

# Tratados sobre Derechos Humanos y su Elevación a Rango Constitucional

---

César Pinochet Elorza<sup>(1)</sup>

*Abogado, Magister en Derecho con  
mención en Derecho Internacional y  
Profesor de Derecho Internacional  
Público en la Universidad Diego Portales.*

---

## Descripción del Problema

La Constitución Política de la República de Chile, vigente desde 1980, fue objeto de varias reformas aprobadas por el Poder Legislativo y plebiscitadas el 30 de julio de 1989, con resultado favorable para ellas, las cuales pasaron a formar parte de su texto.

El Artículo 5º de la Constitución modificada disponía que "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".

La reforma de 1989 agregó al inciso segundo transcrito precedentemente, la siguiente oración:

**"Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"**.

Esta norma, aparentemente simple y clara, fue percibida como un gran avance

---

1) El autor es Abogado, Magister en Derecho con mención en Derecho Internacional, y profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

ya que implicaba la elevación de dichos derechos al rango constitucional. No obstante lo anterior, en círculos académicos se han planteado opiniones contradictorias, que pueden implicar problemas de interpretación de proyecciones insospechadas, que en este breve estudio procuraremos esclarecer.

En efecto, la elevación de los Tratados Internacionales que versen sobre cualquier "derecho esencial que emane de la naturaleza humana" habría producido, por una parte, la abrogación tácita de toda legislación interna que se oponga a esas normas convencionales y, por otra, en el plano constitucional, podría igualmente crear un conflicto de normas de igual jerarquía en tanto las disposiciones de dichos tratados entren en conflicto con el articulado de la propia Constitución.

A lo anterior, es preciso agregar que, previamente a la determinación del conflicto con la propia Constitución y con las normas del foro doméstico, es menester precisar a cuales tratados se refiere la norma *incomento*, sobre todo si consideramos que el tenor literal no es claro y que la reforma constitucional de 1989 no cuenta con "una historia fidedigna" que conste en Actas Públicas, razón por la cual debería recurrirse al atestado de quienes intervinieron directamente en las discusiones previas a su aprobación, o bien, apelar a los principios de hermenéutica que imperan en el Derecho Internacional Público.

La norma existe y es deber de los Tribunales, de la Cátedra y de los juristas el determinar el "efecto útil" de la misma, para

no frustrar su verdadero propósito que no es otro que el elevar a rango constitucional las Normas Internacionales ratificadas o que puedan ser ratificadas por Chile en materia de Derechos Humanos y que los "Organos" del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial- deberán promoverlos y, lo que es más importante, "respetarlos" en la perspectiva de su nuevo status jurídico.

## Análisis Doctrinario

El Derecho Internacional Público que regula básicamente el actuar juxtapuesto de Estados soberanos, de Organismos Internacionales y, eventualmente y en forma incipiente, del individuo, reconoce como fuente primaria, además de los principios generales del Derecho a dos vertientes básicas: el Derecho Convencional -Tratados- y el Derecho Consuetudinario -la Costumbre-.

Sin entrar en la clásica discusión -monismo versus dualismo-, cabe señalar que la verdadera eficacia del Derecho Internacional Público radica en muy amplia medida en la adhesión que le presten los respectivos ordenamientos nacionales, incorporando en sus normativas y dándole efecto a todos aquellos tratados o acuerdos que necesitan, salvo las normas "self executing", de un necesario proceso mediatizador de tipo constitucional o legislativo, para su cumplimiento en los respectivos planos nacionales.

En cuanto al Derecho Internacional

General de origen consuetudinario y siguiendo a Paul de Visscher<sup>2</sup> podemos afirmar que existen cuatro grupos de cláusulas constitucionales, a saber:

- 1) El de las cláusulas que entrañan la adopción obligatoria, aunque no automática, de las Reglas del Derecho Internacional General, (Artículo 7º de la Constitución Española de 1931 según el cual "el Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional General", incorporándolas a su Derecho Positivo);
- 2) El que comporta la adopción automática en el orden interno de tales reglas, (Clásica norma consuetudinaria inglesa formulada en el aforismo "Internacional Law is a part of de Law of de Land" y seguida igualmente por el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, y recogida por las Constituciones Italiana de 1948, de la República Democrática Alemana de 1968, de Grecia de 1975 y de Portugal de 1976, entre otras);
- 3) El que supone tal adopción automática, proclamando además la superioridad del Derecho Internacional General sobre el Derecho interno e instaurando un procedimiento para controlar la conformidad de éste con el primero, (Artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949); y
- 4) El integrado por aquellas disposiciones que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas de Derecho Internacional General (El Artículo 29 de

la Constitución de la Unión Soviética de 7 de octubre de 1977, dispone que "las relaciones de la Unión con otros Estados se basan en la observancia de los siguientes principios: igualdad soberana; renuncia mutua al uso o amenaza de la fuerza; inviolabilidad de las fronteras; integridad territorial de los Estados; solución pacífica de las controversias; no intervención en los asuntos internos; respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; la igualdad de derechos de los pueblos y su derecho a la autodeterminación; cooperación entre los Estados; y cumplimiento de buena fe de las obligaciones derivadas de los principios generalmente reconocidos y reglas de Derechos Internacionales, y de los tratados concluidos por la Unión Soviética").

Sobre la base de los supuestos doctrinarios que se han dejado anotados, es preciso analizar la reforma del Artículo 5º de la Constitución Chilena, para determinar qué tipo de recepción en el foro doméstico han tenido todos los tratados que versen o pudieren versar sobre derechos humanos; y si dicha recepción, en el evento de concluir que se han dado las condiciones para estimar que ello ha ocurrido, puede surtir sus plenos efectos en el plano constitucional y legal.

### **Análisis del Nuevo Artículo 5º**

#### **- Primer Aspecto:**

Concordante con los antecedentes

---

2) Paul de Visscher "Les tendances internationales des constitution modernes" en R. des C.vol. 80, 1952, p.520, citado y comentado por José Pastor Ridruejo "Curso de Derecho Internacional Público" Edit. Tecnos, Madrid, 2a. ed. 1987.

doctrinarios ya expuestos es preciso concluir que la reforma al artículo 5º, al indicar que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, está excluyendo claramente la posibilidad de aplicar en el ámbito interno la vasta y compleja normativa de tipo consuetudinario que existe sobre Derechos Humanos, y circunscribe la amplitud de la norma, sólo a aquellas materias reguladas por una Convención Internacional que cuente con la ratificación del Estado chileno.

Esta posición del Constituyente, además de no rescatar ninguna de las cuatro posibilidades a que alude Paul de Visscher, y que constituyen la solución contemporánea que las Constituciones modernas le otorgan a la recepción en el plano interno de las normas internacionales de carácter general consuetudinario, parece indicar, asimismo, la renuencia del Estado chileno a reconocer la existencia de un *Jus Cogens* cuyo vigor en el plano normativo internacional emana de la circunstancia que la Comunidad le asigna un valor intrínseco superior, contra el cual no es posible celebrar convención en contrario, y que sólo puede ser abrogada por el nacimiento de una norma de igual entidad<sup>3</sup>.

La consideración anterior reviste especial importancia ante el hecho que la doctrina es casi uniforme en considerar que todas las normas que regulan derechos de la persona humana constituyen *jus cogens* e

incluso se afirma que su recepción en el plano interno es automática y no requiere de ningún acto mediatizador, de modo que la reforma, al enfatizar la frase "tratados internacionales ratificados por Chile" está circunscribiendo su esfera de obligatoriedad a un ámbito más reducido que aquél que en derecho le correspondería.

- *Segundo Aspecto:*

Ateniéndonos al hecho que la reforma sólo se extiende a los "tratados vigentes", surge la interrogante acerca de la frase "y que se encuentren vigentes" cuya dicotomía es evidente.

En efecto, la "vigencia" de un Tratado puede referirse al vigor que éste presente en el plano internacional o al que tenga en el ámbito nacional, interrogante que es preciso dilucidar al tenor de los preceptos constitucionales concatenados con la materia en estudio.

Si optamos por la opción de la Vigencia en el plano internacional estaríamos suponiendo que el constituyente, en este caso concreto de los derechos humanos, exigiría solamente que los tratados estuvieran ratificados por Chile, aunque no estuvieran promulgados ni publicados, como ocurrió con los Pactos de Derechos Humanos entre 1972 y 1989, y estaría privilegiando la importancia de su real vigencia en el plano internacional, desde que el mismo tratado lo indique o bien cuando se entere el

3) Ver Artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, y fue ratificada por Chile el 9 de abril de 1981.

número necesario de ratificaciones que el Tratado disponga como indispensables para entrar en vigencia. El 10 de febrero de 1972, Chile ratificó los Pactos y depositó en Secretaría de Naciones Unidas su documento de ratificación, no obstante que dichos Pactos recién entraron en vigencia en 1976, una vez completadas las ratificaciones necesarias para que ello ocurriera. Aquí existiría una ratificación a un Tratado aún no vigente.

No obstante lo anterior, no creemos que esta sea la intención del constituyente por cuanto ello estaría contrariando lo claramente dispuesto en los artículos 32 Nº 17 y 50 Nº 1 de la Constitución en cuanto disponen que un tratado se someterá a los trámites de una Ley, entre los cuales se cuentan los trámites de la promulgación y publicación en el Diario Oficial, sin cuyo cumplimiento mal podrían ser exigibles a todos los Organos del Estado, a menos que se supusiere como posible la incorporación del tratado a la legislación interna sin mediatización previa de ninguna especie, opción que no ha sido aceptada por nuestros Tribunales Superiores y que no aparece como posible, salvo en alguna medida en el Nº2 del mencionado Artículo 50.

Si optamos por la "vigencia" en el plano nacional, debemos concluir que el Constituyente pudo querer resaltar el hecho que el Tratado no sólo debía estar ratificado por el Estado Chileno sino que, además, debía estar "vigente" en el ámbito del foro doméstico, no sólo por haber cumplido con los trámites mencionados en párrafos anteriores sino que también por no existir "denuncias" al tratado que lo hubieran desvinculado de su obligación de cumplimiento.

Esta opción constituye una redundancia ya que habría bastado con indicar "tratados ratificados y promulgados válidamente como ley de la República" para expresar claramente dicha idea, pero consideramos que este debe haber sido el criterio del Constituyente si nos atenemos a la necesidad de precaver situaciones ocurridas en el caso inédito de los Pactos de Derechos Humanos que habiendo sido ratificados por Chile en 1972, y promulgados en 1976, no fueron publicados en el Diario Oficial sino hasta 13 años después, creando un período de incertidumbre y de doble standard entre la vigencia interna y la externa.

#### - Tercer Aspecto

El problema de la "vigencia" conlleva otro aspecto indispensable de aclarar, y que ha sido motivo de interpretaciones que no se compadecen con el tenor literal de la reforma del mencionado Artículo 5º de la Constitución. Nos referimos al hecho que no ha faltado quien haya afirmado que los Tratados a que se refiere la reforma deben estar ratificados y "vigentes al momento de ser ella aprobada"

Esta posibilidad nos parece incompatible con el simple hecho que, para ser ello posible, la reforma tendría que haber estado en un Artículo Transitorio de la Constitución que dejara claramente establecido que la intención del Constituyente era incorporar al rango constitucional solamente a aquellos tratados vigentes a julio de 1989, pero en tanto dicha reforma se limitó a agregar una oración final al Inciso Segundo del referido Artículo 5º, su texto pasó a incorporarse al articulado permanente y, en

consecuencia, la "vigencia" de un Tratado debe entenderse referida al momento en que el exegeta del derecho o el Juez, deban pronunciarse sobre cuales normas internacionales se encuentren vigentes, al momento de la interpretación y en tanto dicho artículo tenga su actual redacción.

Esta interpretación, por lo demás, cuenta con la opción favorable de la mayoría de quienes nos dedicamos a estos temas.

#### - Cuarto Aspecto

Adoptado el criterio que la reforma se refiere a "tratados internacionales ratificados por Chile" y que se encuentren vigentes en su orden interno, tanto a la fecha de la reforma o con posterioridad a ella, cabe preguntarse si esta interpretación será aceptada como válida si tomamos en consideración que el Tratado se aprueba en el Parlamento por mayoría simple y su texto, por esta vía, cuando se trate de Derechos Humanos, pasaría a tener rango constitucional. Expresado de otra manera, ¿se permitirá reformar la Constitución por esta vía, en materia de derechos humanos, por simple mayoría?

Nos parece que el tenor literal es claro; y no existiendo un elemento histórico que permita interpretar la norma de otra forma, solamente razones de orden público institucional podrían evitar que éste fuera el predicamento que se adoptare frente al problema planteado.

No obstante, tal posibilidad aparece atenuada por el hecho que durante la aprobación del Tratado puede solicitarse el pronun-

ciamento del Tribunal Constitucional quien obviamente haría presente la contradicción entre la Constitución vigente y las normas del Tratado que se tratara de aprobar.

#### - Quinto Aspecto

Cualquiera sea la opción que se elija, surge, no obstante, otro problema adicional con las posibles contradicciones entre el texto del o de los tratados elevados al rango constitucional, y el tenor de las leyes vigentes, e incluso, del tenor de alguna de las normas constitucionales, especialmente las señaladas en el Artículo 19º.

En el caso de contradicción con la legislación interna creemos que se produce una abrogación tácita que necesariamente debe ser considerada así, por los Tribunales de Chile, cuando les corresponda dirimir un conflicto entre ley y tratado sobre cualquier derecho humano. La aplicación del principio *lex posterior derogat priori* tiene aquí una aplicación meridianamente clara.

En caso de contradicción de los tratados elevados a rango constitucional y las normas de la propia Constitución, nos permitiríamos formular un distingo. En efecto, los Tratados ratificados por Chile, y vigentes a la fecha de la reforma, primarían sobre las normas del Artículo 19 de la Constitución por ser posteriores a este precepto, y por haber sido incorporado por el constituyente en el carácter de norma especial, e incluso, contenida en una norma que precede en el texto a las ya mencionadas del Artículo 19º.

Por el contrario, los Tratados que

fueran ratificados y entraran en vigencia con posterioridad a la reforma, deberían adecuar su contenido a las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, lo que se vería tutelado por el accionar eventual del Tribunal Constitucional, requerido para estos efectos, o por la Excelentísima Corte Suprema, cuando conociera de un asunto por la vía del recurso de inaplicabilidad.

Párrafo aparte merece la especial situación de aquellos Tratados ratificados "con reserva" como las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, tanto universal como americana, ya que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Tratados, es posible retirar en cualquier momento, por simple voluntad del Poder Ejecutivo<sup>4</sup>.

Ahora bien, en el caso de esas Convenciones, hubo "reserva" por Parte del Estado Chileno en cuanto modifican "el principio de la obediencia reflexiva consagrado en la legislación interna chilena, en el sentido de que el Gobierno de Chile aplicará lo dispuesto en dicha norma internacional al personal sujeto al Código de Justicia Militar, respecto de los subalternos, siempre que la orden, notoriamente tendiente a la perpetración de los actos indicados en el artículo 1º no sea insistida por el superior ante la representación del subalterno".

El Artículo 2º N°3 de la Convención de Naciones Unidas establece que "no podrá invocarse una orden de un funcionario supe-

rior o de una autoridad pública como justificación de la tortura" y la Convención Americana, en su Artículo 4º prescribe que "El hecho de haber actuado bajo ordenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente".

A nuestro juicio, si el Ejecutivo retirara la "reserva" a estas Convenciones, pasarían a tener rango constitucional los artículos reservados y, consecuentemente, debería entenderse modificado el Código de Justicia Militar, a este respecto.

## Conclusión

La modificación del Artículo 5º de la Constitución pretendió elevar los Tratados sobre Derechos Humanos al rango constitucional, pero el tenor de la reforma definitivamente aprobada provoca múltiples interrogantes y permite diversas soluciones que este trabajo sólo ha pretendido esbozar.

Queda abierta a la inquietud del estudioso y a la interpretación de los Tribunales competentes el determinar el verdadero sentido y alcance que ella pueda tener.

En tal sentido, podría ser de utilidad conocer la opinión especializada de un organismo judicial de real jerarquía como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en virtud de lo estipulado en el pacto de San José, está revestida de la competencia necesaria para evacuar dictámenes que le soliciten los Estados Miembros de la

---

4) Ver en tal sentido Artículo 22 de la Convención de Viena ya citada.

Organización de Estados Americanos (OEA) respecto de la compatibilidad de la legislación interna del Estado consultante y el instrumento jurídico multilateral mencionado.

Por lo anterior, sólo cabe formular la aspiración que toda interpretación que se formule a futuro, no se realice con la intención de minimizar o subestimar lo aprobado mayoritariamente por el pueblo de Chile, sino que por el contrario, se busque con sincero afán una interpretación que respete la idea primigenia que toda norma internacional sobre derechos inherentes a la persona humana y que haya ingresado a nuestra normativa interna, prime sobre nuestro ordenamiento jurídico, por estar revestida de un

rango superior, que las hace equiparables a la Carta Fundamental.

No debe perderse de vista el hecho que hay un punto negro en el horizonte que marca la nueva frontera de los derechos humanos: el de su efectividad. La propia historia del reconocimiento de los derechos del hombre ha demostrado hasta la evidencia que el gran problema de estos derechos ha radicado siempre más en conseguir una plena y real efectividad en el ámbito de las relaciones sociales que en lograr su solemne proclamación en Declaraciones o en Constituciones.

La reforma en estudio ha obtenido el primero de los pasos señalados; es de esperar que su posterior interpretación no frustre su verdadero propósito.