, en caso de derechos humanos, debe preferirse a la normativa interna, así en su considerando 23 precisa: “Que la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno. Valga, en apoyo de este aserto, la referencia a las sentencias Lauritzen con Fisco o de los barcos daneses (R.D.J., T.52, II, 1ª, p. 485 y ss.); el fallo recaído en un caso sobre extradición activa, en que se explicitó que los principios de Derecho Internacional priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado (en: R.D.J., T. 56, II, 4ª, pág. 66); los casos Embajada de la República de China, de 1.969 (F.M. septiembre de 1.969, págs. 223 y 224) y Embajada de Cuba, de 1.975 (F.M. junio de 1.975, pág. 90) y, en jurisprudencia posterior a los hechos de autos - pero demostrativa de la continuidad del principio que interesa - las sentencias de 26.10.95 (Rol N° 5.566), consid. 14º y 9.09.98 (Rol N° 469/98), consid. 10º, todas de esta Corte Suprema. Y para demostrar la amplia recepción de esta misma tesis, en la doctrina nacional clásica, recordemos que ya don Manuel E. Ballesteros, a fines del siglo XIX, sostenía que con sólo ser un cuerpo de doctrinas, el Derecho Internacional es, sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquéllas cuestiones regidas por él (La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, T.I, Stgo, 1.890, pág. 571). Por cierto, los internacionalistas chilenos contemporáneos Llanos, Benadava, Bustos Valderrama, Nogueira, C. Medina, entre muchos otros- participan plenamente de esta posición.”²⁰¹

Así es como han terminado las Cortes por fallar en el entendimiento de la tesis de jerarquía constitucional. E incluso ha comenzado a vislumbrarse, aunque aún en votos disidentes, la aceptación de la jerarquía supraconstitucional, “esta Corte Suprema ha expresado en innumerables fallos que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan

²⁰⁰ Corte Suprema, caso Víctor Pinto Pérez

²⁰¹ Corte Suprema, Paulino Flores Rivas y otros (2006)

disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, si no por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional.²⁰² Nótese que para el ministro Sergio Muñoz, quien redactó este voto de disidencia, la jerarquía supraconstitucional está dada por el contenido de derecho humano y no por encontrarse contenido en un tratado internacional, y además que fundamenta su argumento en las mismas palabras utilizadas en el caso de Poblete Córdova aunque dándoles una interpretación que le permite sostener no sólo una jerarquía constitucional, sino que una supraconstitucional.

3.2.3. Tribunal Constitucional.

Contrariamente a lo que sucede con las Cortes y tribunales de primera instancia, el Tribunal Constitucional ha insistido por más tiempo en la afirmación que los Tratados "son solo leyes en el rango de la pirámide normativa".²⁰³

Así fue expresado por el Tribunal Constitucional en sentencia causa rol 46-1987: "La prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118."²⁰⁴

El profesor Nash describe que esta posición sobre la reforma constitucional se basa en el art 50.1 de la Constitución, en el entendido que la incorporación automática de los derechos humanos consagrados en tratados a la Constitución, "conllevaría una posible reforma de la Constitución por un procedimiento diferente y menos oneroso que la que ésta prevé" el profesor Nash desacredita esta posición argumentando que no existe norma que indique que

²⁰² Corte Suprema. Rol 2.788-2012

²⁰³ NASH ROJAS, Claudio (2012).

²⁰⁴ Sentencia TC 46-1987

la Carta Magna deba necesariamente enmendarse por medio de un solo procedimiento, indica “Si hay acuerdo de la comunidad internacional del Presidente de la Republica y del Congreso para incorporar nuevos derechos humanos, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea mas flexible que aquel que se utiliza para el resto de las normas constitucionales”

En la misma sentencia de causa rol 46-1987 se indica “resulta inoficiosos analizar y resolver tal cumulo de cuestiones, ya que el objeto perseguido por el requerido, la ilegitimidad del artículo 8° de la Constitución por una supuesta contradicción con las normas referidas de Derecho Internacional resulta improcedente, habida consideración de que de existir tal conflicto, él debería ser resuelto, como bien lo afirma Kelsen, sobre la base del derecho nacional correspondiente, esto es en el caso en estudio, de acuerdo con la Constitución Política de Chile. (...) Las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en los tratados internacionales”²⁰⁵.

En replica a esta sentencia, la doctrina no demoró en hacer algunas acotaciones, así don Santiago Benadava²⁰⁶ indicó que difícilmente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que fue ratificado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución podría haberla modificado, pues ¿cómo podría modificar una constitución que aun no existía?, en la misma línea los profesores Rodrigo Diaz Albónico y Edgardo Riveros Marín en una columna del diario el Mercurio²⁰⁷, indicaron que resultaba a lo menos extraño que la sentencia citara a Kelsen para afirmar que debe preferirse el derecho interno al tratado internacional, cuando justamente Kelsen es el propulsor de la doctrina monista, que tal como analizamos al inicio de esta tesis, Hans Kelsen pertenece a aquella facción en que da primacía al derecho internacional sobre el interno.

El profesor Pfeffer también evidencia esta tendencia con el siguiente comentario: “con ocasión del pronunciamiento emitido respecto del Convenio 169, el Tribunal Constitucional señala que una norma que establece que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, es incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos

²⁰⁵ Sentencia TC 46-1987

²⁰⁶ BENADAVA CATTAN, Santiago (1992) P.48, pie de página 76.

²⁰⁷ Columna publicada en el diario El Mercurio, el día 15 de enero de 1988. P. A2, titulada “El asunto Almeyda y el Derecho Internacional”

penales y no puede tener aplicación, lo que demuestra la posición que dicho Tribunal ha tenido en esta materia."²⁰⁸

La misma tendencia persiste en el Tribunal Constitucional en sentencia causa rol N° 312 del 3 de octubre del año 2000, en que el Tribunal se pronuncia sobre la petición de inconstitucionalidad del Tratado entre las Repúblicas de Chile y Argentina sobre integración y complementación minera, afirmará en su resolución en el considerando 31, que el tratado tiene "fuerza de ley", pudiendo "modificar a una norma de igual jerarquía".

Avanzados un par de años encontramos una sentencia del Tribunal Constitucional que adopta una visión más bien de especie de supralegalidad, digo especie pues si bien es firme en mantenerlas en el mismo nivel que una ley, admite que en caso de colisión tiene primacía la norma del tratado. La sentencia aludida es la 346 del año 2002, en que parafrasean al profesor Silva Bascuñán "dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dicten dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales. (...) Las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre los derechos humanos esenciales. Revisten estos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa"

Incluso después de la reforma constitucional del año 2005, en que se aclara que el tratado internacional se someterá en lo pertinente a los tramites de una ley, el Tribunal Constitucional mantiene su postura, como se evidencia en resolución del año 2009 "Que, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N° 1 del artículo 54 de la Constitución ("...se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley") que aquellos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (Rol N° 288), ello no es óbice a

²⁰⁸ PFEFFER URQUIAGA, Emilio. (2003)

que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental²⁰⁹

Otra evidencia cierta la encontramos en la resolución de Roles n° 2387-12 y 2388-12, roles acumulados que se resolvieron el 23 de enero de 2013, en ejercicio del control preventivo y facultativo de constitucionalidad mandado por el artículo 93 n°3 de la Constitución, a requerimiento de senadores y diputados quienes indicaban que el proyecto que reformaba la Ley de Pesca había sido inconstitucional en su tramitación al omitirse el trámite de consulta previa previsto en el Convenio 169 de la Organización Interaccional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, pues al poseer tal Convenio rango constitucional debía formar parte de la constitución y cumplir con los parámetros del control de constitucionalidad. El tribunal Constitucional manteniendo la tendencia de su última jurisprudencia indicó:

- En su considerando duodécimo: que la Constitución no contiene una mención explícita sobre el rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando estos versan sobre derechos humanos. Que los tratados tienen un rango infraconstitucional al encontrarse sometidos al control preventivo de constitucionalidad. que el rango de los tratados es infraconstitucional pero supralegal según la doctrina inaugurada por el Profeso Alejandro Silva Bascuñán en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución y recogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia en cuestión. Y que reconocer la jerarquía constitucional a los tratados importaría una posible reforma secundaria de la Constitución y el Capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto.
- Finalmente rechaza el requerimiento con las siguientes palabras “Resulta claro que, descartada la tesis originalmente sustentada por los requirentes en orden a que el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tenga rango constitucional, podría simplemente procederse a rechazar los requerimientos deducidos por la imposibilidad de declarar una

²⁰⁹ Tribunal Constitucional, Rol N° 1.288-2008, de 2009

incostitucionalidad de forma contrastando normas de un proyecto de ley con otra que no tiene rango constitucional”²¹⁰

Contrariamente a lo hasta aquí estudiado, también existen sentencias del TC en que al controlar la constitucionalidad de ciertas leyes a utilizado el artículo 5° inciso segundo de la Constitución como parámetro de constitucionalidad.²¹¹ Así se muestra en el caso que se sometió ante el TC²¹² donde debió evaluar si las modificaciones a la Ley de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal eran contrarias a la Convención de los Derechos de los Niños, aquí el TC fue explícito al indicar que la nueva ley no vulneraba la Convención Internacional y por tanto tampoco vulneraba el artículo 5° de la Constitución, es decir se les equiparó en jerarquía constitucional. Dentro de sus razonamientos encontramos “la prevención del Ministro Jorge Correa Sutil que señaló que las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño tienen jerarquía constitucional, a la luz de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental. En su voto disidente, por su parte el Ministro Hernán Vodanovic consideró los derechos humanos contenidos en tratados internacionales como parte del parámetro de control de constitucionalidad, además de constituir límites al ejercicio del poder soberano por parte de los órganos del Estado”²¹³

La misma tendencia la encontramos en la sentencia del TC en que conoció la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la ley de cobranza judicial de cotizaciones previsionales. En esta causa los ministros ocuparon la normativa internacional como parámetro de constitucionalidad, es decir, tomaron el derecho humano contenido en un tratado internacional, y en razón de su contenido y por ser parte del artículo 5° de la Constitución decidieron que no se trataba de un caso de prisión por deudas y en consecuencia no era inconstitucional. “Vigésimo Octavo: Que, adicionalmente, en concordancia con lo ya razonado, el numeral 7° del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos reitera que “nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente, dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. La discusión en torno al establecimiento de la disposición, en particular las observaciones de los países miembros, permite sostener que su finalidad se vincula con la proscripción de la privación de libertad derivada de deudas propiamente civiles y, en modo alguno, al incumplimiento de las

²¹⁰ Tribunal Constitucional, Roles n° 2387-12 y 2388-12,

²¹¹ Respecto este tema sigo el estudio del profesor Claudio Troncoso (2011)

²¹² Tribunal Constitucional, Rol 786-2007

²¹³ Troncoso, Claudio (2011)

obligaciones legales que involucran intereses de toda la sociedad [como era la deuda en cotizaciones previsionales]”²¹⁴

En el mismo sentido encontramos el fallo del TC en que decidió sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil en relación al derecho a la identidad. En esta sentencia se refleja claramente la utilización y equiparación de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y la Constitución, y como el artículo 5° es utilizado como parámetro de constitucionalidad, la mejor referencia se encuentra en los considerandos 20 y 23 de la prevención de los Ministros Hernán Vodanovic, Mario Fernández, Marisol Peña, Francisco Fernández y José Antonio Viera-Gallo “20°. Que, en este orden de consideraciones, estos jueces previnientes estiman que debe reconocerse que la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, sustanciada por el Juzgado de Familia de Pudahuel, producirá un resultado contrario a la obligación contenida en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política, referida al deber que pesa sobre los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que, como el caso del derecho a la identidad personal, se encuentran asegurados (aunque implícitamente) en la misma Ley Suprema y también en la Convención de los Derechos del Niño, tratado internacional ratificado y vigente en Chile; (...) 23°. Que, por las razones consignadas precedentemente, estos Ministros previnientes estiman que la aplicación del artículo 206 del Código Civil, en la causa sobre reclamación de filiación no matrimonial RIT C-3479-2009, RUC 09-2-0335964-8, resulta contraria no sólo al derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política, sino que, también, al artículo 5°, inciso segundo, de la misma Ley Suprema.”²¹⁵

Podemos concluir luego del análisis de esta jurisprudencia, que el Tribunal Constitucional no mantiene una línea jurisprudencial uniforme y permanente, por el contrario es más bien contradictoria, y moldeable a la situación a la que se enfrente. En las causas que ha debido conocer por su atribución de control preventivo podemos vislumbrar una evolución en la una tendencia en que la jerarquía otorgada a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ha ido oscilando entre aquellas resoluciones que afirmaban tajantemente que tales tratados tenían jerarquía de ley y aquellas sentencias en que les reconocen una jerarquía superior a las leyes pero siempre infraconstitucional. Y cuando el Tribunal ha debido pronunciarse ante materias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de

²¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol 576-2007

²¹⁵ Tribunal Constitucional, Rol 1656-2011

las leyes ha dicho que aquellas son inconstitucionales porque vulneran las disposiciones de Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, que a su vez están contenidos en el artículo 5° y en consecuencia por ser contrarios al artículo 5°, es decir de jerarquía constitucional, entonces son inconstitucionales.

Capítulo 4

Desafíos futuros

Durante el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, se planteó la posibilidad de un cambio constitucional. Este proceso inició de forma inédita en la historia chilena con participación ciudadana directa, los únicos requisitos para participar eran ser mayor de 14 años, ser chileno o extranjero residente y poseer cédula de identidad.

“El Proceso Constituyente se define como el mecanismo de cambio constitucional que incorpora la discusión pública sobre los asuntos constitucionales, de manera institucionalizada, permitiendo el diálogo y la convergencia para la construcción de acuerdos de las personas sobre la Constitución. Es abierto a la ciudadanía, por cuanto los ciudadanos participan y pueden incidir en la discusión constitucional por medio de los diferentes espacios de participación contemplados para ello.”²¹⁶

El proceso en que se recogió la opinión de los chilenos se realizó en diferentes etapas:

- Consulta individual, que constaba de un cuestionario breve disponible en internet, en que las personas eran llamadas a manifestar tus preferencias sobre los ítems valores y principios, derechos, deberes y responsabilidades e instituciones del Estado que creían debían ser tratados en la nueva Constitución.
- Encuentros locales, en esta etapa se buscaba generar debate y reflexión sobre los mismos temas que fueron propuestos en la consulta individual. Pero en grupos de 15 a 30 personas. En el encuentro debían deliberar, acordar, priorizar y fundamentar sobre cada punto de análisis.
- Cabildos provinciales, este proceso se realizó en 60 provincias y fue abierto a todos los interesados que cumplieren con los requisitos de participación. al igual que en la fase local, la conversación fluyó desde los conceptos base predefinidos, sin perjuicio de que los participantes pudiesen incluir nuevos temas, valores, principios, derechos, deberes, responsabilidades e instituciones.
- Cabildos regionales, este proceso fue similar al provincial pero a nivel de regiones. Se inició desde el análisis de los resultados del cabildo provincial y de esa base se

²¹⁶ Información obtenida de la página del gobierno: <https://www.unaconstitucionparachile.cl/>

registraron nuevos acuerdos, acuerdos parciales y desacuerdos entre los grupos de trabajo.

Posterior a la recolección de los datos proporcionados por cada etapa, ellos fueron sistematizados y se realizó un “informe de observación” el que fue entregado a la Presidenta para constituir la base en que debiese redactarse el Proyecto de nueva Constitución que deberá discutirse en el Congreso.

Este informe²¹⁷ en el apartado destinado a los deberes y responsabilidades, entrega una tabla comparativa de las etapas de participación, con las siete primeras menciones que los participantes eligieron.

Tabla 2: Tabla comparativa de las etapas de participación. Siete primeras menciones de deberes y responsabilidades

Prelación	Consulta Individual	Encuentros Locales			Cabildos Provinciales			Cabildos Regionales			
		M*		A*	M*	A*	M*	A*	M*	A*	
1	Protección, promoción y respeto a los DDHH fundamentales	68,6	Protección, promoción y respeto a los DDHH fundamentales	81,0	96,5	Deberes de protección y de conservación de la naturaleza	99,7	94,5	Deberes de protección y de conservación de la naturaleza	100	96,4
2	Deberes de protección y de conservación de la naturaleza	63,3	Deberes de protección y de conservación de la naturaleza	80,9	95,0	Respeto por la Constitución	91,8	88,7	Respeto por la Constitución	95,1	90,8
3	Cumplimiento de las leyes y normas	60,1	Respeto por la Constitución	65,4	93,6	Protección, promoción y respeto a los DDHH fundamentales	91,8	95,7	Protección y conservación del patrimonio histórico y cultural	94,7	93,5
4	Respeto de los derechos de otros	58,0	Protección y conservación del patrimonio histórico y cultural	63,6	92,3	Respeto de los derechos de otros	89,6	90,3	Respeto de los derechos de otros	94,5	91,4
5	Ejercicio legítimo y no abusivo de los derechos	51,2	Respeto de los derechos de otros	62,2	83,8	Protección y conservación del patrimonio histórico y cultural	88,1	92,7	Cumplimiento de las leyes y normas	94,3	86,2
6	Protección y conservación del patrimonio histórico y cultural	46,2	Cumplimiento de las leyes y normas	52,6	91,8	Cumplimiento de las leyes y normas	86,9	86,7	Protección, promoción y respeto a los DDHH fundamentales	93,1	98,5
7	Responsabilidad	41,4	Ejercicio legítimo y no abusivo de los derechos	49,6	91,9	Ejercicio legítimo y no abusivo de los derechos	80,9	87,0	Ejercicio legítimo y no abusivo de los derechos	87,0	86,7

M* = Porcentaje de Consultas Individuales, ELA y mesas de trabajo de Cabildos Provinciales y Regionales en que el concepto fue **MENCIONADO**

A* = Porcentajes de **ACUERDO** consignado en las Actas de ELA y mesas de trabajo de Cabildos Provinciales y Regionales.

Fuente: Informe para el Ejecutivo, sistematización de la etapa participativa del Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía.

²¹⁷ COMITÉ DE SISTEMATIZACIÓN. (2017)

Salta a la vista que “protección, promoción y respeto a los DDHH fundamentales” se encuentra en todas las etapas de participación dentro de las 7 primeras menciones, y que en la consulta individual y en los encuentros locales ésta ocupó el primer lugar de prioridad.

Que las menciones que obtuvo superan ampliamente el 50% y en ocasiones muy cercana al 100%:

Consulta individual: 68%
Encuentros Locales: 81%
Cabildo Provincial: 91,8%
Cabildo Regional: 93,1%

Mientras que el porcentaje en que se logró acuerdo sobre este deber y responsabilidad, se encuentra cercano al 100% en todas las etapas de participación en que se permitía dialogo:

Encuentros Locales: 96,5%
Cabildo Provincial: 95,7%
Cabildo Regional: 98,5%

Posterior a la tabla recién presentada, el informe desarrolla las ideas fuerza que emergieron de las etapas de discusión. Llama la atención la obtenida de los Cabildos Provinciales: “Se describe como un deber fundamental y como un derecho humano inherente. Este deber sería además la base, principio o pilar de la Constitución. También se menciona su relevancia para la paz social y la dignidad. Se valora por la posibilidad que brinda para evitar que se transgredan los derechos de las personas y para poder vivir en sociedad, lo que también se puede expresar como sana convivencia o armonía. Se propone la necesidad de que haya respeto, promoción y protección de los derechos humanos, mencionando también la relevancia de respetar los tratados internacionales.”²¹⁸

De la mención expresa de los tratados internaciones, que en conjunto con la Constitución, se conciben por la ciudadanía como herramientas clave para la garantía, promoción y protección de los derechos humanos o fundamentales, emerge una evidencia clara de su importancia no sólo como herramienta legislativa, sino también como sustento de la garantía que la propia ciudadanía desea para sus derechos humanos.

²¹⁸ COMITÉ DE SISTEMATIZACION. (2017)

Cabe mencionar además que en los Encuentros Locales que fueron convocados por comunidades indígenas, se aprecian diferencias con los resultados globales, diferencias que ciertamente reflejan sus intereses en tanto grupos pertenecientes a una cosmovisión ancestral, y que justamente ha sido y sigue siendo violentada innumerables veces en sus derechos humanos. El informe indica, respecto al apartado de deberes y responsabilidades ““En lo que refiere a los deberes y responsabilidades, el deber de “Cumplimiento de tratados y obligaciones internacionales” es ubicado en estos Encuentros Locales dentro de los siete conceptos más mencionados””.

Este deber y responsabilidad, refleja la profunda necesidad de garantía en sus derechos humanos, que perciben los pueblos indígenas. El poner dentro de sus 7 preferencias el Cumplimiento de Tratados y obligaciones internacionales, evidencia su interés por obtener un real respaldo desde el sistema internacional. Ello es producto de que los derechos para ellos consagrados se encuentran mucho más completos en este sistema que en el interno, prueba mayúscula en que el “bloque constitucional” es ampliado a nivel de consagración en su catálogo de derechos humanos, y que debiese como derecho humano que es, ser considerado como tal, sin diferencia a aquellos directamente consagrados en la Carta Magna, con la misma jerarquía, constitucional.

Finalmente el 6 de marzo de 2018 la Presidenta firmó el proyecto de ley de reforma constitucional que establece los contenidos de una nueva Carta Fundamental para Chile, de este documento analizaremos brevemente dos artículos que establecen diferencias respecto los temas tratados por esta tesis.

El primero de ellos es el artículo 4° inciso segundo, que vendría a reemplazar al actual artículo 5° inciso segundo, aquel indica: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos. Es deber de los órganos del Estado y de todas las personas respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como aquellos establecidos en los tratados internacionales vigentes ratificados por Chile, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Los órganos del Estado deberán conciliar estos derechos con los establecidos en esta Constitución.”²¹⁹

²¹⁹ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto que reforma la Constitución Política de la República

En esta nueva redacción, cabe destacar la inclusión expresa de quienes son los destinatarios de esta obligación, la precisión del sujeto activo resulta valiosa en tanto expresamente lo amplía al indicar “es deber de los órganos del Estado y de todas las personas”. La redacción del artículo también permite poner más enfáticamente, el foco en los Derechos Humanos, mientras que la mención de donde se encuentren contenidos es mas bien ejemplificadora. Es valioso también que se incluya expresamente la Declaración Universal como fuente de Derechos Humanos, pues al no ser un Tratado propiamente tal, se hace ver que lo trascendente es el Derecho Humano y no el continente en el que se encuentre. Ahora bien, respecto a la jerarquía constitucional, la frase final es la encargada de sostenerla “los órganos del Estado deberán conciliar estos derechos con los establecidos en esta Constitución”, pues se hace cargo con la palabra “conciliar” de equiparar con la misma jerarquía a los Derechos Humanos contenidos en normativa internacional con aquellos que ya se encuentren en la Constitución. Es la opinión de esta tesis, que aquella decisión normativa podría haber sido aún más expresa.

El segundo es el artículo 94° en que se establecen las atribuciones del Tribunal Constitucional: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1° Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten 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. La declaración de inconstitucionalidad de cualquiera de estas normas debe ser acordada por una mayoría de cuatro quintos de sus integrantes; (...) 5° 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; 6° 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 anterior.”²²⁰

Lo que encontramos básicamente es una repetición del actual texto constitucional, este sigue siendo valioso en tanto fija el limite expresamente para el control de constitucionalidad del TC respecto los Tratados que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales, a un control preventivo. Es el único numeral que se refiere a los Tratados, y que además es expresamente diferenciado de la ley. Por si aquello no fuese lo suficientemente

²²⁰ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto que reforma la Constitución Política de la República

claro, además indica “antes de su promulgación” indicando que una vez que aquello haya sucedido no podrá pronunciarse, evitando los casos en que el TC extendía su poder de revisión a los Tratados que siendo promulgados aun no eran publicados, comiendo el error de equipararlo a una ley. Lo que si experimenta un gran cambio es la eliminación del actual artículo 93 n°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” eliminando el control preventivo facultativo.

En los numerales 5° y 6° encontramos la atribución del TC de conocer el recurso de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad de las leyes, el que es otorgado única y exclusivamente a un precepto legal, el artículo no incluye a los Tratados (que como vimos en el numeral 1° los diferencia expresamente de los preceptos legales al mencionarlos por separado). A juicio de esta tesis, que el nuevo artículo básicamente haya replicado al que actualmente rige, constituye una pérdida de oportunidad, si bien ya con esta redacción se interpreta que el TC no posee control represivo en los Tratados Internacionales, la oportunidad de fortalecer el mensaje es valiosa, no olvidemos que aun con esta redacción el TC ha ejercido control ex post.

La redacción de una nueva Constitución, es una oportunidad cierta de acabar con la discusión sobre la jerarquía de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, y con todas las consecuencias doctrinarias y jurisprudenciales que aquella decisión conlleva, y que hemos desarrollado en el capítulo 2. Es de esperar que este proyecto logre en el Congreso, una redacción aún más expresa sobre el valor jurídico y la jerarquía constitucional de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, que sea sin vacilaciones ni letra chica permitirá otorgar a los Derechos Humanos una protección efectiva.

Conclusión

Esta tesis enmarcada en el estudio al derecho chileno, referido al valor jurídico y jerarquía de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales me ha permitido obtener las siguientes conclusiones:

Sobre el concepto de valor jurídico.

La reforma constitucional del año 2005, al modificar el artículo 50, zanja la discusión histórica sobre el valor jurídico de los tratados internacionales. Anterior a esta reforma los tribunales y la doctrina eran vacilantes en su postura, aunque la tendencia, sobre todo de los tribunales superiores, era equiparar los Tratados Internacionales con la ley y en consecuencia exigían publicación del Tratado para reconocer su vigencia. Aquella excusa de derecho interno, generó responsabilidad internacional pues deviene contraria a la Convención de Viena, más aún, dejó sin la debida protección a los ciudadanos chilenos en sus Derechos Humanos. Tras la citada reforma se deja claro que los Tratados se someterán en lo pertinente a una ley, y se reconoce expresamente que los Tratados Internacionales mantienen su naturaleza jurídica de tratado, que al ser incluidos en la normativa nacional como hacen como Tratados y no como ley. Desde ese momento se evita la vergonzosa excusa de la publicación en el Diario Oficial para que el Estado reconozca su obligación de respeto y promoción de los Derechos Humanos, también contenidos en Tratados Internacionales.

Sobre el concepto de jerarquía de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales.

Podemos concluir que la redacción del artículo 5° inciso segundo, si bien textualmente resulta clara, aquella generó una serie de problemáticas y discusiones doctrinales. Para algunos esta reforma del año 1989 no hizo más que repetir la obligación del Estado respecto los Derechos Humanos, para otros hizo textual la intención del legislador en consagrar la jerarquía constitucional de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales.

Ciertamente el abanico de respuestas a esta inquietud es amplio, encontramos la postura de la legalidad, la de la supralegalidad, la constitucional y la supraconstitucional. Cada

una de estas posturas tenía fundamentos destacables para el estudio, pero sólo la tesis de la constitucionalidad desde una perspectiva centrada en los Derechos Humanos y no del Tratado que lo contiene, resultó satisfactoria para este trabajo. Baste para ello analizar el contexto histórico de la reforma que incluye el inciso segundo, un país herido por la violación de los Derechos Humanos debe propender a construir un sistema fortalecido de derechos. Consecuentemente sólo la jerarquía de la constitucionalidad de los Derechos Humanos otorga la protección requerida, de esta forma el Estado se hace responsable internacionalmente e internamente, se amplía el catálogo de derechos consagrados forjando un bloque constitucional infranqueable, se extienden los límites de exigibilidad al poder recurrir no sólo a los tribunales chilenos, sino también a la Corte Interamericana.

Sobre las consecuencias jurídicas de adoptar la tesis de la jerarquía constitucional

Luego de elegir, como la alternativa mas satisfactoria para esta tesis, a la jerarquía de constitucionalidad de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales, analizamos que consecuencias jurídicas devienen de aquella postura.

Una de estas consecuencias es el incremento a nivel de consagración en el catálogo de Derechos Humanos en comparación a aquellos que eran exigibles antes de la reforma de 1989.

Otro asunto que se analizó fue la posibilidad de que la Constitución Política se reformase automáticamente a través del artículo 5° al aprobar un Tratado Internacional de Derechos Humanos, tal posición posee argumentos valiosos, pero se ajusta más a la postura de jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales que contienen Derechos Humanos. Y esta tesis centra el foco en el contenido, en los Derechos Humanos, y no en el continente, los Tratados Internacionales. Es por ello que ante la posibilidad de reforma automática a través del artículo 5° de la Constitución, es que preferimos la postura de los profesores Troncoso y Vial, en que la reforma sea aprobada según los quorum que la propia Carta Magna establece, aquella alternativa es armoniosa al Derecho Interno e Internacional y además concede seguridad jurídica, evita confusión y posibles argumentaciones que intenten impedir el cumplimiento de un Derecho Humano por falta de algún “requisito”.

Se desarrolló también la interpretación de normas, de la misma jerarquía constitucional, frente a un posible conflicto entre aquellas consagradas en el derecho interno y en el derecho internacional. La solución doctrinaria que adoptó esta tesis fue la desarrollada por profesores como Carlos Ayala, Claudio Nash y Humberto Nogueira, que se centra en el principio pro-persona, ante una posible colisión normativa debe preferirse siempre aquella que sea más favorable a la persona humana.

Además, precisamos el sujeto activo de la obligación constitucional mandatada por el artículo 5°. Concluyendo que no se refiere únicamente al Estado, sus órganos o servidores públicos, sino que la obligación de respeto, promoción y la consecuente responsabilidad que puede derivar de la inobservancia a este mandato, es de todos. Por tanto la violación cometida por un simple particular puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Igualmente revisamos un asunto gramatical que deriva de la redacción del artículo 5° de la Constitución, ¿son sinónimos derechos esenciales y derechos humanos? Resolvimos entenderlos como sinónimos, pues una interpretación diferente sería contraria a la dignidad humana y permitiría sostener que existirían derechos humanos de segunda categoría, pues algunos limitarían la soberanía mientras que otros no.

Precisamos el alcance del artículo 5° de la Constitución, al responder interrogantes como ¿se refiere a todos los derechos humanos o sólo aquellos consagrados en la Constitución y en Tratados Internacionales? Y de los Tratados Internacionales ¿sólo puede incluirse si el Tratado es específicamente de Derechos Humanos? Donde la clave fue establecer que existe un principio de igualdad entre los Derechos Humanos, que sin importar donde se encuentren consagrados o el tipo de Tratado en que se contengan, poseerán la misma jerarquía, sin distinción.

Revisamos también algunos elementos propios de los Tratados Internacionales, la forma en como estos son incluidos en nuestro ordenamiento interno y como deben ser implementados, como son: la ratificación, la publicación, la entrada en vigor, los tratados por acuerdo en forma simplificada, el alcance de las reservas y denuncias, los recursos judiciales y el sistema de reclamación interno e internacional.

Finalmente dedicamos un acápite al control preventivo y represivo del Tribunal Constitucional, estableciendo que la posición de la jerarquía constitucional de los Derechos Humanos establecidos en Tratados Internacionales no permite el control represivo del TC,

pues al tener la misma jerarquía, no puede subordinarse uno a otro. Ciertamente el TC tiene el rol de velar por el cumplimiento constitucional, pero la oportunidad para revisar aquello en los Tratados Internacionales es antes de que el Estado manifieste su consentimiento en obligarse al tratado, mientras que si lo realiza represivamente acarrea responsabilidad internacional para el Estado chileno, pues provoca un efecto de suspensión p derogación de un tratado por una norma interna.

Sobre el análisis jurisprudencial.

La judicatura chilena ha incorporado los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales en sus razonamientos judiciales, sirviendo para sus decisiones y fundamentos. Ello como consecuencia de que el derecho internacional ha sido considerado como parte integrada al derecho chileno y que debe ser respetada obligatoriamente por todos los órganos del Estado, incluidos por tanto los órganos jurisdiccionales.

Donde se ha presentado polémica académica, es en la jerarquía con que se incorporan los Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales. Los tribunales de primera instancia uniformemente han plasmado en su jurisprudencia que adhieren a la tesis de la jerarquía constitucional. Por su parte los tribunales superiores de justicia han sido vacilantes, desde 1980 hasta 1989 le otorgaban a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales la jerarquía de ley, desde 1989 hasta 1994 comienzan a aparecer sentencias que le otorgan la jerarquía suprallegal, de 1994 hasta 2005 la jurisprudencia es notoriamente vacilante encontramos sentencias en que se les equipara en jerarquía con la ley (como en el fallo del caso Carmelo Soria visto por la Corte Suprema), otras en que les reconoce jerarquía suprallegal (en el caso de Pereira Salberg visto por la Corte Suprema), otras constitucional (caso de Poblete Córdova) y aunque se encuentra en un voto de disidencia cabe destacar el argumento construido por el ministro Sergio Muñoz en causa rol 2.788-2012 en vista del recurso de queja interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago doña María Soledad Melo Labra.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vacilante y contradictoria en la postura de la jerarquía de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales. Cuando el tribunal debe ejercer su control preventivo indica que los Tratados Internacionales no tienen otro valor que no sea incorporarse al precepto legal a lo mas con

una preponderancia sobre el resto de las leyes, aceptando a lo sumo la postura de la jerarquía supralegal. A su vez cuando se ha pronunciado sobre materias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, ha dicho que aquellas leyes sometidas a su conocimiento son inconstitucionales por vulnerar disposiciones de Derechos Humanos contenidos Tratados Internacionales que a su vez son parte del artículo 5° de la Constitución Política, y por ser contrarias al artículo 5° entonces son inconstitucionales, argumento que se sostiene en la jerarquía constitucional. La contradicción es evidente.

Conclusión final.

Ciertamente se ha avanzado en la protección de los Derechos Humanos en la normativa chilena, pues se reconoce el derecho esencial de la naturaleza humana en su dignidad, se reconoce que la intención de redactar estos derechos de una vez y para siempre de forma taxativa es una intención ilusoria, que su inclusión en la normativa debe ser flexible, a la luz del devenir histórico, aquello puede lograrse de mejor manera en una simbiosis entre el sistema de protección nacional y el internacional. La construcción del bloque de constitucionalidad, amplia los horizontes a nivel de consagración y la posibilidad de recurrir en su exigibilidad en ambos sistemas permite una justicia provista de rigurosidad, que no se ve debilitada cuando por ejemplo, un Estado tropiece con dictaduras o vulneraciones sistemáticas o estructurales de los Derechos Humanos.

Reconocemos también que es un proceso continuo, que puede siempre perfeccionarse, quizás a la luz de una nueva constitución, sería conveniente zanjar de forma aún más textual la jerarquía constitucional de los Derechos Humanos, para terminar con las interpretaciones que aun insisten en mantenerlos sometidos a la legislación interna. Y precisar también textualmente que su valor jurídico de Tratado Internacional se mantiene al incluirse en la normativa chilena. De esta forma por ejemplo se evitaría el control represivo que ha ejercido el Tribunal Constitucional, lo que acarrea responsabilidad internacional y desprotección a nivel de Derechos Humanos.

Me permito concluir con las precisas palabras del profesor Humberto Nogueira “La supremacía de la Constitución no se limita fronteras adentro, estableciendo un dique de contención y desconfianza del derecho internacional de los derechos humanos, debiendo recepcionarlo sin reduccionismos ni paradigmas conceptuales esclerosados que

corresponden a concepciones dogmáticas decimonónicas, desconociendo los valores, principios, objeto y fin del sistema de derechos y el contexto de las reformas concretadas en 1989. Es necesario asumir de buena fe que el sistema interno de derechos se refuerza y fortalece con la fuente internacional, tal fue el objeto de la reforma al artículo 5º inciso 2º en 1989, con el objeto de "aggiornar" el empobrecido catálogo de derechos contenido en el texto original de 1980."²²¹

²²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003) pág. 17

Bibliografía

Doctrina:

ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE.(1973) “Comisión Ortuzar” Tomo I, sesión 47. [en línea] < http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r>[consulta 16 de septiembre de 2016]

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, (2010) “La posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Positivo” Revista lus et Praxis, Año 16, n°2, año 2010, pp. 185-210.

ANDRADE GEYWITZ, Carlos. (1991) “Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp. 276-290.

AYALA CORAO, Carlos, (1998) “La jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos” [en línea] <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-01/Unidad_3/Lecturas/4.pdf> [consulta 13 de octubre de 2017]

_____,(2002) "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 12 al 15 de febrero de 2002. [en línea] < <http://www.civilisac.org/web/wp-content/uploads/jerarquc3ada-de-los-tratados-de-ddhh-ayala-corao.pdf> > [consulta 26 de septiembre de 2017]

BAZÁN, Víctor, (2003) "La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de derecho comparado" en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, edición 2003. Ed K.A.S. Montevideo, Uruguay, 2003, pp. 109 y ss.

BECA, Juan Pablo. (2014) “De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional” en Revista Chilena de Derecho y Ciencia política, septiembre- diciembre 2014. Pp. 23-28.

BECERRA RAMIREZ, Manuel. (2009) "La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional" año 2009 [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2740/22.pdf>> [consulta 26 de septiembre de 2017]

BENADAVA CATTAN, Santiago (1992) "Nuevos enfoques del Derecho Internacional" Primera edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile.

_____. (2004) "Derecho Internacional Público" Octava Edición. Chile, Lexis Nexis.

BERTELSEN REPETTO, Raúl. (1996) "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno". Revista Chilena de Derecho, Vol 23 n° 2 y 3, Tomo I, pp 211-222 [en línea] <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649904.pdf> [consulta 5 de octubre de 2016]

BODIN, Jean. (1997) "Los seis Libros de la República". Tercera edición. Editorial Tecnos. Madrid. España.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. (1998) "Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos" En V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México. [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/113/1.pdf>> [consulta: el 16 de octubre de 2017]

CEA EGAÑA, José Luis, (1997) "Constitución y tratados de derechos humanos" en Revista Ius et Praxis. Derecho en la Región, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, enero, 1997.

COMITÉ DE SISTEMATIZACION. (2017) "Sistematización de la etapa participativa del Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía. Informe para el Ejecutivo" Chile. [en línea] <<http://www.sistematizacionconstitucional.cl/resultados/>> [consulta: 26 de septiembre de 2017]

CUMPLIDO, Francisco. (1997) "Los tratados internacionales y el artículo 5° de la Constitución" 1997. [En línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19720207>> [consulta: 13 de octubre de 2017]

DETZNER, John. (1988) "Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno", Comisión Chilena de Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1988.

DIAZ ALBÓNICO, Rodrigo y RIVEROS MARIN, Edgardo (1988) "El asunto Almeyda y el Derecho Internacional" Columna publicada en el diario el Mercurio.

DÍAZ ALBÓNICO, Rodrigo, (1991) "La Reforma del artículo 5° de la Constitución Política", Revista del Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1991.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique. (1999) "Los Derechos Constitucionales" Tomo II. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

FAVOREU, Luis. (1994) "El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y Europa" en Revista Serie G. Estudios doctrinales, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/883/13.pdf>> [consulta: 29 de septiembre de 2017]

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1989) "La reforma al artículo 5° de la Constitución" en Revista Chilena de Derecho Vol 16. Pp. 809-825.

FLORES C. P, y HERNANDEZ B. K (2013) "Tribunal constitucional, el control de constitucionalidad y el control preventivo obligatorio con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005" Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho.

GARCIA BARZELATTO, Ana María. (2006) "Tratados Internacionales según la Reforma Constitucional de 2005" en Revista de Derecho Público. Chile. Volumen 68. Pp 72-84.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. (2001). "Control de constitucionalidad de los Tratados de Derechos Humanos". En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXII. Valparaíso, Chile. pp. 371-383.

_____. (2008) "Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos". En: Revista de Estudios Constitucionales de Chile, año 6 n°2 año 2008, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca.

_____. (2010) "Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989-2010)" En: Revista de Estudios Constitucionales de Chile, año 8 n°2 año 2010, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca.

_____. (2013) "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de pesca que asigna rango infraconstitucional a los Tratados de Derechos Humanos". En Revista de Derecho. Escuela de Postgrado n°3, julio 2013. Pp 227-234.

HERDEGEN, Matthias. (2005) "Derecho Internacional Público". México. Editorial Konrad Adeunauer Stiftung.

JORDÁN DÍAZ, Tomás. (2007) "La posición y el valor jurídico d los derechos sociales en la constitución chilena". En Estudios Constitucionales, año 5, n°2 pp. 185-204. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. [en línea] <www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/.../10_La_posicion.pdf> [consulta: 5 de octubre de 2016]

LOPEZ, José. "Hacia una jerarquía expresa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos". [en línea]< <http://www.lexweb.cl/hacia-una-jerarquia-expresa-de-los-tratados-internacionales-sobre-derechos-humanos> > [consulta: 23 de septiembre de 2016]

MEDINA, Cecilia. (1994) "Constitución, tratados y derechos esenciales". Santiago, Chile. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

MOHOR ABUAUAD, Salvador. (1990) “Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución de 1980”. En Revista de Derecho Público. Volumen 1990, n° 47-48. Pp. 153-193.

NASH ROJAS, Claudio. (2003) “La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena”. Ponencia presentada en el Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay, organizado por UNICEF. Montevideo. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142607> > [consulta 27 de septiembre de 2016]

_____.(2005 a.) “Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros”. En Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Volumen 67. Pp 73-100.

_____.(2005 b.) “Los derechos fundamentales: ¿La reforma constitucional pendiente?” En Revista de Derecho. Universidad de Concepción. N°217-218, Año LXXIII. Pp. 119-140.

_____ (2006 a) “La protección internacional de los derechos humanos” En Conferencia dictada para el Seminario Internacional El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales, organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142636>>[consulta 31 de octubre de 2016]

_____.(2006 b) “Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI” En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Anuario 2006 Tomo II. Pp 1305-1333.

_____.(2008) “La justificación de los derechos humanos en el sistema internacional y sus consecuencias legitimadores en una sociedad democrática”. Versión de la Conferencia dictada para el Congreso de Derechos Humanos organizado por Estudiantes de Derecho de la Facultad de Derecho Universidad de Chile. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142630>> [consulta 30 de octubre de 2016]

_____.(2010 a) “Los desafíos del constitucionalismo latinoamericano en materia de derechos humanos” Ponencia XVI semana jurídica en la Universidad de Brasilia. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142627>> [consulta 25 de septiembre de 2017]

_____.(2010 b) “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos” Ponencia presentada en Simposio Humbolt: Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional. Universidad de Buenos Aires, Argentina. [en línea] <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142629>>[consulta 25 de septiembre de 2017]

_____. (2012). “Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno.” Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile. [en línea] <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf>> [consulta 27 de septiembre de 2016]

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (1993) “Constitución y derecho internacional de los derechos humanos” En Revista Chilena de Derecho, Volumen 20. N°2-3. Pp. 881-895.

_____ (2003) “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia” En Revista Ius et Praxis Volumen 9 n° 1. Talca.

_____ (2005). "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Nogueira Alcalá, Humberto. (coord.), La Constitución reformada de 2005. Santiago, Editorial Librotecnia.

_____. (2007) “El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina”. En Conferencia solicitada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en Panamá. [en línea]

<http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf> [consulta: 23 de septiembre de 2016]

_____ (2013) "Derechos Fundamentales y garantías constitucionales" Volumen 1. Editorial Librotecnia.

_____. (2014) "Valor jurídico asignado por la jurisprudencia del tribunal constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013". En Revista chilena de Derecho. Volumen 41 número 2 Santiago. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071834372014000200003&script=sci_arttext> [consulta: 22 de septiembre de 2016]

NÚÑEZ, Manuel Antonio (2010). "Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad". En Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 5, Número 2, 2010, pp. 431 a 464.

PACHECO GOMEZ, Máximo. (1993) "Supraconstitucionalidad de los Derechos Fundamentales" En Revista de Derecho año 1993, Volumen 20. N° 2-3. Pp 897-899.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio. (2003) "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno" En Revista Ius et Praxis volumen 9 n°1 Talca. [en línea] < <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100021> >[consulta 06 de octubre de 2016]

PINOCHET ELORZA, Cesar. (1990) "Eficacia de la elevación a rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos". En Cuadernos de análisis jurídico. Volumen 13 Serie de seminarios sobre La Reforma Constitucional de 1989. Estudio crítico. Pp 9-19

RÍOS ALVAREZ, Lautaro. (1997) "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos", en Ius et Praxis, Año 2, pp. 101-112.

RIVERA NEUMANN, Teodoro. 2007. "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal constitucional", en Revista Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1: pp. 89-118.

SAENGER GIANONI, Fernando. (1993) "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la constitución." En Revista chilena de derecho. Volumen 20 n° 2-3. Pp 647-667.

Segundo Informe de la Comisión de Constitución; Legislación y Justicia del Senado [en línea] < http://www.senado.cl/prontus_senado/site/edic/base/port/inicio.html > [consulta 05 de septiembre de 2016]

SOLARI YRIGOYEN, Hipólito. (2006) "La reserva a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos" En Revista Agenda Internacional año 2, numero 8. Pp 72-85. [en línea] < <https://www.agendainternacional.com/numerosAnteriores/n8/0803.pdf> > [consulta 04 de octubre de 2017]

TELLEZ SOTO, Claudia.(1998) "Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno". En Revista de derecho Valdivia, vol.9, no.1, p.179-190. [en línea]. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501998000200010&Ing=es&nrm=iso>. [consulta: 21 septiembre 2017]

TRIEPEL, Heinrich. (1898) "Droit International et Droit Interne". Paris, Oxford. Éditions Panthéon-Assas.

TRONCOSO, Claudio y VIAL, Tomás. (1993) "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución" XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II. Pp. 695-704.

TRONCOSO, Claudio.(2010) "Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009". En: Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 149-157.

_____. (2011) "Tribunal Constitucional y Tratados Internacionales. Análisis de su jurisprudencia relevante" En: Estudios de Derecho Internacional. Libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla. Tomo II. Chile. pp. 733-760.

_____. (s.a.) "La incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Chileno" Trabajo inédito, no publicado en Chile.

UMPRIMNY, Rodrigo.(2006) "Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal". Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia.

VARAS ALFONSO, Paulino, (1993) "El respeto a todo derecho inherente a la persona, aunque no esté contemplado en el texto de la Constitución", XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 20 N° 2 y 3, Tomo II. Pp 725-729.

VERDUGO, Sergio. 2011: "¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales? Crítica a una propuesta inconveniente", en Anuario de Derecho Público 2010 (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 449 - 477.

Legislación y proyectos de ley.

Chile, Ministerio Secretaria General de la Presidencia. Constitución Política de la República de Chile.

Chile, Ministerio Secretaria General de la Presidencia. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto que reforma la Constitución Política de la República

Convención de Viena. Sobre el derecho de los Tratados. 1969.

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” 1969. Suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Santiago. Estado de Chile; Miriam Luz Ancacura Pafián; María Ester Hernández Martínez; con Sergio Héctor Rivera Bozzo (2006), 8 de noviembre de 2006

Corte de Apelaciones de Santiago. Osvaldo Romo Mena (1994).

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 2390-A-91, sentencia de 12 de abril de 1991.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 983-93, sentencia de 15 de junio de 1993

Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N° 545-2010, sentencia de 13 de mayo de 2010

Corte Suprema. Handel Sepúlveda Tapia con Carlos Iván Gutiérrez Zavala Juez Letrado Titular del Primer Juzgado Civil de Temuco; Segundo Juzgado Civil de Temuco; Tercer Juzgado Civil de Temuco (2004).

Corte Suprema. Leonel Huerta Corrales con Eliana Silva Romero Juez del Noveno Juzgado del Trabajo de Santiago (2004).

Corte Suprema, Flores Rivas Paulino y otros (2006) Rol 559-04

Corte Suprema, Pinto Pérez, Victor (2007). Rol 3125-2004.

Corte Suprema. Poblete Córdova (1998).

Corte Suprema. Pereira Salberg, Andrés y otros (2004).

Corte Suprema. Rol 2.788-2012. Resolución n° 95751 Sala Tercera (Constitucional) de 28 de Noviembre de 2012

Revista Fallos del Mes, n° 311 (1986) pp. 588 y ss.

Revista Fallos del Mes, n°390, (1991). pp.132.

Revista Fallos del Mes, n° 391 (1991), pp. 244 y ss.

Tribunal Constitucional Rol 46-1987. Requerimiento en contra del señor Clodomiro Aleyda Medina formulado por el señor Ministro del Interior por infracción al artículo 8° de la Constitución Política de la Republica.

Tribunal Constitucional Rol 288-99. Requerimiento formulado por diversos Senadores para que el Tribunal resuelva la constitucionalidad del acuerdo entre la República de Chile y la República de Argentina para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet, como asimismo del artículo I de dicho acuerdo, de acuerdo al artículo 82 n°2, de la Constitución Política de la Republica.

Tribunal Constitucional Rol 346-2002. Requerimiento formulado por diversos diputados con el Objeto de que el tribunal declare la inconstitucionalidad del estatuto de roma de la corte penal internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, de acuerdo al artículo 82, n°2, de la Constitución Política de la República.

Tribunal Constitucional, Rol 786-2007. Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3° del artículo único del Proyecto de Ley modificadorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N° 1 del citado cuerpo legal.

Tribunal Constitucional, Rol 576-2007. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Francisco Petour Goycolea, respecto de los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322, sobre Normas para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social, en causa seguida ante el 8° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago

Tribunal Constitucional Rol 1.288-2008. Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. (Boletín 4059-07). Ley N° 20.381 (D. Oficial 28/10/2009).

Tribunal Constitucional Rol 1656-2011. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Nel Greeven Bobadilla, Juez de Familia de Pudahuel, respecto del artículo 206 del Código Civil, en los autos Rit C-3479 – 2009 y Ruc 09-2-0335964-8 del Juzgado de Familia de Pudahuel.

Tribunal Constitucional, Roles n° 2387-12 y 2388-12 (acumulados). Sentencia del 23 de enero de 2013. Requerimiento de senadores y diputados por inconstitucionalidad del proyecto que reformaba la Ley de Pesca.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf > consulta 12 de octubre de 2017]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf > [consulta 12 de octubre de 2017]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. “La Última Tentación de Cristo” Sentencia de 5 de febrero de 2001. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>> [consulta 12 de octubre de 2017]

Octavo Juzgado del Trabajo de Santiago. Rol N° 2276-2006. “caso Valenzuela Diaz, Mónica Aurora con Aluminios Armados” sentencia de 2 de septiembre de 2008