

CONSTITUCION Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Humberto Nogueira Alcalá
Universidades Central, Diego Portales,
Nacional Andrés Bello y de Valparaíso

I. DUALISMO Y MONISMO EN LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

En las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional se estudia el tema de la independencia o interconexión entre ambos sistemas jurídicos.

El *dualismo* como doctrina fue fundada por el jurista alemán Triepel, sosteniendo que las personas no pueden nunca ser obligadas ni beneficiadas por las normas de Derecho Internacional. Sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con los otros Estados. Para que las normas del Derecho Internacional alcancen a los individuos deben ser transformadas en disposiciones de Derecho Interno. Para Triepel "el Derecho Internacional y el Derecho Interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca"¹.

La oposición por razones de la fuente y del contenido entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al Derecho Internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados existan en las relaciones internacionales.

La *doctrina monista* sostiene que el Derecho Internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Esta concepción fue desarrollada por Kelsen, Verdross y Kunz.

Para Verdross, la regla *pacta sunt servanda* es la regla fundamental del Derecho Internacional y esta regla es superior a la voluntad

de los Estados, y también lo son aquellas normas que derivan de ella, es decir, el Derecho de Gentes.

Verdross autocalifica a su doctrina de monismo moderado, ya que la primacía del Derecho Internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el Derecho Internacional tienen la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al Derecho Internacional, y, en el caso de que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del Estado que las estableció².

Para Kunz, la unidad entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores. "En el Derecho Internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del Derecho Nacional que esté en contradicción con una norma del Derecho Internacional supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del Derecho Internacional General"³.

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al Derecho Interno.

Cabe señalar que la práctica y la jurisprudencia internacionales no consagran el dualismo ni el monismo. La jurisprudencia de la jurisdicción internacional confirma que ella es una jurisdicción de reparación y no de anulación. Si una norma interna es contraria a una

² VERDROSS: Droit international public et Droit interne. *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*. 1952, pp. 219-230.

³ KUNZ: Teoría del Derecho Internacional. Academia de Derecho Comparado e Internacional. Vol. II, La Habana, Cuba, 1954. p. 361.

¹ TRIEPEL: Droit International et Droit Interne. Paris, Oxford, 1920, p. 110.

norma internacional, el Estado responsable podrá recibir sanciones de distinto tipo: diplomáticas, económicas, obligación de indemnización o de proporcionar una satisfacción adecuada, pero no produce la anulación de la norma afectada, sino que sólo pone en juego la responsabilidad internacional del Estado afectado.

Asimismo, la práctica y la jurisprudencia se niegan a admitir que el Derecho Interno y el Derecho Internacional sean sistemas jurídicos separados, sin integraciones entre ellos.

A su vez, hay una tendencia generalizada en el Derecho Constitucional comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno.

II. LA CONSTITUCION DE CADA ESTADO Y NO EL DERECHO INTERNACIONAL DETERMINA LA MAYOR O MENOR CERCANIA CON LAS DOCTRINAS DUALISTAS O MONISTAS

Hay países que sostienen la tesis dualista respecto de la incorporación de los tratados internacionales, como el caso de Inglaterra.

En otros, especialmente en constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se encuentran disposiciones que establecen que los tratados o las reglas generales del Derecho Internacional son parte del Derecho del Estado. En otros países, la jurisprudencia ha establecido el principio de que "el Derecho Internacional es parte del Derecho del Estado" (*part of the law of the land*) y han aplicado inmediatamente disposiciones de los tratados que son susceptibles de ejecución inmediata (*self-executing*) como el caso de Uruguay entre otros países⁴.

Ya la Constitución de Weimar de 1919 en su artículo 4º sostenía que "las reglas universales reconocidas del Derecho Internacional valen como parte integrante del Derecho Alemán". La Ley Fundamental de Alemania Federal de 1949 establece que "las reglas generales del Derecho Internacional forman parte integrante del Derecho Federal. Prevalen sobre las leyes y hacen nacer derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. A su vez, el artículo 100 de esta Carta Fundamental de Alemania establece que "si

hay duda acerca de si una regla de Derecho Internacional forma parte del Derecho Constitucional Federal, y si crea inmediatamente derechos y obligaciones para los individuos, la jurisdicción requerida deberá diferir la decisión al Tribunal Constitucional Federal".

La Constitución Italiana del 1º de febrero de 1948, en su artículo 10 dispone que "El orden jurídico italiano se conforma a las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas".

A su vez, la Constitución de Austria establecida por ley constitucional del 1º de mayo de 1945, en su artículo 9 prescribe que "las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal".

La Constitución del Perú de 1979, artículo 101, ordena que "los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del Derecho Nacional. En caso de conflicto entre el Tratado y la Ley, prevalece el primero".

La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46 señala, "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".

III. LA CONSTITUCION DE CADA ESTADO DETERMINA LA JERARQUIA DE LOS TRATADOS DENTRO DE SU ORDENAMIENTO JURIDICO

En esta materia el Derecho Constitucional comparado nos muestra diversos sistemas.

1. *Los sistemas que colocan en un mismo plano jerárquico a los tratados y a las leyes internas* (Austria, Bélgica, Italia, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, etc.).

2. *Los sistemas que establecen la superioridad del tratado respecto de la ley.* En esta perspectiva pueden considerarse los siguientes ejemplos:

La Constitución Francesa de 1958 establece en su 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 tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte".

La Constitución Peruana de 1979, en su artículo 101, establece que "en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero".

La Constitución de Costa Rica, en su artículo 7º señala "Los tratados públicos, los

⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo: La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, pp. 28-31.

convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

La Ley Fundamental de Alemania Federal en su artículo 25 señala la primacía de las normas generales del Derecho Internacional sobre las leyes, pudiendo los jueces internos rechazar las normas que no estén en armonía con el Derecho Internacional, decisión que es controlada por la Corte Constitucional federal de Karlsruhe (artículo 100, inciso 2º).

3. *Los sistemas que establecen los tratados con rango constitucional.* Así la Constitución del Perú de 1979 establece en su artículo 103 que "Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República". A su vez, el artículo 105 señala que "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".

La Constitución de Nicaragua de 1987, en su artículo 46, integra en la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 4º señala que "La República Federal de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

II. Prevalencia de los Derechos Humanos".

A su vez, la misma Constitución, ordena en el artículo 5º numeral 1º, que las normas que definen "los Derechos y Garantías Fundamentales tienen aplicación inmediata", los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

Como sostiene Cançaso Trindade, "en el caso de los Tratados de Protección Internacional de los Derechos Humanos en que Brasil es Parte, los Derechos Fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artícu-

los 5(2) y 5(1) de la Constitución Brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno"⁵.

4. *Los sistemas que dan a los tratados rango supraconstitucional.*

La Constitución de Holanda de 1953, reformada en 1966, establece: "Las leyes en vigor en el territorio del Reino no serán aplicables si fueran incompatibles con las disposiciones de tratados que tengan fuerza obligatoria para toda persona y hayan sido concertados antes o después de la promulgación de estas leyes" según dispone el artículo 66. A ello debemos agregar la norma del artículo 63 que estipula "Cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un tratado podrá dejar sin efecto las disposiciones de la Constitución".

La Constitución de Guatemala de 1985 en el artículo 46 establece el principio general ya considerado de que "en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno", considerando que la Constitución es Derecho Interno.

La Constitución de Colombia de 1991, prescribe que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción, prevalecen en el orden interno: los derechos y los deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Así, la Constitución de cada Estado resuelve el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional.

IV. LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LOS ORGANOS DEL ESTADO

La aplicación del Derecho Internacional por los Estados y la vinculación entre ambos Derechos es resuelta por cada Estado, ya que

⁵ CANÇASO TRINDADE, Antonio: La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos. En libro *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*. Ed. IIDH. San José, Costa Rica, 1993. p. 240.

el Derecho Internacional no establece un sistema de aplicación general sobre la materia.

Al respecto pueden distinguirse distintas modalidades:

1. *La Constitución establece una cláusula de sujeción general al Derecho Internacional Público.*

2. *El procedimiento de reenvío.* Este consiste en que un ordenamiento jurídico ordena frente a una situación dada, la aplicación del otro ordenamiento jurídico.

Así puede haber un reenvío del Derecho Interno al Derecho Internacional, como es el caso de las extradiciones, como también puede existir un reenvío del Derecho Internacional al Derecho Interno, al establecerlo así el respectivo tratado.

3. *El procedimiento de incorporación.* Este consiste en el hecho que una norma internacional pasa a formar parte automática del Derecho Interno. Caso del artículo 5º inciso 2 de la Constitución Política de 1980.

4. *El procedimiento de la transformación.* Se produce cuando las normas internacionales pasan a ser nacionales por imposición del Derecho Interno del respectivo Estado, al exigir éste a sus órganos la sola aplicación de normas internas excluyendo a la de carácter internacional.

V. LA MAGISTRATURA ANTE LOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

El Juez Nacional es un órgano del Estado que deriva su función y sus atribuciones del ordenamiento jurídico nacional debiendo aplicar dichas normas en el desarrollo de su actividad jurisdiccional.

Si el Juez Nacional aplica el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el Derecho Internacional, puede generar un hecho ilícito que comprometa la responsabilidad internacional del Estado. El Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones internacionales, como lo establece expresamente la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 27, de la cual nuestro país es parte. A ello debemos agregar que si un Tribunal Internacional es llamado a conocer y fallar la controversia surgida, dicho Tribunal resolverá la materia conforme al Derecho Internacional, para el cual el Derecho Interno del Estado constituye un hecho cuya validez internacio-

nal se aprecia de acuerdo con el Derecho de Gentes.

Respecto a esta última materia, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que "es un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del Derecho Interno no pueden prevalecer sobre las de un Tratado" (Serie B, Nº 17, página 32). Asimismo ha sostenido que "Un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los Tratados vigentes (Serie A/B Nº 44, página 24)⁶.

En tal sentido, el Juez debe intentar armonizar en el mayor grado posible ambos derechos en una interpretación sistemática y finalista. Así lo estableció el Auto acordado de la Corte Suprema de Chile del 11 de abril de 1967.

A su vez, el Juez debe examinar atentamente la intención de las Partes en el tratado, en términos de *qué derechos y obligaciones se establecen y si éstos se han o no acordado para ser ejercidos por las personas.* Luego debe examinarse si los derechos que otorga el Tratado son de aplicación inmediata (operativos o *self-executing*) o si requieren de medidas nacionales de implantación.

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.

VI. LA JURISPRUDENCIA CHILENA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN MATERIA EN LA RELACION ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL, BAJO LA CONSTITUCION DE 1925

Bajo la Carta de 1925, el artículo 43 Nº 5 establecía la atribución exclusiva del Congreso de aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, los cuales tendrían en el Congreso los mismos trámites de una ley.

⁶ LLANOS MANSILLA, Hugo: Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1977, p. 485, nota 474.

El Presidente de la República, a su vez, firmaba y ratificaba los tratados. Tal ratificación podrá hacerla sólo después de la aprobación del Congreso.

La primacía del Derecho Internacional consuetudinario.

La Corte Suprema chilena ha reconocida la *primacía del Derecho Internacional consuetudinario sobre el Derecho Interno chileno* en caso de conflicto, en 1955, en la causa LAURITZEN con FISCO. En efecto, en dicho caso la Corte sostuvo en el considerando 49: "que aún el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos"; a su vez en la sección XI del fallo que trata de la indemnización, la Corte Suprema afirmó "este fallo tiene la importancia de reconocer que las normas del Derecho Internacional son de aplicación preferente a las leyes locales". Finalmente, el fallo en el número 159 expresó "Que no es el caso tampoco, como sostiene la defensa del Fisco, pensar que pueden cobrar función jurídica los principios de la mora que establece nuestro Derecho Civil, porque se ha demostrado en este caso, los principios del Derecho Internacional prevalecen sobre el Derecho Interno".

La misma Corte Suprema en 1959, en un caso de extradición activa consideró: "Que por lo tanto, y de acuerdo con el citado artículo 637 del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios del Derecho Internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principio que, por otra parte, prima siempre sobre los preceptos del Derecho Interno del Estado"⁷.

La Corte Suprema reafirmó la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno chileno en un caso en 1969, dejando sin efecto una sentencia de un juzgado del trabajo, en contra de la República de China, por salarios y beneficios de un empleado chileno, reconociendo el principio de Derecho Internacional, universalmente reconocido, que las Naciones Soberanas ni sus Gobiernos están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de otros países⁸. El mismo principio mantuvo en sus fallos de 1975 en un juicio contra el embajador de Cuba, para declarar nula la compraventa en 1972 de una propiedad que servía

como local de la misión cubana, sosteniendo que el juez carecía de jurisdicción para conocer de esa demanda y para pronunciar la sentencia, aplicándole al juez titular que conoció de la materia la medida disciplinaria de dos meses de suspensión de sus funciones⁹.

A su vez, la Corte Suprema en un caso sobre el ejercicio de las Profesiones Liberales, expresó que "es inaceptable en Derecho que un Tratado Internacional puede ser modificado por acto unilateral de uno de los contratantes"¹⁰.

Estas sentencias muestran que la Corte Suprema ha determinado en variadas oportunidades acerca de la supremacía de los principios del Derecho Internacional y las normas de Derecho consuetudinario como formando parte, en cuanto *ius gentium*, del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas.

El último caso señalado nos muestra que también el Derecho Convencional Internacional prevalece sobre el Derecho Interno en caso de conflicto, de otra manera se violaría el Derecho Internacional y se comprometería el honor del Estado chileno.

VII. LA CONSTITUCION DE 1980 Y LA INCORPORACION DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La Constitución de 1980 consideró normas similares en materia de aprobación de los Tratados Internacionales en su artículo 50^a.

Sin perjuicio de ello, estableció la novedosa y trascendente norma del artículo 5^o de la Constitución que establece la limitación de la soberanía por los Derechos Humanos: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

A su vez, la reforma constitucional de 1989, agregó a este inciso 2^o del artículo 5^o una oración final que introduce en el Derecho Interno a nivel constitucional una cláusula clara de incorporación de los tratados de Derechos Humanos a nivel constitucional, incorporando el Derecho Internacional de Derechos Humanos a la Constitución; esta oración final

⁹ Caso Presidente del Consejo de Defensa del Estado. *Revista Fallos del Mes*, junio de 1975, p. 90.

¹⁰ Fallo de la Corte Suprema en el caso de un costarricense que invocaba los beneficios concedidos por la convención sobre ejercicios de las profesiones liberales, firmado en México en 1902.

⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LVI, 2^a parte, Sección 4^a, p. 66.

⁸ Caso embajada de la República de China. *Revista Fallos del Mes*, septiembre de 1969, pp. 223-224.

es la siguiente: "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".

A) *La concepción armónica y finalista que se desprende de la Constitución para asegurar los derechos humanos*

El artículo 5º de la Constitución de 1980, reformado en 1989, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un reforzamiento en la defensa de los derechos humanos, como asimismo, una alteración en la jerarquía normativa, al menos, en lo que se refiere a los tratados en materia de derechos humanos.

Esta perspectiva ha generado un fuerte debate en el ámbito académico sobre el sentido y alcance de la reforma del artículo 5º inciso 2º de la Constitución. En las próximas páginas desarrollaremos nuestro punto de vista sobre la materia, la que compartimos con otros académicos especialistas en la materia¹¹.

Una primera afirmación que puede realizarse es que el constituyente estableció como fundamentos normativos en materia de derechos humanos los siguientes:

1. Recoge la afirmación contenida en el artículo primero inciso primero de la Constitución y en todas las convenciones sobre derechos humanos de que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

2. Ordena en el inciso cuarto del artículo primero de la Constitución que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común". Dicha promoción debe realizarse, establece la misma disposición, "con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

3. Asume que el ejercicio de la soberanía, es decir, la potestad pública, incluido el poder constituyente derivado, tiene límites y ellos son "los derechos esenciales de la persona humana". Esta disposición del constituyente de 1980 fue reforzada en 1989, al agregar, el inciso segundo del artículo quinto, en su oración final: "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 encuentran vigentes".

4. A su vez, el artículo 19 inciso primero señala "La Constitución asegura a todas las personas" los derechos que en tal disposición se enumeran; asimismo, el numeral 26º de dicho artículo expresa: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o contemplen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni promover condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

El constituyente, a través de estas disposiciones, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano. Por tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos, a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos.

Si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el solo hecho de ser persona, y por tanto, tales derechos tienen las características de universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos, en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en la sesión 203, de mayo de 1961: "la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza hu-

¹¹ MEDINA, Cecilia: Constitución, tratados y derechos esenciales. Ediciones Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago de Chile, 1993, pp. 14-54.

MOHOR, Salvador: Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1980. *La Revista de Derecho*. Facultad de Derecho, Universidad Central 1991, pp. 227 y siguientes.

DÍAZ, Rodrigo: La reforma del artículo 5º de la Constitución Política. Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1991.

TRONCOSO, Claudio: La incorporación del Derecho Internacional de Derechos Humanos al Derecho Chileno. Trabajo inédito. Traducción de su tesis para postular al grado de Master en Derecho Internacional en la Universidad de Heidelberg, Alemania, 1992.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro: Reformas sobre derechos humanos. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad Católica de Chile. Volumen 16, septiembre-diciembre de 1989.

mana", como asimismo, se reconoció que tales derechos no son sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, "sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana". Una afirmación similar hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5º, pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores.

Así, la Constitución establece en el artículo 5º inciso 2º, en forma expresa, dos modalidades de institucionalización de derechos: la propia norma constitucional y el tratado internacional. Esta última modalidad permite incorporar a la Constitución material los derechos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o las que no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.

La expresión "tratado" debe entenderse en el sentido que le dan los cultores de la disciplina respectiva. En este caso es el tratado sobre Derecho de los Tratados, la Convención de Viena de 1969, la que señala en su artículo 2º una concepción amplia sobre lo que son los tratados, identificándolos como acuerdos internacionales entre Estados, realizados por escrito y regidos por el Derecho Internacional.

Cabe también señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, absolviendo una opinión consultiva de la República del Perú, respecto del contenido del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos, precisó que al referirse a "otros tratados de derechos humanos", el artículo 64 comprendía "toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral de cual sea su objeto principal, o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano"¹².

El que los órganos del Estado deban garantizar los derechos establecidos por la Constitución y los tratados, implica tomar todas las medidas necesarias por los titulares de los órganos del Estado en especial de los tribunales a través de sus facultades conservadoras para que estos derechos puedan ser disfrutados y ejercidos con la mayor amplitud posible por las personas sujetas a la jurisdicción de ese Estado. Los órganos estatales deberán desarrollar una conducta positiva, que asegure una

eficaz garantía al ejercicio de los derechos, tal como lo establece la sentencia de la Corte Interamericana, en el caso Velásquez contra Honduras, considerandos 166 y 167¹³.

No debemos olvidar que el sentido de la reforma constitucional de 1989 es la de fortalecer los derechos humanos y elevar de categoría los tratados de derechos humanos en relación a los demás tratados, los que tienen una naturaleza distinta.

En términos generales, ya un informe jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 7 de febrero de 1963, planteando la posición oficial del gobierno de Chile, establecía que el tratado en general debe aplicarse preferentemente frente a una ley posterior o anterior.

A su vez, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución no logró obtener consenso sobre la incorporación de una norma que determinara la jerarquía de los tratados, aun cuando los comisionados Jaime Guzmán y Alejandro Silva Bascuñán dejaron constancia de que los tratados en todo caso tenían una jerarquía superior a la ley. Así consta en la sesión del 20 de junio de 1974 de dicha Comisión de Estudios.

No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte, sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados partes por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía. No pueden desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos.

Es, por tanto, un grave error conceptual no distinguir claramente entre la ley y un tratado internacional, como asimismo, la distinta naturaleza y finalidad de los tratados en general respecto de los tratados en materia de derechos humanos.

B) *Consecuencia de la institucionalización de derechos humanos mediante tratados internacionales*

Ratificado por el Presidente de la República, previa aprobación del Congreso, un tratado internacional en materia de derechos huma-

¹² Citado por MEDINA, Cecilia. *op. cit.*, p. 24.

¹³ Ver MEDINA, Cecilia, *op. cit.*

nos, y siempre que se encuentre vigente en el ámbito internacional y nacional, produce las siguientes consecuencias en el ordenamiento jurídico nacional:

a) De acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte, en nuestra opinión, de la Constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídicas. Ningún órgano del Estado puede desconocerlos. Todos están obligados a respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.

Respetar los tratados establece el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado, como asimismo, por todas las personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado. Esta obligación es de carácter *erga omnes* o general, exigible incondicionalmente a todos los agentes y órganos del Estado.

Promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impidan el goce de los derechos.

Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5º de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, que establecen el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso Nicaragua-Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de los Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos convenios "en todas las circunstancias", lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los convenios dan expresión concreta¹⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velásquez-Rodríguez, en

sentencia del 29 de julio de 1988¹⁵, y el caso Godínez-Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989¹⁶, consideró que el artículo 1º, párrafo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece para los Estados Partes la obligación de "respetar y garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los Estados Partes están obligados a "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"¹⁷. A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por la "falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"¹⁸.

b) La vulneración de los derechos humanos introducidos por vía del tratado internacional, constituye una transgresión tanto de la Constitución como del tratado internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes.

c) 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.

Diversas constituciones establecen procedimientos secundarios de reforma constitucional al autorizar la cesión de facultades o atribuciones que la Constitución encomienda a órganos nacionales por medio de tratados internacionales. A manera de ejemplo, pueden

¹⁵ Sentencia caso Velásquez-Rodríguez. Serie C, Nº 4.

¹⁶ Sentencia caso Godínez-Cruz. Serie C, Nº 5.

¹⁷ Ver Serie C Nº 4 párrafo 166, pp. 68-69. Serie C, Nº 5 párrafo 175, p. 72.

¹⁸ Ver Serie C, Nº 4 párrafo 172, pp. 70-71. Serie C, Nº 5 párrafo 181 y 182, pp. 73-74.

¹⁴ Ver CAÑADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desarrollo de las relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos en su amplia dimensión. *Revista IIDH* Nº 16. San José, Costa Rica. p. 52.

señalarse las Constituciones de Luxemburgo, artículo 49; Bélgica, artículo 25 bis; España, artículo 93. Incluso algunas constituciones autorizan cesión de soberanía por simple ley, como ocurre con las Constituciones de Alemania, artículo 24; Italia, artículo 11; y Grecia, artículo 28.

La expresa autorización de tales cesiones o transferencias de poderes implica un procedimiento tácito y secundario de reforma constitucional. Se sustraen competencias o atribuciones a órganos nacionales, cambiando o modificándose la estructura del poder en el texto de la Constitución, mediante un procedimiento diferente del señalado en las respectivas constituciones para su reforma.

En el fondo, hay un reconocimiento cada vez más fuerte de la crisis de la soberanía y del Estado Nacional, de la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, todo lo que muestra y deja en evidencia una nueva estructuración del poder en la sociedad contemporánea. El constitucionalismo nacional, propio del Estado Nación, cede posiciones ante un constitucionalismo supranacional e internacional, del cual forman parte los órganos judiciales supranacionales y los internacionales que protegen los derechos humanos y a escala planetaria.

d) Incorporado el derecho o su protección por medio del tratado, éste adquiere aplicación inmediata. Si fuera necesaria reforma constitucional, no se estaría cumpliendo el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos a todos los órganos del Estado, ya que quedaría a voluntad o no de dicho órgano acatar el mandato constitucional, vulnerando las normas de *ius cogens: bona fide* y *pacta sunt servanda*.

e) Una reforma constitucional sólo podría modificar un tratado en materia de derechos humanos, en la medida que implique una mayor protección y garantía de tales derechos, no pudiendo desmejorar su situación jurídica.

VIII. CARACTERISTICAS DE LA CONSTITUCIONALIZACION DE DERECHOS HUMANOS A TRAVES DE TRATADOS INTERNACIONALES

La institucionalización de derechos humanos mediante tratado es más efectiva y radical que el que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos¹⁹. En

efecto, no sólo puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, sino que puede incorporar preceptos que sean derechos humanos en contradicción con normas constitucionales preexistentes. El criterio para juzgar tales derechos no es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano. Corresponde al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder constituyente derivado.

Por tanto, a través del tratado puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, en contradicción con normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos por sobre aquellos que los desconozcan o den menor protección. En virtud de la norma que los derechos humanos naturales constituyen un límite a la soberanía, es deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos.

En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente, además, con el tenor literal del artículo 5º, sino aquella que sostiene que el constituyente originario deliberadamente subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana, que es la que determina el derecho natural. Por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que el propio constituyente dejó constancia en la historia fidedigna del precepto, que el Estado debe asegurar y promover tales derechos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución. La dignidad y los derechos de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1º en armonía con artículo 5º inciso 2º), constituyen bases esenciales de la institucionalidad.

Por otra parte, el tratado en materia de derechos humanos aparece mucho más vinculado al carácter de universal de los derechos humanos y permite, por esa vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humana. El propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5º, prevé que la lista de

¹⁹ Ver, a este respecto, MOHOR, Salvador, *op. cit.*

derechos que asegura no es taxativa y que, por tanto, puede ampliarse por otros tratados.

Los tratados en materia de derechos humanos no quedan fuera del control de constitucionalidad. El criterio con el cual debe efectuarse dicho control debe tener como principio rector el asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común, que es la finalidad de la actuación del Estado (artículo 1º inciso 4º).

Así, un tratado en materia de derechos humanos sólo puede ser declarado inconstitucional por atentar o menoscabar la esencia de los derechos (artículo 1º, artículo 5º inciso 2º y artículo 19 Nº 26º), ya que al introducir un nuevo derecho se puede transgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado; por deteriorar los derechos ya incorporados a la Constitución, o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente.

Es así que la voluntad del Constituyente es de otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento, jerarquía y modalidad de interpretación distinta a los otros tratados internacionales, siendo su jerarquía en el ordenamiento interno superior a la ley y al constituyente derivado, pero subordinado al constituyente originario, que estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos, y especificó que ellos limitaban la soberanía o potestad del Estado.

Lo anteriormente expuesto implica la incorporación al Derecho Interno, entre otros tratados y convenciones en materia de derechos humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; la Convención Americana de Derechos Humanos o Convención de San José de Costa Rica.

IX. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

La incorporación de estos tratados al Derecho interno nos debe hacer reflexionar acerca de sus características especiales. Así, los tratados tradicionales tienen un efecto típico de reciprocidad, como el término o suspensión de un tratado por iniciativa de una de las partes, a causa del incumplimiento de las obligaciones por otra; este efecto no es aplicable a las convenciones relativas a la protección de la persona humana.

La Corte Internacional de Justicia dejó constancia de las particularidades antes seña-

ladas, cuando, en relación con la Convención del Genocidio, señaló:

"En tal convención, los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.

"La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas sus disposiciones"²⁰.

A su vez, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 60, excluye toda forma de reciprocidad para las disposiciones relativas a protección de las personas en los tratados humanitarios, lo que se aplica también a las convenciones en derechos humanos.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que estos instrumentos "no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos 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"²¹.

Cabe a los Estados en virtud de estas convenciones en materia de derechos humanos respetarlos y garantizarlos adecuadamente, lo que obliga al Estado a asegurar la efectividad de los derechos humanos con todos los medios a su alcance o las violaciones a los derechos reconocidos en tales instrumentos deben ser considerados como ilícitos por el Derecho Interno. 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

²⁰ Opinión consultiva CIJ Recueil, 1955, p. 23, citado en BUERGENTHAL, T.; GROSSMAN, y NIKKEN, P: Manual Internacional de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana e IIDH, Caracas, San José, 1990, p. 172.

²¹ Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº 2, párrafo 29.

abierto el camino para invocar la protección internacional. Entre éstos está el camino de la Comisión de Derechos Humanos de la O.E.A. y luego la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene jurisdicción contenciosa sancionatoria²².

Como la propia Corte ha establecido, los Estados están obligados a reparar los daños causados, así como a investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, a identificar a los culpables y a aplicarles las sanciones pertinentes. De no hacerlo, queda comprometida su responsabilidad internacional²³.

La obligatoriedad y autoejecutividad de la Convención Americana según la Corte Interamericana

La Convención Americana establece un régimen de protección internacional de carácter convencional, coadyuvante o complementario de lo que ofrece el Derecho Interno de los Estados Americanos, como señala el preámbulo de la Convención Americana. Esta circunstancia hace inconcebible que la exigibilidad de las obligaciones contraídas tuviere que postergarse en espera de disposiciones de ese mismo Derecho Interno. Es precisamente la insuficiencia o ineficacia de los recursos nacionales lo que explica y justifica la salvaguardia internacional.

El artículo 1.1 de la Convención Americana, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ... "establece el compromiso de los propios Estados Partes de 'respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención' y de 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción'... En consecuencia, si por cualquier circunstancia... (un derecho protegido) no pudiere ser ejercido por 'toda persona' sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección en ella previstos"²⁴.

Así el artículo 2 de la Convención Americana, como lo sostiene la Corte... "recoge una regla básica del derecho internacional, según

la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otro orden"²⁵.

Son las autoridades judiciales y administrativas de un Estado las competentes para decidir si una norma internacional, de origen convencional o consuetudinaria, es ejecutable por sí misma. Sin embargo, puede ocurrir que el asunto sea decidido por un Tribunal Internacional, como ocurrió con el artículo 14 de la Convención, respecto del cual hay un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así la conclusión a que llegue el Tribunal Internacional, deba primar sobre la posición de los jueces internos.

Como sostiene Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, "el carácter ejecutable por sí mismo de una norma internacional constituye, en definitiva, una cuestión regida por el Derecho Internacional, ya que se trata nada menos que del cumplimiento o la violación de una norma de Derecho Internacional"²⁶.

Mientras el ordenamiento jurídico del Estado no acate las normas internacionales, el Estado en cuestión estará violando el Derecho Internacional.

La Corte Interamericana se ha pronunciado a favor del carácter de ejecución inmediata de la Convención Americana de Derechos Humanos, al afirmar que el sistema que ella establece está "dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo"²⁷.

Lo expuesto no excluye que ciertos derechos puedan aparecer concebidos para ser realizados progresivamente y no sean exigibles de inmediato, como son los derechos económicos, sociales y culturales que deberán implementarse "en la medida de los recursos disponibles" (artículo 26).

La jurisprudencia de los tribunales emanada después de la reforma del artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1989

Esta jurisprudencia se agrupa en cinco materias diferentes.

²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos. IIDH. San José, Costa Rica, 1986.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez-Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, Nº 4. Caso Godínez-Cruz. Sentencia 20 de enero de 1989. Serie C, Nº 5.

²⁴ Opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, Nº 7, párrafo 28.

²⁵ *Ibid.*, párrafo 36.

²⁶ "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno" en Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, p. 49.

²⁷ Opinión consultiva OC/7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A, Nº 7, párrafo 24.

Claudio Troncoso, en un trabajo inédito consultado, expone algunas de estas sentencias, agrupadas en dos materias, que son: libertad provisional y Ley de Cheques en relación con la prisión por deudas y el tema de la imprescriptibilidad de los Derechos Humanos²⁸, que aplican los principios analizados anteriormente.

El autor mencionado cita en su trabajo las siguientes sentencias:

a) Libertad provisional y Ley de Cheques

"Sentencia de la Corte Suprema de 2 de mayo de 1991, que confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que le otorga al procesado la libertad provisional en causa por giro doloso de cheques fijándole una fianza de \$ 500.000, no cumpliendo los requisitos establecidos por el Artículo 44 de la ley antes citada.

La Corte estimó que de otra manera se trataría de una prisión por deudas. La Corte señaló: "*Lo resuelto se encuentran 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 1992, 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 no cabe dudas que si aceptara la interpretación del recurrente la permanencia en el recinto carcelario (del procesado) habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad"*"²⁹.

Sin embargo, en fallo de 25 de junio de 1991 la Corte Suprema cambia de posición, señalando lo siguiente:

"En el numerando 7 del comentado artículo 7° del "Pacto de San José" asegura el derecho de que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta 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 de una simple condición legal, para que los individuos privados de la libertad por los delitos descritos

en esta ley puedan obtener su excarcelación, asegurando de ese modo su comparecencia al juicio"³⁰.

b) Sentencia del Juez de Castro:
imprescriptibilidad de los derechos humanos

Resolución del Juez de Castro, de 2 de febrero de 1992, por el cual se somete a proceso a un individuo por la responsabilidad que pudiere haberle en los hechos en que resultó muerto Héctor Arturo Hidebrando Santana Gómez, quien fue detenido por efectivos de la tenencia de Quellón, el 16 de septiembre de 1973.

La resolución señala:

"Que es público y notorio que en esa fecha acontecieron actos de muerte similar a los descritos en el fundamento anterior, a raíz de una inflexión institucional, en que las Fuerzas Armadas y de Orden tomaron el control del país, pero que en caso alguno, aun en Estado de Emergencia ameritaban lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos. 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. Así, por emanar de la esencia misma del ser humano tienen la características, entre otras, de ser imprescriptibles. No caducan ni se pierden por el transcurso del tiempo, ni por el hecho de no poder ejercerse, de manera que ni el decreto de amnistía 2.191, ni el transcurso del plazo, afectan su plena vigencia"³¹.

Esta sentencia fue apelada a la Corte de Apelaciones de Puerto Montu, la que la confirmó.

Más recientemente han habido otras tres materias que han sido objeto de tribunales superiores en que se han aplicado directamente los tratados ratificados por Chile y vigentes en materia de derechos humanos:

²⁸ TRONCOSO, Claudio: La incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Chileno. Trabajo inédito, no publicado en Chile.

²⁹ *Revista Fallos del Mes*, N° 390, mayo de 1991. p. 132.

³⁰ *Revista Fallos del Mes*, N° 391, junio de 1991. p. 244. Sentencia repetida el 10 de septiembre de 1991. *Revista Fallos del Mes*, N° 394, septiembre de 1991.

³¹ Citado por TRONCOSO, Claudio. *Op. cit.*, pp. 40-41.

a) Discriminación racial

La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en abril de 1993, resolviendo un recurso de apelación del "Centro de Salud y Recreación Gunter Mund y Cía. Ltda." respecto de una multa aplicada por un Juez local en fallo de primera instancia al haberse impedido el ingreso al local de una dama de nacionalidad coreana, señala:

"El hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar a un lugar público, sea gratuito o pagado, basado en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra circunstancia étnica, social o cultural, implican un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en las sociedades modernas relativas a derechos humanos, contenidos en la Carta de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos que son leyes de la República en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental".

Tal acción, sostiene el Tribunal, basada en el hecho que "las costumbres alimentarias de personas de esa nacionalidad hace que tengan mal olor o que grupos de personas de esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menos cierto que, además de significar la conducta de los responsables del Centro de Salud Gunter Mund una discriminación racial, resulta además injusta y atentatoria a la dignidad humana".

b) Derecho a la vida

En sentencia Rol Nº 1561-92, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha dos de julio de 1992, determinó, en un recurso de protección interpuesto por el Intendente de la Región Metropolitana en favor de personas que se encontraban en huelga de hambre, lo siguiente:

1) Que el artículo 5º de la Constitución en su inciso segundo establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, entre los cuales se encuentran fundamentalmente el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas;

2) Que es un hecho establecido en estos antecedentes que las personas referidas en la presentación se encuentran en un estado de grave peligro para su vida por cuanto voluntariamente se han negado a ingerir alimentos en forma sistemática desde el día 5 del mes pasa-

do en el lugar señalado en lo expositivo de este fallo.

3) Que en esta contingencia de este fallo, haciendo uso esta Corte de sus facultades conservadoras resuelve lo siguiente:

a. se instruye al Director del Servicio de Salud Metropolitano Central para que disponga el traslado inmediato de las personas mencionadas en el recurso a un establecimiento asistencial médico a fin de que se les suministre la atención médica necesaria para su recuperación;

b. que para el evento a producirse oposición, se decreta ya el auxilio y fuerza pública para el cumplimiento de la decretado.

c) Respecto a la vida privada y honra de las personas en relación a la libertad de expresión e información

En causa Rol Nº 983-93, de recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 31 de mayo de 1993, luego confirmado por la Corte Suprema, por fallo del 15 de junio de 1993, aplicando directamente los Pactos Internacionales en materia de derechos humanos, señaló:

"9º) Que lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanan 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 números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permite la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar al respecto a los derechos o a la reputación de los demás y también la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de autos.

Todavía más, el artículo 4º de este Pacto permite, en circunstancias excepcionales, que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión o información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.

También cabe mencionar los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que aun cuando contempla el derecho a la libertad de expresión en forma amplísima, pues no permite ninguna forma de censura previa, ésta debe interpretarse en los términos señalados en el considerando 7º, teniendo presente que en la especie no se trata de medidas restrictivas dis-

puestas por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la ley y que corresponden al rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia".

Así, 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. 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 aún presenta polémica académica es el del rango con que se incorporan dichos tratados, que contienen derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico. Existe una posición mayoritaria en el ámbito académico que sostiene que ellos tienen jerarquía de Constitución material. Los tribunales no han tenido oportunidad aún de resolver algún caso de conflicto entre norma constitucional y tratado internacional de derechos humanos.

En todo caso, resumamos nuestra posición respecto del análisis efectuado, planteando algunas conclusiones específicas y una conclusión general.

CONCLUSIONES ESPECIFICAS

De los diversos aspectos expuestos anteriormente se pueden extraer las siguientes conclusiones, las que compartimos parcialmente con otros especialistas³² en la materia:

³² TRONCOSO, Claudio. La incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Chileno. Trabajo inédito. Traducido de su tesis de Master en Derecho Internacional, mayo de 1992.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Reformas sobre Derechos Humanos. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 16, Universidad Católica. Septiembre-Diciembre, 1989.

MOHOR, Salvador. Elementos de juicio para la interpretación del artículo 5º inciso 2º de la Constitución de 1980. *La Revista de Derecho*. Facultad de Derecho, Universidad Central, 1991, pp. 227 y siguientes.

DÍAZ, Rodrigo. La reforma del artículo 5º de la Constitución Política. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1991.

MEDINA, Cecilia. Constitución, Tratados y Derechos Esenciales. Ediciones Corporación de Reparación y Reconciliación. Santiago de Chile, 1993, pp. 14-54.

1. Las concepciones dualistas y monistas han dominado la discusión de las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional. En los países con mayor tradición dualista, los derechos humanos incorporados por la correspondiente cláusula de recepción son de un rango infraconstitucional, mientras que aquellos países con tradición de carácter monista, tienen la tendencia de otorgar al Derecho Internacional de derechos humanos un rango similar o superior a la Constitución.

2. Los derechos humanos en Derecho Internacional pueden ser considerados *ius cogens* o principios generales del Derecho Internacional, derecho consuetudinario o derecho convencional. Los tribunales superiores en Chile han reconocido su incorporación directa y automática, mientras el Derecho Internacional convencional se incorpora luego de someterse a los trámites de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial (artículo 50 N° 1 de la Constitución).

3. Una gran cantidad de autores en el plano doctrinal y jurídico sostienen que los derechos humanos asegurados en la Declaración Universal y en los Pactos Internacionales, al menos en sus aspectos medulares comunes, constituyen *ius cogens*, existiendo consenso en que forman parte de esta categoría el genocidio, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, la piratería, los crímenes contra la humanidad y el principio de no discriminación, entre otros.

4. En el Derecho chileno, el sistema de recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos, tiene los siguientes aspectos importantes:

a) El Derecho consuetudinario se incorpora automáticamente y con preeminencia al Derecho Interno, tal como lo reconoce la variada jurisprudencia citada, si bien es necesario reconocer la existencia de algunos fallos en sentido contrario.

b) El Derecho convencional internacional en general, y dentro de éste, el Derecho convencional de derechos humanos requiere de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial para incorporarse al Derecho chileno.

c) La Constitución no determina expresamente el rango de los Tratados Internacionales en ninguna de sus disposiciones. La Constitución sólo sostiene que los tratados deben someterse a los trámites de una ley, pero no dice que tengan rango de ley. Así el problema corresponde dilucidarlo al intérprete de la Constitución.

d) En Chile, los derechos humanos se consideran cómo límites a la soberanía estatal

(artículo 5º inciso 2º), protegiendo nuestro ordenamiento jurídico los derechos que "garantiza la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

e) En Chile, como en otros Estados, los derechos humanos y las normas que los contienen constituyen la expresión de la idea de derecho sostenida por el Constituyente, la que no puede ser afectada por el poder constituyente instituido o derivado. Este último sólo puede mejorar la situación de los derechos y sus garantías, pero no disminuirlos o destruirlos, no pudiendo nunca afectar la esencia o substancia de los derechos asegurados (artículo 19 Nº 26ª de la Constitución).

f) Nuestro Derecho Constitucional ha reconocido la existencia de normas que contienen derechos, los que al limitar la soberanía se ubican sobre la potestad constituyente derivada, constituyendo normas que se imponen a éste, siendo de alguna manera derechos supraconstitucionales.

g) Consideramos que el Derecho convencional internacional, en materia de derechos humanos se incorpora a la Constitución material, en cuanto ella reenvía directamente a tales tratados como normas que contienen los derechos que limitan la soberanía estatal. Por tal razón, las normas internas que contravengan los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, pueden ser objeto de requerimiento ante el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 de la Carta Fundamental o de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 80 de la Ley Fundamental. Los tratados en materia de derechos humanos integran el bloque dogmático de la Constitución.

5. Los órganos del Estado deben garantizar los derechos introducidos por los tratados internacionales incorporados a la Constitución vía artículo 5º y adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que se requiera para ese fin y tienen prohibida toda acción u omisión que lesione tales derechos.

6. Si por un hecho imputable al Estado se ha vulnerado un derecho protegido, el Estado tiene la obligación internacionalmente exigible de restablecer el derecho infringido, indemnizar los daños y sancionar los responsables.

7. Si el Estado no cumple con esta obligación, queda abierto el camino de la protección internacional.

8. Las decisiones judiciales internas del Estado, al interpretar en forma incorrecta las normas de un tratado de derechos humanos, dejan de cumplir con la obligación internacional del Estado y comprometen su responsabilidad, ya que los tribunales nacionales no son los últimos intérpretes de la obligación de los Estados en materia de derechos humanos. Los últimos intérpretes en esta materia son los Tribunales Internacionales en materia de derechos humanos, en el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

9. La protección internacional opera con carácter subsidiario o complementario, en casos de incumplimiento por el Estado de los compromisos asumidos, teniendo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un carácter jurisdiccional sancionatorio respecto del Estado infractor.

CONCLUSION GENERAL

El análisis efectuado muestra una tendencia creciente al reconocimiento de la insuficiencia del Estado para cumplir sus fines, como asimismo, la supremacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, afectando el sentido y alcance de la soberanía estatal. Así se bosqueja una nueva estructura de poder supranacional y supraestatal, generándose un orden público internacional y supraestatal cada día más evidente. Este tiene como sujeto básico la dignidad de la persona, y tiene como fin el reconocimiento, garantía y promoción efectiva de los derechos humanos, tal como los ha definido la comunidad internacional y los órganos reguladores de los sistemas de protección del Derecho Internacional de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos trasciende así el ámbito nacional, existiendo un consenso sobre la necesidad de su garantía supranacional, conjugándose en forma creciente el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la protección de la dignidad y de los derechos de la persona humana, todo lo que obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el Derecho Internacional de los derechos humanos.