

ALCANCES DE LA MODIFICACION DEL ARTICULO 5° DE LA CONSTITUCION POLITICA CHILENA EN RELACION A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Francisco Cumplido Cereceda

RESUMEN

Historia fidedigna de la reforma constitucional de 1989 al artículo 5° de la Constitución de 1980. Controversias de interpretación sobre rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Opinión del autor: sólo los derechos humanos, como normas sustantivas, se incorporan a la Constitución de 1980 con tal rango. En caso de conflicto entre el artículo 19 de la Constitución y un tratado incorporado y vigente a la fecha de la reforma, opera la derogación tácita. Tratados que se ratifiquen y entren en vigencia con posterioridad a la reforma de 1989 sólo derogan derechos anteriores, si son ratificados por quórum de reforma constitucional. No obstante, derechos humanos no pueden ser afectados en su esencia o sustancia por ser anteriores al Estado.

Para determinar el verdadero sentido y alcance de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política de 1980, introducida por la reforma constitucional de 1989, es necesario examinar la historia fidedigna de su establecimiento.

Con este fin debo recordar que la reforma de 1989 fue el resultado de un acuerdo entre el gobierno militar, la Concertación de Partidos por la Democracia y el Partido Renovación Nacional, aprobado posteriormente por la Junta de Gobierno, y sometido a plebiscito en conformidad a las normas transitorias de la Constitución de 1980.

La propuesta de modificación del artículo 5° no se encontraba contenida ni en el proyecto inicial de reformas constitucionales presentadas al país por Renovación Nacional ni en el de la Concertación¹.

Cuando se constituyó la Comisión Técnica conjunta de Renovación Nacional y de la Concertación², llegó al grupo técnico de la Concertación un documento titulado "Propuesta constitucional en materia de derechos humanos". En este documento se sugerían cuatro reformas: fortalecimiento de los derechos humanos como pilar básico del orden constitucional, incorporación automática del derecho internacional consuetudinario a nuestros sistema jurídico, la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos al interior del ordena-

¹ ANDRADE GEYWITZ, Carlos. *Reforma de la Constitución Política de 1980*, p. 243. Editorial Jurídica de Chile, 1991.

² ANDRADE G., Carlos. *Op. cit.*, p. 260.

miento jurídico nacional, y establecimiento de un recurso individual ante los organismos internacionales que protegen los derechos humanos.

En cuanto al primer aspecto, estábamos contestes en que era necesario revisar los derechos humanos garantizados por la Constitución de 1980, pues si bien respecto de los derechos civiles esa Constitución había representado un avance, mejorando su regulación y protección, no ocurría lo mismo con los derechos políticos, económicos, sociales y culturales. No existía el tiempo suficiente para efectuar esa revisión, ya que era urgente concordar una reforma constitucional en otras materias organizacionales. Decidimos proponer incorporar a la Constitución los derechos humanos contenidos en las normas internacionales que comprometieran a Chile. Renovación Nacional aceptó esta propuesta.

Sobre la incorporación automática del derecho internacional consuetudinario, se argumentaba en el documento referido que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece concretamente entre las fuentes del Derecho Internacional a la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. Nos pareció que en la expresión normas internacionales que comprometieran a Chile se comprendía este aspecto y recogía la fuente expresamente. Es verdad que es mucho más claro disponerlo como lo hacen el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, el artículo 8 de la Constitución de Portugal y el artículo 10 de la Constitución italiana, citados como fuentes por el documento, pero no era un momento propicio para perfecciones.

En relación con la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos al interior del ordenamiento jurídico nacional, ya el artículo 5° originario de la Constitución de 1980 colocaba los derechos esenciales de la persona como una limitación al ejercicio de la soberanía. Por tanto, su jerarquía estaba por sobre todo acto de los poderes constituidos. Era solamente necesario reforzarlos, dándoles el carácter de vinculantes en forma expresa; es decir, obligatorios para todos los órganos del Estado. Respecto de los derechos fundamentales reconocidos con el carácter de *ius cogens*, normas imperativas que no pueden ser violadas de manera alguna, como el genocidio, la esclavitud, el asesinato o desaparición de individuos, la tortura u otro trato o castigo cruel inhumano y degradante, que en el documento se pedía que se incorporaran expresamente en tal calidad, lo consideramos innecesario a tenor del propio artículo 5° original y la enmienda que se proponía.

Por último, el recurso individual ante los organismos internacionales estimamos que era materia de los respectivos tratados.

Sobre la base de estas reflexiones, propusimos a Renovación Nacional agregar dentro de las modificaciones acordadas una al artículo 5° que diría: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas internacionales que comprometan a Chile". Como he recordado, esta reforma fue acogida por Renovación Nacional y se contiene en el documento de acuerdos³.

Como sabemos, el gobierno militar conversó separadamente con los partidos de la Concertación y con Renovación Nacional respecto a las reformas constitucionales planteadas al país; no obstante, se actuó de acuerdo y ambos planteamos a los representantes designados por el gobierno militar para este

³ ANDRADE G., Carlos. *Op. cit.*, p. 276.

efecto la necesidad de incorporar la reforma que habíamos acordado sobre el artículo 5° de la Constitución.

En el proyecto de reforma constitucional dado a conocer a la opinión pública por el Ministro del Interior, Carlos Cáceres, por orden del General Pinochet, no se consideró la reforma al referido artículo 5^o⁴.

El profesor que escribe estos recuerdos efectuó un informe a la Concertación de Partidos por la Democracia, que sirvió de base para que la Concertación rechazare el proyecto de reforma en los términos propuestos por el gobierno militar⁵.

Renovación Nacional presentó, entonces, una minuta con las modificaciones mínimas que debían patrocinarse, lo que, junto a nuevas acciones para reanudar las conversaciones, dio origen a que con fecha 15 de mayo de 1989 las Comisiones Técnicas de Renovación Nacional y la Concertación emitieran un segundo informe⁶, en el que se insiste en agregar al art. 5° un inciso 2°, del tenor siguiente: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución y por las normas interanacionales que comprometan a Chile".

El gobierno militar requirió a la Concertación y a Renovación Nacional para que designaran cada uno a dos representantes para conversar sobre las reformas⁷. El representante del gobierno, Arturo Marín, informó que habría acuerdo en incorporar la modificación propuesta sobre el artículo 5°, pero precisando que los derechos incorporados serían los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La frase "que comprometan a Chile" fue considerada por el gobierno muy vaga.

Al discutir en la Comisión Técnica de la Concertación, nos pareció que debíamos aceptar la enmienda del gobierno, sin mayores clarificaciones, porque podía afectarse con ellas la posibilidad de reforma constitucional. En suma, pensamos que en este caso se justificaba la mala técnica legislativa en aras de obtener las reformas; todo quedaba a la interpretación judicial futura. En los documentos preparados por los asesores del gobierno titulados "Textos para una eventual reforma constitucional", de 29 y 30 de mayo de 1989, el último de los cuales reflejaba consenso de todos los participantes, se dice: "1. Protección de los tratados sobre derechos de las personas. En el art. 5°, agregar la siguiente oración final a su inciso segundo: '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'". La reforma fue aprobada en iguales términos por la Junta de Gobierno.

En relación con las diversas controversias de interpretación a que ha dado lugar la modificación en estudio, me parece útil formular la que, de acuerdo con lo que pensamos en aquella época, se ajustaría más al propósito perseguido. En primer término, lo que deseamos incorporar con rango constitucional fueron los derechos sustantivos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos

⁴ ANDRADE G., Carlos. *Op. cit.*, p. 291.

⁵ Revista *Hoy* N° 616, semana del 8 al 14 de mayo de 1989.

⁶ ANDRADE G., Carlos. *Op. cit.*, p. 298.

⁷ Participaron Carlos Reymond y Miguel Luis Amunátegui por Renovación Nacional; José Antonio Viera-Gallo y Francisco Cumplido C., por la Concertación, y Arturo Marín y Hermógenes Pérez de Arce, por el gobierno militar.

humanos, ya que no teníamos tiempo para hacer una revisión exhaustiva del art. 19 de la Constitución. Si en todo tratado es posible distinguir las normas sustantivas de las organizacionales y las de procedimiento, nuestra intención no fue darle rango constitucional a todo el tratado, sino exclusivamente a los derechos humanos del tratado.

En cuanto a la posible relación entre el derecho humano del tratado y los derechos consagrados en el art. 19 de la Constitución, estimamos que sólo tiene trascendencia el caso de contradicción entre ellos, pues si en ambos se consagra el mismo derecho o el del tratado es más extenso, hay plena complementariedad. En el evento de que haya contradicción, en mi opinión deben aplicarse los principios de derogación de las normas constitucionales. Es decir, si en un tratado ratificado y vigente a la fecha de la reforma constitucional de 1989 se contiene un derecho humano contradictorio con alguno del art. 19 de la Constitución, este último debe entenderse derogado tácitamente. El derecho consagrado en el tratado rige *in actum*, sin perjuicio de la colisión que puede producirse con otro derecho humano vigente y que deberá resolver el juez, aplicando la prelación de valores desarrollada en el Título de las Bases de la Institucionalidad y en el propio art. 19 de la Constitución.

Tal vez la situación más compleja se presente con los tratados que se ratifiquen con posterioridad a la reforma de 1989 y entren en vigencia también después de ella. Lo lógico será que sólo deroguen los derechos del art. 19 si el tratado ha sido ratificado con el quórum de reforma constitucional respectivo en cada Cámara. El mismo criterio habrá que aplicar si el nuevo tratado modifica un derecho consagrado por un tratado anterior ratificado y vigente a la fecha de la reforma constitucional de 1989. En doctrina en otra parte⁸, hemos sostenido que por la naturaleza de los derechos humanos, anteriores al Estado, inherentes a la persona, no podría una reforma constitucional o un tratado deteriorar o suprimir tales derechos. 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, por tanto, sólo puede mejorar la situación de los derechos y sus garantías, pero no disminuirlos o destruirlos, no pudiendo nunca afectar la esencia o sustancia de esos derechos.

En suma, entonces, afirmamos que el artículo 5° 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 en lo que se refiere a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, los que tendrían, a lo menos, rango constitucional.

⁸ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría de la Constitución*. Capítulo V, Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 3ª ed., 1994. Serie Manuales Universidad Andrés Bello.