

## LA REFORMA AL ARTICULO 5º DE LA CONSTITUCION

*Miguel Angel Fernández González*

Ayudante de las cátedras de Derecho Político y Constitucional  
del profesor José Luis Cea Egaña en la Facultad de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

### I. INTRODUCCIÓN

“Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas son: el amor, la fe y el poder; de una manera misteriosa están unidos y entrelazados. Sabemos que el poder de la fe mueve montañas, y que el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder.

La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder a su miseria”<sup>1</sup>.

Así inicia Karl Loewenstein su “Teoría de la Constitución”, destacando los tres grandes motores que impulsan al hombre y, por ende, a la sociedad que él integra: su religiosidad, su mundanidad y el nexo entre una y otra, el amor.

No es este el momento ni soy la persona más adecuada para hablar acerca del amor o de la fe; tal vez ni siquiera lo sea para teorizar acerca del poder, pero como siento más cerca sus efectos y algo más lejana su pertenencia, me abocaré a él.

No voy por cierto a entrar en las largas disquisiciones doctrinarias acerca del tema que nos llevarían a repasar siglos de historia y evolución de la realidad y la teoría política. Más bien quiero entrar de lleno, y sin más preámbulo, al pro-

blema del poder limitado y, particularmente, a la principal limitación, aquella que nuestro constituyente ha previsto para el ejercicio del poder político que, en adelante, haremos sinónimo de “soberanía”.

En efecto, el constituyente de 1980 consideró oportuno destinar un artículo único y exclusivo, dentro del Capítulo 1º de la Constitución, el de las “Bases de la Institucionalidad”, a consagrar normativamente el problema, y usó en propiedad la palabra, del poder político o soberanía. Tal es el artículo 5º, que en su inciso 1º reza: “*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*”.

De más está decir cuánto cabría argumentar respecto de tan imponente texto jurídico-doctrinario, pero no es esa la tarea que por ahora nos ocupa.

En verdad, es preciso que vayamos directamente a su fundamental e interesante inciso segundo; allí señala: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana*”.

Tan trascendental aparece esta norma hoy que, sin considerar al disputado artículo 8º, es la única del Capítulo 1º, el más importante de toda la Constitución y como tal de todo el Derecho positivo chileno, que fue objeto del plebiscito de reforma realizado el 30 de julio de 1989, y es desde este punto de vista que entraremos al presente análisis.

---

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, Barcelona, 1983, pág. 23.

## II. EXAMEN NORMATIVO

### 1. Generalidades

Es ésta una de las normas más positivas que ha consagrado el constituyente de 1980. En efecto, en ella se recoge uno de los más interesantes logros de la ciencia política contemporánea, cual es el de reconocer una soberanía limitada, ya no sólo por el espacio físico del Estado-Nación, sino que también, y mucho más importante, por la dignidad del ser humano. Baste con recordar que largos siglos fueron testigos impávidos de una concepción absoluta e ilimitada de soberanía.

Así pensaban y así se aplicó desde que Jean Bodin en su obra "Los Seis Libros de la República" (1536) dijera que la soberanía era el "poder perpetuo de la República", dándole caracteres de absoluta, inalienable, imprescriptible e *ilimitada*.

Bastante tiempo después, en 1762, Jean Jacques Rousseau, en "El Contrato Social", aunque variando al titular de la soberanía, para desplazarla del monarca a los individuos que conforman la sociedad política, volvería a concebirla como una potestad sin contrapeso alguno.

Finalmente, el abate Sieyès, junto a Mirabeau, al escribir "¿Qué es el Tercer Estado?" (1789), conservaría las mismas calidades del poder político, aunque ahora radicándolo en la Nación, como lo enuncia solemnemente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación".

En fin, sería la época contemporánea la que vería cuán íntima y estrecha es la relación entre un poder, aunque soberano, limitado, y un conjunto de hombres, aunque gobernados, dignos.

Ello fue lo que quiso significar nuestro constituyente cuando pensó en una soberanía limitada [y vaya bendito límite] —*los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*—, es decir, y con simpleza, los derechos humanos. Aquellos que podemos intentar definir como: "los derechos, y sus correlativos

deberes, inscritos en la naturaleza humana y coherentes con ella" <sup>2</sup>.

Particular y sustancialmente claro el constituyente, pero además profundo en conceptos y valores. De más está buscar una dimensión teleológica a la norma, cuando de suyo la tiene, y no es sino la espiritualidad y materialidad humana. De más también parece estar señalar lo bella que resulta la expresión narrativa de este inciso segundo del quinto artículo constitucional.

Y sin embargo se plantea y se busca su reforma. A lo menos cabe preguntarse el ¿por qué? Me atrevo a responder que es en razón de dos criterios matrices. Por una parte, convicciones y no conveniencias políticas y, por otra, mucho más loable por cierto, con el objeto de profundizar lo ya plasmado por el propio constituyente.

### 2. El proyecto de reforma

La Comisión de Juristas, integrada a instancias de los Partidos de la Concertación por la Democracia y el Partido Renovación Nacional, propuso como primera, de un total de 33 reformas, cambiar el inciso 2º del artículo 5º por el siguiente: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que emanan de la persona. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometen a Chile*" <sup>3</sup>.

No puedo menos que lamentar la redacción propuesta por tan connotados especialistas. Así es, aunque no pretendo desconocer el espíritu que existía en la Comisión. Este espíritu que no hace sino confirmar lo ya señalado en cuanto a las razones que llevan a proponer la reforma.

A saber, y permítaseme repetirlo, por una parte profundizar lo querido por el constituyente originario y, por otra, y

<sup>2</sup> CEA EGAÑA, José Luis, Apuntes de Clases Año 1987, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica.

<sup>3</sup> Diario "La Epoca", Santiago de Chile, 7 de abril de 1989.

de aquí nace la incoherencia en que incurren los juristas, responder a un legítimo anhelo político, cual es el de constreñir a la autoridad pública a que en el futuro no vuelvan a repetirse lamentables hechos de violencia de que hemos sido testigos.

Así es como se propuso la modificación de:

“los derechos esenciales que emanan de la *naturaleza humana*”, por  
“los derechos esenciales que emanan de la *persona*”.

Aquí resulta por demás clara la primera de las intenciones expuestas: la de profundizar la finalidad del autor originario de la Carta; cuestión, obviamente, perfectamente comprensible, aunque se pierda aquella hermosa frase del inciso segundo. Sin embargo, no radican aquí por supuesto mis más importantes reparos en cuanto a lo sustantivo de la reforma.

Es bien sabido que en este aspecto, diría eminentemente gramatical, no fue acogida la proposición de los juristas. De hecho, el Supremo Gobierno no recogió en nada, en un primer momento, la propuesta de la Comisión en punto a la enmienda del artículo 5º, según consta del texto de reformas dado a conocer por el Ministro del Interior el viernes 2 de abril de 1989.

Sin embargo, en el conjunto de reformas definitivas que se plebiscitó y aprobó mayoritariamente el 30 de julio sí se la consideró, aunque en términos algo diversos.

### 3. *La norma plebiscitada*

Se agrega al artículo 5º, a continuación del inciso 2º:

“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”.

En principio, me parece bastante más adecuada esta redacción que la propuesta primitiva, por cuanto no altera el texto del inciso 2º. Aunque no estoy tan cierto que no ocurra lo mismo con sus aspectos

sustanciales. En efecto, en ella aprecio una importante limitación respecto del resguardo de los derechos humanos, que podría conducir aún a más fuertes restricciones y afectaciones en la esfera inalienable de los derechos individuales.

Pero vamos al análisis jurídico, pues ya al comienzo de estas páginas me he situado en él, abandonando otras aristas del hombre y del ser.

#### A) *Sujeto activo de la obligación constitucional*

Así denomino al que se encuentra constreñido por la Constitución al respecto de los derechos humanos. Una simple lectura de la norma reformada nos hace responder que tal deber compete a “*los órganos del Estado*”.

Cabe entonces preguntarnos, y aquí viene mi primer reparo, ¿sólo compete “a los órganos del Estado” el respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana?

¡Bien sabido es que no! A cada persona, a cada familia, a cada grupo intermedio y también a los órganos del Estado corresponde tal labor, diría tal responsabilidad. Y así se desprende del propio artículo 1º cuando en su inciso 4º señala que el Estado apenas “contribuye” al Bien Común y que, en consecuencia, tal tarea nos involucra, porque nos 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.

Pero incluso antes del importante reparo reseñado, cabe una pregunta todavía más obvia, aunque pueda ser de resolución en exceso complicada; a saber: ¿cuáles son los “órganos del Estado”? En efecto, mal podríamos imponer el deber de respeto y promoción de los derechos humanos si desconocemos a quién corresponde tal obligación.

La doctrina nos da una respuesta frente a esta interrogante al decir que los órganos del Estado son: “los cargos (de gobierno) jurídicamente, y con prescindencia de las personas físicas de sus

eventuales ocupantes"<sup>4</sup>. En otras palabras, 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.

El problema es acuciante tratándose de, a lo menos, dos entidades, respecto de las cuales cabría la discusión de si son o no órganos del Estado y, como tales, si están o no obligados por la norma en análisis.

Me refiero, en primer lugar, a los servicios de policía política, no previstos expresamente en la Constitución. Recordemos, para ello, su artículo 90º:

"Las Fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas *única y exclusivamente* por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas.

"Las Fuerzas Armadas están integradas *sólo* por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea...

"Las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas están integradas *sólo* por Carabineros e Investigaciones".

En consecuencia, bien podrían existir (como han existido) *otras* fuerzas dependientes de *otro* Ministerio, que no sea el de Defensa Nacional, respecto de las cuales cabría preguntarse si están o no obligadas por el deber del inciso 2º que estamos analizando. Ello dependerá de lo que determinemos: según sean o no órganos del Estado.

Quizá la segunda entidad parezca de solución más fácil aunque, como trataré de mostrar, es altamente compleja. Me refiero al pueblo.

Ya nadie discute el carácter de órgano del Estado del pueblo. Sin embargo, analicemos el inciso 1º del propio artículo 5º en aquello que es pertinente. Allí se señala que el pueblo ejerce soberanía por dos vías o formas:

1. Delegándola en sus representantes, es decir, en "los órganos del Estado".
2. Directamente, a través del plebiscito (comunales en el artículo 107 y de

reforma constitucional en el 117) y de elecciones periódicas.

Pues bien, ¿la reforma introducida por el constituyente derivado viene a imponer el deber de respeto y promoción de los derechos humanos sólo respecto de la primera forma en que el pueblo ejerce soberanía?

En efecto, tal obligación parece haberse impuesto sólo a "los órganos del Estado", es decir, al pueblo actuando a través de sus autoridades, en la delegación. Pero nada parece haber dicho respecto de la actuación directa, en el ejercicio del poder político, por parte del mismo.

Luego, el pueblo, vía plebiscito de reforma constitucional, podría introducir el aborto al artículo 19 Nº 1.

¿El no tiene el deber de respetar y promover los derechos humanos de sus propios integrantes!

Sencillamente, no puede ser. El pueblo, léase pueblo elector, también ha de estar obligado por la limitación del respeto a los derechos fundamentales, sus propios derechos inalienables.

Ni aún la más inmensa, permanente y dominante de las mayorías políticas podría atentar contra los derechos individuales, en cuanto sean éstos esenciales al hombre. Lo contrario sería retroceder a lo menos 200 años a la "voluntad general" infalible de Rousseau.

Sin perjuicio de lo anterior, y en la búsqueda de, al menos, una noción de "órganos del Estado", es útil la revisión del propio texto constitucional.

Allí, podemos encontrar una respuesta, a mi juicio, satisfactoria. Para ello recordemos el inciso 1º del artículo 6º: "Los *órganos del Estado* deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella".

Vale decir, ya el constituyente originario usaba esta expresión y lo hacía en un sentido que por obvio puede ser pasado por alto. Simplemente, órganos del Estado son, como dice el inciso 1º del artículo 5º: "las autoridades que esta Constitución establece".

Así, por lo demás, se desprende de la historia fidedigna de la norma. En efecto, el comisionado Raúl Bertelssen observaba que los preceptos en estudio (artículos 6º y 7º), utilizaban indistinta-

<sup>4</sup> LÓPEZ, Mario Justo, "Manual de Derecho Político"; Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1986, pág. 284.

mente expresiones tales como "autoridades públicas", "órganos del Estado" y "órganos de autoridad", sugiriendo que se empleara en ambos artículos la frase "órganos del Estado", que sería comprensiva de todas las otras similares<sup>5</sup>.

Entendida así, la expresión "órganos del Estado" permite constatar lo redundante que aparece la norma plebiscitada con la prevista originalmente en el artículo 6º inciso 1º, antes transcrito, por cuanto ya en este último se impone a dichos órganos el deber de actuar conforme a las normas constitucionales y legales. En otras palabras, el respeto al artículo 5º inciso 2º, entre muchas otras normas.

Además, y allí hay un grave desliz, no sólo es redundante, sino que no impone la obligación a quienes, según hemos analizado, no son autoridades establecidas por la Constitución, como por ejemplo: ¡los servicios de policía política!

Luego, debemos preguntarnos: ¿lo que ha querido prescribir el constituyente derivado, al introducir la reforma al artículo 5º, es que sólo a tales órganos cabe respetar y promover los derechos esenciales? Dicho de modo más simple, y al tenor del propio artículo 5º: ¿sólo tienen tal obligación "las autoridades que esta Constitución establece"?

Por cierto que no. Una interpretación lógica y coherente nos niega tal supuesto. Ello lo afirmo basándome en la norma básica de respeto al Estado de Derecho que consagra el ya reseñado artículo 6º, el cual en su inciso 2º indica quiénes son los sujetos activos, junto a los órganos del Estado, obligados a tal deber:

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

A mayor abundamiento, el conjunto de la sociedad política, individual y colectivamente considerada, sus entes públicos y privados, es el sujeto activo de

la obligación constitucional del inciso 2º del artículo 5º.

Por lo tanto, debemos colegir, con no poca dificultad según vemos, que el constituyente derivado sólo ha pretendido destacar a UNO de los sujetos activos de la obligación, pero sin olvidar que no el único.

Por lo expuesto, quizás 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.

Al fin y al cabo, pienso que el texto original se bastaba a sí mismo.

#### B) Objeto de la Obligación Constitucional

En otras palabras, ¿qué es lo que los órganos del Estado y todos los miembros de la sociedad política, según hemos concluido, deben respetar y promover?

Una vez más pareciera que el texto de la Carta es extremadamente claro: "tales derechos", es decir, "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Pero en el afán loable de profundizar y proteger el constituyente derivado sólo logra confundir y desproteger. ¿Por qué?

En definitiva, el problema se reduciría a determinar ¿cuáles son los derechos esenciales? Así es, una vez que hayamos logrado, con más o menos certeza y una cierta rigurosidad científica, señalar aquellos derechos que consideramos esenciales, la cuestión jurisdiccional estaría orientada a buscar su tutela y no la de otros derechos, tal vez importantes pero inesenciales.

Sin embargo, aquello que puede parecer tan obvio lo complica el texto plebiscitado. Lo complica al pretender, creo inconscientemente de parte de los redactores de la norma, determinar el o los cuerpos jurídicos en que se encontrarían tales derechos.

En efecto, el objeto de la obligación constitucional es: "los derechos esencia-

<sup>5</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, sesión 411 (6 de septiembre de 1978), pág 3442.

les que emanan de la naturaleza humana", pero siempre que se encuentren:

1) "garantizados por esta Constitución"; o

2) "por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

En consecuencia, el constituyente derivado se ha cerrado a una realidad que la historia de los pueblos avala como muy posible, cual es la del surgimiento de nuevos derechos fundamentales de la persona humana.

Por ejemplo, ¿acaso alguien dudaría en afirmar, hoy en día y con la experiencia vivida, que el derecho a vivir en la propia Patria es uno de aquellos "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"?

Por cierto que no y, sin embargo, el propio constituyente originario en el artículo 41 N° 2°, faculta al Presidente de la República, durante el estado de sitio, para "expulsarlas (a las personas) del territorio nacional" <sup>6</sup>.

Ahora bien, supongamos por un momento que el artículo 41 N° 2° no fue reformado.

Entonces, cuando el Presidente de la República ejerciera esa facultad no cabría oponerse argumentando que, aunque esté prevista en la Carta, está transgrediendo un derecho esencial y como el artículo 5°, que le impone ese límite, está en las "Bases de la Institucionalidad" prima sobre el resto de la Constitución. Luego, el 41 N° 2° era una norma inconstitucional, en una interpretación de contexto y coherente.

Sin embargo, a la luz de la reforma ese argumento no sería válido.

¿Por qué? Porque el derecho a vivir en la propia Patria es esencial, pero no está "garantizado" por la Constitución. Es más, la propia Norma Suprema, cúspide de la pirámide normativa, permitiría afectarlo en determinadas circunstancias. Ello es, por decir lo menos, ilógico.

<sup>6</sup> Cabe recordar que la reforma N° 19 de las plebiscitadas el 30 de julio reformó el artículo 41 N° 2°, eliminando tal facultad del Presidente de la República, entre otras materias.

Valdría la pena, desde luego, preguntarnos: ¿cuándo, entonces, un derecho va a constituir un límite al ejercicio de la soberanía? Cuando concurren los siguientes requisitos copulativos:

1° ese derecho debe ser "esencial". Luego, por cierto, cabe responder ¿cuáles son los derechos esenciales y cuáles no lo son? Como señalaré hacia el final de estas líneas, allí radica el fondo de todo el problema y sólo respondiendo a esa pregunta se pueden salvar todas las deficiencias del texto positivo, cualesquiera que éstas sean.

2° debe encontrarse "garantizado" por la Constitución. Pero, ¿cuándo un derecho, suponiendo su esencialidad, está garantizado por ella?

Es preciso señalar que en Derecho Constitucional hablar de "garantías" implica referirse al conjunto de acciones o recursos que el constituyente ha previsto para la tutela de los derechos individuales. Luego, un derecho está garantizado o protegido cuando:

a) está expresa o implícitamente reconocido en el texto constitucional.

b) existen acciones o recursos suficientes para que el afectado pueda exigir el respeto de ese derecho ante los tribunales de justicia.

c) que los tribunales puedan, efectivamente, tutelar ese derecho y hacerlo respetar compulsivamente de ser necesario.

Por lo tanto, ¿sólo los derechos esenciales y así garantizados por la Constitución constituyen un límite al ejercicio del poder político? Responder afirmativamente sería posible, aunque erróneo.

Posible, porque así se desprende del propio texto y "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" (art. 19° inc. 1° Código Civil), más aún, "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" (art. 20° inc. 1° Código Civil).

Y en este caso, no hay duda que el tenor literal es claro y hasta obvio el sentido de las palabras.

Pero también digo erróneo, porque por sobre este principio civil de interpretación, en el ámbito constitucional cabe todavía uno de mayor entidad, cual es

el de la interpretación sistemática o de contexto y, desde esta perspectiva, no puedo menos que sostener que los redactores de la norma incurrieron en un profundo error.

En efecto, con la mira, como lo he repetido majaderamente, de guardar y resguardar los derechos fundamentales, olvidó que de la propia Carta podían desprenderse los mecanismos para ello.

Veo, en los redactores de la norma, aquello que tanto suele criticarse, con no poca razón, a nuestros hombres de Derecho, el positivismo jurídico.

No es preciso que las leyes o las normas prevean todas y cada una de las situaciones o que pretendan dejar todo expresamente consagrado.

De pronto, el espíritu de la norma puede más que su letra.

Claro, es cierto que nuestros tribunales y nuestros letrados son más adictos al tenor literal que al sentido intrínseco de las normas jurídicas. Pero la forma de guiarlos a una mejor y más global comprensión del Derecho no es ayudarles en la positivización, sino obligarlos a buscar el espíritu de la ley, en el contexto de los cuerpos jurídicos, en los fines del Derecho.

Una forma de contribuir a ello es dejarlos desprovistos de textos y atraparlos en la enunciación, más que de caracteres jurídicos, de enunciaciones globales, nítidas pero valóricas y, sobre todo, teleológicas.

Por todo ello, no puedo sino oponerme a una interpretación meramente dogmática de la norma en análisis. Nuestros deseos de lo que debe ser el Derecho y el sistema de la Constitución del 80 así lo exigen.

En consecuencia, los derechos esenciales garantizados son apenas una parte, quizá la más importante, del límite al ejercicio de la soberanía.

Porque la totalidad de la limitación la componen *todos* los derechos humanos. Pero no sólo por razones axiológicas, sino que además por razones jurídicas.

Entonces, ¿en qué queda la nueva norma? Queda en lo que es: una explicitación de una norma jurídica que, en una interpretación de contexto, tiene primacía.

El reconocimiento que hace la Carta de que "el Estado está al servicio de la

persona humana" (artículo 1º inciso 4º). Tiene primacía por sobre el artículo 5º porque el 1º es la norma fundamental de toda la Constitución; luego, su gran fuente interpretativa.

"Al servicio de la *persona humana*".

Sí, de *toda* la persona humana, considerada como un ser íntegro e integral. Luego, más allá de lo que el ordenamiento jurídico reconozca o no, garantice o no, prevea o no, es preciso el respeto y promoción de *toda* la persona humana; y *toda la persona humana* implica *todos* sus derechos esenciales.

Aunque resulte reiterativo, no puedo cejar de repetir que el hombre no es un ser susceptible de ser dividido o parcelar para considerar que una parte de él o de sus derechos puede ser olvidada, transgredida, truncada.

El hombre, en fin, es un todo.

Podría afirmarse que los problemas planteados, fundamentalmente los referidos a determinar qué derechos están garantizados, serían salvados, sin necesidad de ninguna interpretación, por la vía de la inclusión de los derechos esenciales previstos en los tratados internacionales.

Mal argumento me bastaría decir.

Primero, porque aquellos derechos esenciales deben, del mismo modo, estar "garantizados" y, segundo, porque esta norma introduce otras dificultades de mayor complejidad, en cuanto a su planteamiento y solución.

### C) *La Internalización del Derecho Chileno*

Hemos arribado, a mi juicio, a la más interesante y trascendente de las 54 reformas plebiscitadas y aprobadas. Baste sólo con imaginar el cúmulo inmenso de textos y normas jurídicas que, desde ya, se incorporan a nuestro ordenamiento positivo.

Por ello, no puedo abocarme exclusivamente al texto de la reforma y olvidar importantes nociones relativas al Derecho Internacional en cuanto tal.

#### 1º *Necesidad de Algunas Precisiones*

Recordemos que los sujetos en el Derecho Internacional Clásico son los pueblos organizados en Estados y no las per-

sonas individuales, salvo en una materia, la protección diplomática. Incluso esta única protección individual era bastante precaria por cuanto dependía de la protección discrecional de los distintos Estados y varía, por lo tanto, en función de las múltiples circunstancias políticas.

Esta concepción tradicional ha cambiado desde la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948).

En efecto, ya en el preámbulo de la Carta aparece que los Estados miembros afirman su fe "en los derechos fundamentales del *hombre*, en la dignidad y el valor de la *persona humana*".

Asimismo, en el artículo 55º párrafo c) la Organización promoverá "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de *todos* sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Es así como con la Carta de las Naciones Unidas se altera radicalmente el rumbo de la comunidad internacional, en cuanto a la protección de las personas y de sus derechos fundamentales.

Sin perjuicio de lo cual, el orden jurídico internacional no sólo dio este paso, sino que fue mucho más allá. Digo esto por cuanto no sólo reconoce los derechos fundamentales, sino que tales derechos constituyen una obligación jurídica formal asumida por cada uno de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

→ Así, por lo demás, lo resaltan los juristas Lauterpach<sup>7</sup> y Golsong<sup>8</sup>.

Pero, ¿cuáles son los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Carta?

En verdad, la Carta no proporciona una definición precisa de ellos y otro tanto ocurre, aunque en menor medida, con la Declaración Universal de 1948. Incluso, si consideramos los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre De-

rechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, en los cuales hay un claro desarrollo de derechos y libertades fundamentales, que aunque tengan mayor precisión que la Carta, como son convenios no tienen el mismo alcance jurídico que ella.

Esta indefinición, por cierto cada vez más relativa, hace que el cumplimiento y garantía de los derechos individuales siga, en gran medida, entregado a los Estados soberanos.

¶ Ello lleva, precisamente, a que la Carta difícilmente pueda imponer a los Estados miembros la obligación jurídico-formal de conceder o garantizar a sus respectivos nacionales tales derechos, a través de su legislación interna.

Sin embargo, el ámbito de discrecionalidad de los Estados tiene una doble limitación:

1: los derechos y libertades que constituyen principios jurídico-positivos, éticos y morales, que son embrionarios de normas jurídicas internacionales de "ius cogens".

2: los recursos de que dispongan los particulares ante instancias internacionales de control. Esto porque "afirmar el respeto de la persona humana y de las libertades fundamentales sin asegurar su eficacia es insuficiente, tanto en Derecho Interno como en Derecho Internacional"<sup>9</sup>.

## 2º Primera Limitación a la Acción Estatal

Según lo indicamos, tal la constituyen las normas del "ius cogens", es decir, "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter"<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> LAUTERPACH, Hersch, "International Law and Human Rights", pág. 150 (Londres). 1950.

<sup>8</sup> GOLSONG, H., "Implementation of International Protection of Human Rights", pág. 10. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Vol. 110 (1963).

<sup>9</sup> CARRILLO, Juan Antonio, "Soberanía del Estado y Derecho Internacional", pág. 52, Ed. Tecnos (1976).

<sup>10</sup> Artículo 53º de "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", (23 de mayo de 1969).



Cierto es que tal definición, según reza el propio artículo 53º “es para los efectos de la presente Convención”. Pero también es cierto que constituye una muy completa conceptualización de lo que podemos entender por “ius cogens”, vale decir, aquellas normas imperativas de Derecho Internacional.

Pues bien, tales normas constituyen un límite, porque prevalecen a la voluntad de los Estados, al poder político.

Sin embargo, como se pregunta Carrillo: “¿qué sentido tiene este concepto relativamente impreciso que sólo ha podido recibir una formulación general en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en un ordenamiento jurídico en el que la soberanía de los Estados es un principio de rango constitucional?”<sup>11</sup>

El Derecho Internacional no constituye un puro orden técnico, formal, conceptual y abstracto. Por el contrario, él no está despojado de algo que le es esencial, su finalidad, su carácter teleológico.

De este modo, el “ius cogens” no es algo impreciso emanado de una comunidad internacional inexistente, sino que es “un cierto número de normas que, aunque puedan recibir interpretaciones diferentes e incluso contradictorias, son objeto de un reconocimiento generalizado”<sup>12</sup>, en el sentido de que todos los Estados, de modo expreso o tácito, las aceptan, en la medida que son expresiones de una cultura o civilización común.

Desde este punto de vista, los derechos humanos y las libertades fundamentales son normas, de índole éticas y jurídicas, que implican un reconocimiento generalizado, por cuanto los Estados, aunque sólo sea en sus declaraciones y en declamaciones teóricas, las aceptan.

Chile, como pocos países, me atrevo a decir, ha hecho reiteradamente este reconocimiento y, salvo contadísimas excepciones ha sabido respetarlo. Luego, para nuestro Estado constituyen un límite infranqueable; no sólo jurídico, según lo expuesto, sino principalmente moral.

### 3º *La Segunda Limitación a la Voluntad Estatal*

La constituyen los mecanismos que los particulares tengan para recurrir a la comunidad internacional frente a una vulneración de sus derechos esenciales.

La Carta de las Naciones Unidas no contiene disposiciones específicas en orden a establecer un sistema eficaz de garantía de las obligaciones que ella misma impone a los Estados miembros en materia de derechos humanos.

Es cierto, eso sí, que de modo indirecto tales obligaciones pueden ser objeto de algún control por parte de la Organización. Así, por lo demás, se desprende de los artículos 24º, 34º, 39º, 76º párrafo [c], 87º y 88º, por citar algunos.

Asimismo, los Pactos de diciembre de 1966, recientemente publicados en el Diario Oficial (29 de abril de 1989) y que, como tales, constituyen leyes de la República, prevén un cierto mecanismo de control.

El Pacto de derechos civiles y políticos, por una parte, a través de informes anuales presentados por los Estados partes que sirven al Comité de Derechos Humanos para su “estudio, información y observaciones”. El Comité puede, además, solicitar informes ‘ad hoc’ y transmitir al Consejo Económico y Social sus observaciones generales (artículo 40º).

También, los Estados pueden presentar comunicaciones al Comité frente a otro Estado parte que, a su juicio, haya incumplido las obligaciones que el Pacto le impone (artículo 41º).

Por otro lado, el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales prevé instancias de control algo más limitadas, ya que se reducen exclusivamente a los informes de los Estados (artículos 16º y siguientes). Esto, porque al Estado se le reconoce plenamente el carácter de gestor de los derechos de dicha naturaleza, quedando los particulares ausentes de otros mecanismos de control<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Ibid nota 9, pág. 271.

<sup>12</sup> Ibid nota 9, pág. 272.

<sup>13</sup> Este reconocimiento es, como podrá desprenderse, similar al que hace nuestro constituyente al no otorgar el Recurso de Protección (art. 20º) para el resguardo de los llamados “derechos socia

En consecuencia, "la protección de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas, tanto en la Declaración del 48, como en los Pactos del 66, queda casi reducida a una coordinación de voluntades estatales, con lo que, en última instancia, el sistema de protección descansa en la voluntad favorable o adversa de los Estados miembros"<sup>14</sup>.

Por ello que resulta tan relevante el nuevo texto del artículo 5º y de gran trascendencia, ética, jurídica y política, la labor que, en torno a él, desarrollen nuestras autoridades, en general, y los tribunales de justicia, en particular.

#### 4º *¿La Internacionalización del Derecho Chileno?*

Recordemos que la reforma introducida al artículo 5º inciso 2º señala como límite al ejercicio de la soberanía los derechos esenciales garantizados por la Constitución, "*así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*".

Aquí se encuentra, como ya lo he apuntado, la substancia de toda la reforma del 30 de julio. En esta escueta frase radica, en una palabra, la fuente de nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo.

Por eso resulta tan imperioso ir conociendo la enmienda en un análisis serio y eminentemente académico, para permitir una aproximación a su real sentido.

Interesante es mencionar, antes de entrar al estudio propiamente de la reforma, que los tratados internacionales aparecían mencionados en nuestra Constitución en el artículo 32 Nº 17º como facultad especial del Presidente de la República, en cuanto a la negociación, firma y ratificación de los tratados; y en el artículo 50, como una de las "atribuciones exclusivas del Congreso", el aprobarlos o desecharlos.

En consecuencia, la pregunta, a mi entender clave, es si con la reforma se ha querido colocar a nuestro ordenamiento jurídico en la línea de lo que es hoy

la tendencia en el Derecho Comparado, es decir, la primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno. Mi respuesta debe ser categórica: ello no es así.

En efecto, desde siempre nuestra doctrina constitucional, nuestro Derecho Público, nuestra práctica diplomática y nuestros tribunales, han entendido que los tratados internacionales tienen, dentro de la jerarquía normativa, el mismo nivel y rango de una ley. Así, por lo demás, lo confirma el artículo 50º mencionado en que se dan suficientes muestras de que para nuestro constituyente un tratado es una ley; a saber:

1º) se tramita como ley;

2º) el Presidente de la República puede adoptar medidas o acuerdos para el cumplimiento de un tratado, sin necesidad de nueva aprobación del Congreso, salvo "que se trate de materias propias de ley";

3º) el Congreso puede delegar facultades al Presidente para que dicte las disposiciones necesarias para que el tratado se cumpla. Pero ¿sobre qué materias cabe delegar facultades? Artículo 61º: "sobre materias que correspondan al dominio de la ley".

4º) para el evento de que exista tal delegación de facultades, le es plenamente aplicable el artículo 61 incisos 2º y siguientes. Esto es, las materias prohibidas de delegar, los requisitos de la ley delegatoria, el control previo de la Contraloría y las solemnidades para su vigencia.

⌘ Sin perjuicio de los argumentos anteriores, cabe todavía agregar algunos más que reafirman la idea de que en nuestro régimen jurídico los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa.

En primer lugar, nuestra Constitución no contempla un artículo como aquel que prevé la Carta francesa de 1958, cuando en su artículo 55 señala: "Los tratados o acuerdos ratificados o aprobados en forma regular, tienen desde su publicación una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

Tampoco como aquel artículo 66 de la Constitución de Holanda: "Las dispo-

les" (ej.: derecho a la seguridad social, en el art. 19º Nº 18º).

<sup>14</sup> Ibid. nota 9, pág. 57.

siones legales que rigen dentro del Reino *no serán aplicables* si su aplicación fuere incompatible con normas obligatorias contenidas en convenciones celebradas, ya sea antes o después de la dictación de tales disposiciones”.

Ni mucho menos como el artículo 25 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949: “Las normas generales de Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal. Estas normas *tienen primacía sobre las leyes*, y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.

Por último, bástenos con recordar la historia fidedigna de la Carta del 80. En un principio se había previsto como inciso 4º del artículo 1º el siguiente: “Chile adhiere a los principios y normas universalmente aceptadas del Derecho Internacional y favorece los organismos mundiales y regionales para la paz”<sup>15</sup>. Tal vez una disposición como esa habría dado cabida a una superioridad del Derecho Internacional.

Más aún si recordamos las palabras de don Alejandro Silva Bascañán, a la sazón comisionado de la Constituyente: “Debe quedar claro que 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”<sup>16</sup>.

Bien sabemos, sin embargo, que tal disposición en definitiva no quedó en el texto final de la Carta del 80. Tal vez, porque como resumió la Comisionado Luz Bulnes: “Estimo de la mayor peligrosidad para nuestro país una declaración de esta naturaleza. Chile adhiere y cumple los tratados que suscribe, pero no puede adherir en blanco a acuerdos emanados de organismos internacionales que si bien en muchas oportunidades tienden a resguardar la comunidad inter-

nacional, en otras no constituyen más que acuerdos de carácter político”<sup>17</sup>.

Con todo, lo antes dicho podría discutirse a raíz de la nueva norma y señalarse que con ella se ha colocado al Derecho chileno por debajo del Internacional, revirtiendo una larga tradición y situándonos en la tendencia de los países más avanzados. ¿Es así?

No puedo menos que repetir lo señalado, ello no es así. Porque lo que ahora reconoce expresamente la Constitución de 1980 no son los tratados internacionales como límite al poder soberano, sino los derechos esenciales que esos tratados contienen. Es decir, los tratados continúan en su sitio histórico que confirmó el artículo 50. Lo que ahora tiene rango constitucional son los derechos humanos que tales cuerpos jurídicos contemplan.

En consecuencia, los conflictos entre tratados y leyes internas habrán de continuar resolviéndose de acuerdo a las reglas generales al efecto. Así, si el tratado es posterior a la ley (caso de los Pactos de 1966 en relación a la gran mayoría de la legislación de estas últimas dos décadas), prevalece la norma internacional.

¿Y si el tratado es anterior a la ley? “En este caso, hay que tratar de evitar el conflicto, dando a la ley nacional, si ello es posible, una interpretación que la concilie con el tratado, ya que no es de presumir que el legislador haya querido violar las obligaciones convencionales del Estado”<sup>18</sup>.

Pero, ¿si aún así es imposible encontrar una armonía, por cuanto los términos de la ley son claramente contrarios al tratado?

En este caso, habrá que estar a la postura del ordenamiento jurídico y el nuestro, a diferencia del francés, holandés o belga, supone la primacía, como he dicho, del Derecho Interno. Luego, tal ley tendría, por ser posterior, que ser aplicada ante la norma del tratado que

<sup>15</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, sesión 48 (25 de junio de 1974), pág. 7.

<sup>19</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, sesión 47 (20 de junio de 1974), pág. 14.

<sup>17</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, sesión 409 (10 de agosto de 1978), pág. 3409.

<sup>18</sup> BENADAVA, Santiago, “Derecho Internacional Público”, Ed. Jurídica de Chile, 1981, págs. 72-73.

fue, por lo mismo, tácita o expresamente, derogada.

Es preciso, con lo dicho, sostener que la relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional no ha sido en absoluto alterada por la reforma. Por ello, demos un paso adelante.

Cabe hacernos la siguiente interrogante: ¿todos los derechos humanos recogidos por el Derecho Internacional constituyen ahora un límite al ejercicio de la soberanía?

Al igual que como lo dije respecto de los previstos en la Constitución, al tenor del texto de la norma debemos entender que no. Sólo lo son si:

- a) aquellos derechos son esenciales;
- b) se encuentran garantizados por el Derecho Internacional;
- c) están previstos en "tratados internacionales";
- d) tales tratados han sido "ratificados" por Chile; y
- e) se encuentran "vigentes".

Vamos al análisis de cada uno de estos aspectos, remitiéndome en cuanto al requisito de esencialidad a lo ya expuesto al referirme al punto en cuanto a los derechos humanos garantizados por la Constitución.

#### 1º Requisito de la garantía:

Al igual como se exige que los derechos esenciales contemplados en la Constitución, para ser un límite al ejercicio del poder político, no sólo estén allí previstos, sino "garantizados", también se exige esta condición si se encuentran en los tratados internacionales.

Ya hemos tocado, muy brevemente, la forma y mecanismos cómo la Carta de las Naciones Unidas y principalmente los Pactos del 66, garantizan el pleno respeto de los Estados a los derechos humanos en esos documentos contemplados. Sin perjuicio, como entonces señalaba, que tales instrumentos son aún incipientes y, en consecuencia, no constituyen una real y efectiva garantía.

¿Debemos entonces entender que de suyo ya no se cumpliría con la primera condición impuesta por el constituyente?

Creo que esa sería una conclusión no sólo errada, sino que también apresura-

da. Primero, porque los mecanismos que prevea el Derecho Internacional para la tutela de los derechos humanos no obstan a que esos mismos derechos, según las normas de incorporación de los tratados al Derecho Interno, sean protegidos y resguardados, es decir, garantizados por los instrumentos y autoridades que contempla la propia legislación.

Por otra parte, no podemos obviar el hecho de que aún hoy día el Derecho de Gentes carece de un poder centralizado y con la facultad de cumplir y hacer cumplir las resoluciones de los tribunales internacionales. Ello hace todavía más valaderos y necesarios los caminos de tutela jurídica, o sea, jurisdiccional, que franquee el Derecho Interno.

#### 2º Requisito de la jerarquía:

El constituyente derivado, siguiendo los pasos del originario, sólo ha previsto que tales derechos, esenciales y garantizados, serán un límite al ejercicio de la soberanía, cuando se encuentren contemplados en "tratados internacionales". Luego, uno y otro constituyente han dejado fuera del ámbito constitucional la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

Ello no obsta, por cierto, para que ambos se encuentren reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, ya sea porque "la propia ley, para un número limitado de casos específicos así lo establece, ya sea porque nuestra doctrina y jurisprudencia han reconocido que dicha incorporación se produce en forma automática y global"<sup>19</sup>.

Pero ni uno ni otro están contemplados con rango constitucional y, en consecuencia, se da en nuestro Derecho una cierta jerarquía, al menos interna, a los tratados por sobre la costumbre y los principios generales.

Recordemos, por cierto, que tal jerarquía no existe en Derecho Internacional, según lo señala el profesor Bustos en el artículo citado, al transcribir las frases de

<sup>19</sup> Bustos, Crisólogo, "La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Constitucional Chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, Nº 2-3 (1984), pág. 526.

Rousseau: "El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (allí se señalan las fuentes formales del Derecho Internacional) desechó el procedimiento utilizado por el artículo 7º de la Decimosegunda Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907, que consistía en enumerar las fuentes en orden jerárquico decreciente. El Comité de Juristas encargado de la elaboración del Estatuto, se pronunció en 1920 por la adopción de un orden sucesivo".

En general, la doctrina hace prevalecer el criterio que otorga al tratado y a la costumbre la misma fuerza legal y, en consecuencia, un valor derogatorio recíproco" 20.

¿Esto quiere decir que los derechos esenciales no previstos en los tratados internacionales, pero que sí lo están en la costumbre o como principio general, no son un límite al ejercicio de la soberanía? 21.

Al igual que como señalara al preguntar respecto de los derechos humanos no garantizados por la Constitución, debo ser enfático: incluso aunque ello fuera posible y así ocurriera, tal derecho sigue siendo un límite infranqueable al poder político. Así como la Constitución, el Derecho Internacional no crea los derechos esenciales, sino que apenas los reconoce. Y cuando ni siquiera esto haga, y aunque los desconozca, allí están y son impenetrables por el ejercicio del poder.

¿Por qué? Básteme, por ahora, decir sólo esto.

### 3º Requisito de la ratificación:

No basta que un derecho sea esencial ni que esté garantizado ni tampoco que se encuentre previsto en un tratado internacional. Es menester que tal tratado haya sido "ratificado por Chile".

<sup>20</sup> ROUSSEAU, Charles, "Derecho Internacional Público" (1966), pág. 371.

<sup>21</sup> En esta perspectiva, podía aparecer como más feliz la redacción propuesta por la Comisión de Juristas que hablaba de "normas internacionales", pero ocurre que la voz "norma" es de carácter doctrinario y no propiamente jurídico, lo que podría haber acarreado más profundos conflictos de interpretación.

La ratificación en Derecho Internacional es un concepto bastante preciso. En virtud de ella, "un Estado signatario manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado. La ratificación se hace en un instrumento solemne, firmado y sellado, en que se acepta el tratado y se compromete en su observancia el honor nacional" 22.

Pienso que esta exigencia viene a salvar una grave disputa doctrinaria y práctica en cuanto a la aplicación de los tratados en nuestro país.

En efecto, durante los últimos años 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.

Puestas así las cosas, en principio cabe sostener que el constituyente derivado se inclinó por la primera de las tesis. Ya que basta la ratificación, en pocas palabras la manifestación de obligarse ante la Comunidad de Naciones, para que ese tratado pueda ser, si es preciso compulsivamente, exigido en Chile a gobernantes y gobernados.

Digo en principio, porque todavía resta un requisito.

### 4º Requisito de vigencia:

Este requisito implica responder a la doble pregunta de: ¿cómo y desde cuándo rige un tratado internacional?

Si, como he aseverado con poca razón creo, los tratados conservan su ubicación en la jerarquía normativa en cuanto leyes, es preciso responder tales inte-

<sup>22</sup> Ibid. 18, pág. 42.

rrogantes a la luz de los artículos 62 y siguientes de la Constitución<sup>23</sup> y del párrafo 2º del Título Preliminar del Código Civil.

Es decir, y muy sucintamente:

— *Artículo 69 de la Carta*: “Aprobado un proyecto por ambas Cámaras será remitido al Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, dispondrá su promulgación como ley”.

¿Si el Presidente de la República desaprueba el proyecto?

— *Artículo 70 inciso 3º*: “Si las dos Cámaras aprobaran las observaciones (del Presidente de la República), el proyecto tendrá fuerza de ley y se devolverá al Presidente para su promulgación”.

— *Artículo 70 inciso 4º*: “Si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación”.

¿Cuándo procede la promulgación?

— *Artículo 72 inciso 2º*: “La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente”.

¿Y la publicación?

— *Artículo 72 inciso 3º*: “La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio”.

¿Cómo se publica?

— *Artículo 7º inciso 1º Código Civil*: “La publicación de la ley se hará me-

dante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida por todos y obligatoria”.

Por consiguiente, y a la luz de los preceptos transcritos, un tratado, como una ley, sólo está vigente desde que se han sucedido estos pasos y se ha publicado en el Diario Oficial.

Por lo mismo, lo que la reforma al artículo 5º inciso 2º hace no es acoger la tesis de que basta obligarse ante la comunidad internacional para que el cumplimiento del tratado pueda ser impetrado en Chile, como afirmábamos en principio, sino que acoge plenamente, y despejando toda sombra de duda, la posición hoy imperante en nuestros tribunales. 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.

Sin perjuicio, por supuesto, de las responsabilidades de Chile ante la comunidad internacional.

### III. MÁS ALLÁ DE LO NORMATIVO

Debo señalar que a lo largo de estas líneas he pretendido esbozar algunos de los problemas que presenta esta primera de las cincuenta y cuatro reformas. En algunos casos, sencillamente enunciándolos; en otros, con algo más de audacia, pretendiendo una solución, ya fuera con más o menos argumentos. Porque, en definitiva, no pretendo sino abrir una brecha al debate y la discusión en torno al problema, cardinalísimo, de la limitación al poder.

Quedan, por lo tanto, nuevas dudas que plantear; otras esperan por una respuesta y hasta quizás un cambio de sentido. Todo ello aguarda por el análisis de quienes lean estas reflexiones y de quien las realiza para un próximo escrito, ya más elaborado y con la perspectiva del tiempo que, a no dudarlo, mucho nos ayudará para comprobar o desmentir algunas de las interrogantes aquí apenas enunciadas.

En verdad, el análisis de la reforma introducida al artículo 5º de la Constitución del 80 se resume en dos inquietu-

<sup>23</sup> Se hace presente que éste es el procedimiento básico aplicable a la legislación común, sin perjuicio de las excepciones o diferencias en los casos en que, por tratarse de leyes especiales o cualificadas, el constituyente ha previsto otros mecanismos. Como por ejemplo, para la Ley de Presupuesto o las orgánico-constitucionales.

des; a saber, ¿cuáles derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía? y ¿cuándo un derecho es esencial?

En algo he pretendido introducirme por los sinuosos y oscuros caminos de aquellas dos preguntas que, pienso, serán la clave jurídico-política-jurisdiccional de los próximos años. En efecto, la protección eficaz pero sensata, inflexible pero justa, es el punto en torno del cual girará la convivencia de los tiempos que vienen en Chile. De allí la tremenda relevancia del tema en estudio. De allí la necesidad de esbozar al menos una respuesta para cada una de las preguntas planteadas.

Un derecho, y lo afirmo con vehemencia, constituye una limitación al ejercicio del poder político: *siempre*. Se encuentre o no garantizado, esté en un cuerpo jurídico o en otro, se explicité o esté apenas en la nebulosa, se tutele o no por los órganos del Estado e incluso por los tribunales. Si, incluso aunque, por las circunstancias que sean, los tribunales desconozcan un derecho esencial, él constituye tal limitación. Incluso, es un límite a toda forma de poder, vale decir, también el poder constituyente está limitado por la naturaleza humana.

Es que es ilógico, cuando no irracional, poder concebir que quien sea y como sea pueda transgredir, en nombre de credo o fin alguno, al hombre en cuanto hombre. Y esto tal vez no tenga expresión jurídica; más aún, puede estar conculcado por el propio ordenamiento jurídico y su desconocimiento puede carecer de sanción. Pero, al fin y al cabo, la naturaleza humana, como es obvio por lo demás y sin sesgo de lucha alguna, se impone. La historia es prolífica en ejemplos.

Pero no todo derecho es un límite a la soberanía. De lo contrario, el poder se inmovilizaría o, por cierto, sería imposible no transgredir el mandato constitucional. Tal derecho debe ser "esencial"

Pero, ¿cuándo lo es? He aquí el verdadero y, pienso, único problema real.

Asentado un derecho como esencial, quienes creemos en el Derecho Natural y entendemos el espíritu, aunque la letra del artículo 5º nos complique, no necesitamos de expresiones positivas de un derecho para entenderlo inalienable. Ahora,

para quienes sólo ven y entienden la norma positiva, no faltará la creación, la frescura, la vida, en la interpretación para hallar una forma de acomodar el derecho entre aquellos que estén ya previstos.

Pero, ¿cuándo es esencial? Inacabable problema, pero en ningún caso infranqueable. Tal labor tiene ya una base más o menos certera en el artículo 19 de la Constitución y, fundamentalmente, en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

A partir de allí hay un largo camino por hacer. No sólo para superar los conflictos entre tales Pactos y la legislación común chilena, sino para ir configurando ¿cuáles de los numerosos derechos contemplados en ese y otros cuerpos jurídicos son verdaderamente esenciales?

Pues bien, tal tarea corresponderá a la doctrina, a las Escuelas de Derecho, entre las cuales la nuestra debe jugar un rol preponderante, no por ser Católica, sino para ser Católica, a los hombres líderes de la sociedad, a los tribunales y su jurisprudencia.

Sin embargo, siento un deber de aprovechar estas líneas para ahondar en el tema y, en forma muy esquemática y apenas incipiente, entrar en el terreno de la colisión de normas y su eventual solución.

Para ello revisemos las situaciones más complejas que veo aparecer en primera instancia:

## CASO I

Un derecho es reconocido en el ordenamiento jurídico interno y nada dice, respecto de él, el Derecho Internacional:

1. el derecho está garantizado en la Constitución: *se presume de derecho* que es esencial y como tal, si se dan las condiciones para ello, los tribunales deben tutelarlos.

2. el derecho es reconocido en una norma de inferior jerarquía a la Constitución: es preciso que los tribunales, antes de verificar si procede su resguardo, declaren su carácter esencial.

## CASO II:

Un derecho es reconocido en el Derecho Internacional y no lo es en nuestro Ordenamiento Jurídico Interno:

1. el derecho está garantizado por un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente: se *presume de derecho* su esencialidad y, por lo tanto, si se dan las condiciones para ello, debe ser resguardado.

2. el derecho está previsto en la costumbre internacional o en los principios generales del Derecho Internacional: requerirá, entonces, previa declaración de esencialidad.

## CASO III:

Un derecho reconocido en el Derecho Internacional y *desconocido* en nuestro Ordenamiento Jurídico:

1. el derecho es desconocido en la Constitución:

a) reconocido es un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente: es éste un caso de *contradicción*. Analicémoslo.

Ese derecho, que se presume de derecho esencial por estar previsto donde lo está, es de rango constitucional, aunque el tratado no lo sea, según ya hemos visto. Luego, hay una colisión entre dos normas de igual jerarquía. Sin embargo, es una contradicción aparente, pues, a mi juicio, el derecho así previsto es un límite al ejercicio de la soberanía.

Ello, porque sostener lo contrario sería establecer una excepción al inciso 2º del artículo 5º y de su propio texto aparece expreso que no admite excepción alguna. Pero además, y mucho más importante, por aquel fundamental principio de Derecho Público: las normas deben interpretarse siempre en el sentido de que los derechos ocupen el mayor espacio y el poder, el menor.

b) reconocido en la costumbre o como principio general de Derecho Internacional: se presume que no es esencial porque prima la norma constitucional en la jerarquía normativa.

2. el derecho es desconocido en una norma jurídica inferior a la Constitución:

a) está garantizado en un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente: se *presume de derecho* su carácter esencial, luego esa norma interna inferior es inconstitucional.

b) está previsto en la costumbre o como principio general de Derecho Internacional: requerirá dos declaraciones previas por parte de los tribunales. Una, ¿qué norma prima? Otra, la declaración de esencialidad.

Sin lugar a dudas, cuestión por demás sabida, es que las instituciones de Derecho y con mayor razón las normas jurídicas, no se agotan en su texto, salvo por cierto cuando ellas nacen siendo letra muerta, es decir, cuando llevan implícitas la derogación por la ineficacia. Por lo mismo, no sería suficiente un análisis puramente jurídico y menos tratándose de normas constitucionales que tanto tienen que ver con la realidad político-institucional de un pueblo.

No puedo, en consecuencia, alejarme de las pasiones o, como diría Loewenstein, del amor y la fe. En otras palabras, no puedo agotar mi análisis en lo exegético, aunque ello conlleve importantísimas consecuencias prácticas, y olvidar que las Constituciones no sólo son textos jurídicos, si acaso de jurídicos pueda ser de lo que menos tienen o de lo que para muchos más adolecen, cuando, al fin y al cabo, son textos destinados a ser vividos por pueblos con más defectos que virtudes o, dicho de otra manera, con más intenciones que realidades.

"Nos hallamos ante un fin y un inicio, entre el viejo orden que desaparece y el nuevo que se abre camino fatigosamente" <sup>24</sup>.

Así ha sintetizado el proceso que hoy vive Chile el profesor Cea Egaña. Es verdad, nos encontramos frente a un momento, en un punto, que conlleva, casi veladamente, un cambio, una singular metamorfosis. No voy a decir, claro está, que este es un momento histórico o lo más trascendental de los últimos cien

<sup>24</sup> CEA EGAÑA, José Luis, "Influencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Institucionalización Política", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15 N° 2-3 (1988), pág. 211.



años, pues ya la propia historia dirá si ubicará estos momentos en largas y extensas páginas o en apenas un par de párrafos.

Quiero ubicarme aquí y ahora y considerar aquella parte final de la frase. Aquello de que el nuevo orden, sea cual fuere, se abre camino, pero lo hace "fatigosamente".

Me detengo en este calificativo, porque allí radica, en el fondo, la razón del largo análisis expuesto. En efecto, no he pretendido la crítica de una norma simplemente por rechazo a ese "nuevo orden" o adhesión al antiguo. Nada más alejado de mi espíritu. He querido centrar la mirada del lector en apenas un inciso de todo el texto constitucional, original y reformado, para introducirnos, primero, por la difícil senda de la dogmática constitucional; pero, por otra parte, y esto es lo trascendental, para mirar hacia ese nuevo Chile.

Desconozco, honestamente, si ese nuevo Chile habrá de ser mejor o peor que el que estamos viviendo. Va a ser el momento de enmendar muchos rumbos y de conservar otros. Allí radica el primero de los desafíos: saber qué conservar y qué modificar.

Quiero creer, mi fe va en ello, que aunque se cometan errores, éstos se harán de buena fe, como los cometidos hasta hoy día estoy cierto lo han sido, pero no dudo en que existirán aquellos que intenten trocar los verdaderos destinos y anhelos de las personas.

¡Qué mejor manera de hacerlo que mediante el abuso solapado y permanente del poder! Esto, pienso sinceramente, era más evitable bajo el imperio del antiguo inciso 2º que, como ya he dicho, creo que se bastaba a sí mismo. Ahora, en cambio, será más difícil distinguir, si se lo aplica literalmente, dónde termina la autoridad y dónde empieza el poder.

Yo no digo, porque no lo creo, que todos o muchos de los que detentan o detentan cargos públicos sean deshonestos, corruptos y transgresores del Derecho o la dignidad humana. Bien sé que ello no es así sino muy por el contrario. Pero venimos abandonando una etapa dura y difícil, dolorosa. Una época de singula-

res situaciones y, digámoslo de una vez, de acciones crueles y silencios cómplices.

Sabemos que no existe un culpable. Todos lo somos, porque todos construimos la democracia y todos, también, de un modo u otro, ayudamos a mancillarla. Pues bien, ¡basta ya de lamentos!, es hora de recuperar el terreno perdido, y aunque algunos temamos por el uso y el abuso del poder, en nuevas formas y con otros métodos, nos olvidamos de esos temores al mirar al futuro, al nuevo Chile.

No son estas últimas líneas, lo sé, propiamente jurídicas, pero es que el Derecho no es una pura norma abstracta que se sitúa por encima de las realidades o incluso los sentimientos.

La libertad, el poder, la igualdad, la dignidad, los derechos esenciales, son valores que el ordenamiento jurídico reconoce y regula, pero no crea, porque devienen del ser íntimo del hombre, de aquello que es la persona humana. Quienes pretendan hacer un análisis puramente jurídico tal vez puedan ser calificados como verdaderos científicos del Derecho, pero pienso que quienes añaden a ese análisis la cuota de realidad y humanismo, son verdaderos hombres de ciencia.

Por eso es que incluso más allá de lo normativo está el hombre. Y el hombre que inicia un camino hoy, en este Chile nuevo, aunque no desconectado de lo que es el presente o el pasado, puede darnos más seguridades que la fría norma.

Sí, porque Chile es nuevo en cuanto habrá otros estilos, otras personas, distintas ideas, mejores proyectos, pero no en cuanto olvidemos todo lo pasado o sólo una parte de él. Y creo que aquí radica la gran lección de los últimos 30 años: nunca más debemos prescindir del pasado y creer que lo que hoy comienza es el principio, cuando, en verdad, no es sino una continuación, una proyección, aunque con corrección y avance. Es así.

Hoy nos abrimos camino fatigosamente, pero Chile subsiste y la fatiga habrá de transformarse en vigor, y el nuevo orden habrá de ser una continuidad pero distinta, y ello no es una contradicción, sino un desafío; más aún, una esperanza.