

## ACERCA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ  
JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY  
Universidad Adolfo Ibáñez

### INTRODUCCIÓN

La supremacía de la Constitución es una de las ideas matrices del constitucionalismo, y a su estudio está destinado el presente trabajo, que se divide en dos partes. La primera está dedicada a desentrañar el auténtico significado de dicha idea, pues no está claro que sus interpretaciones más corrientes sean las más acorde al sentido y fin último de la Constitución. Por ello en esta parte se recordará qué es la Constitución, acudiendo a los orígenes del constitucionalismo y a lo que hace que una constitución sea tal. A continuación se analizará el significado de la supremacía de la Constitución, y junto con señalar qué es, se estudiará la relación que guarda con las Fuentes del Derecho. Esta parte finalizará con un estudio acerca del rol que cabe al juez respecto a la supremacía de la Constitución.

La segunda parte del trabajo se centrará en el análisis de la supremacía de la Constitución en relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos, tomando como base el caso chileno. La Constitución no agota el Derecho, y en materia de derechos fundamentales esto aparece meridianamente claro, sobre todo por la gran cantidad de tratados internacionales sobre la materia. Si bien esto es una verdad común a todo sistema auténticamente constitucional, en Chile no parece existir mucha unanimidad al respecto. Y ello a pesar de la reforma del artículo 5° de la Constitución.

En esta parte se explicará la reforma del artículo 5° de la Constitución de 1980 y las consecuencias derivadas de ello. Asimismo, se estudiará la incidencia de las tesis sobre el rango de los tratados internacionales, para lo cual se comparará forma de garantizar derechos de la Constitución de 1980 y la de los tratados internacionales. Más en concreto se analizará la situación de los derechos a la vida e integridad física y psíquica; a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos; a la libertad personal y seguridad individual; al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza; a las libertades de opinión y de información; a la libertad de trabajo y su libre elección; al derecho de propiedad, y otros derechos. Finalmente se procurará determinar si es o no necesario definir el rango de los tratados internacionales.

## PRIMERA PARTE

### APROXIMACIÓN AL AUTÉNTICO SIGNIFICADO DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY

#### I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

No es nada inusual que el tratamiento doctrinario de la supremacía constitucional se haga asumiendo una posición positivista de corte kelseniano, incluso por aquéllos que no concuerdan con las tesis del jurista vienés. Como se sabe, Kelsen creyó posible desligar el Derecho de toda cuestión valorativa, reduciéndolo a una pura cuestión de formas. El ordenamiento jurídico es presentado por Kelsen en forma de pirámide, en cuya base invertida sitúa a la norma estructuradora de dicho ordenamiento: la Constitución. Por tanto ésta es la norma suprema del ordenamiento, y en tal carácter determinante de la validez de las restantes normas inferiores que conforman aquél.

A su vez, la Constitución derivaría su validez, y por tanto su supremacía, de lo que Kelsen denomina norma básica o fundante (*Grundnorm*), la que se da por supuesta<sup>1</sup>. Como las cuestiones valorativas quedan al margen de la teoría del ordenamiento jurídico de Kelsen, el contenido material de la Constitución resulta indiferente. Sin embargo, esta misteriosa norma básica tiene muy poco de jurídico, por lo que la pretensión kelseniana de explicar el Derecho sin recurrir a factores ajenos a él resulta frustrada. Como hace presente Leibholz, el "derecho público no puede hacerse independiente por completo de la política"<sup>2</sup>.

Pero además, la teoría kelseniana del Derecho conduce a un absurdo, que en palabras de Heller consiste en que las normas jurídicas "han de establecerse y asegurarse a sí mismas, o sea, que carecen de positividad". Y como todo el Derecho se funda en la norma fundamental, que es la pura voluntad estatal sometida a formas, se trata de un Derecho sin normatividad<sup>3</sup>. Esto no deja de resultar curioso en una teoría que vea al Derecho como un conjunto de normas<sup>4</sup>.

Por todo ello, y porque el Derecho no es sólo norma ni la Constitución es la fuente última de la juridicidad<sup>5</sup>, en la primera parte del trabajo se procurará desentrañar el auténtico sentido de la expresión "supremacía constitucional"

---

<sup>1</sup> KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. México, UNAM, 1981, segunda edición.

<sup>2</sup> LEIBHOLZ: *Conceptos Fundamentales de la Política y de Teoría de la Constitución*, Madrid, Civitas, 1964, 38.

<sup>3</sup> HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, 216. (traducción de Luis Tobío; título original *Staatslehre*, Leiden, 1934).

<sup>4</sup> Sobre la imposibilidad de una "teoría pura del Derecho" y sobre la crisis del positivismo jurídico ver también LA TORRE, Massimo: "Derecho y Concepto de Derecho. Tendencias Evolutivas desde una Perspectiva Europea", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 16 (1993), 67-93.

<sup>5</sup> En palabras de Konrad HESSE, "la primacía de la Constitución escrita no la convierte en la última fuente del derecho", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, segunda edición, 22 (traducción de Pedro Cruz Villalón; el libro es una recopilación de los siguientes trabajos originales: "Begriff und Eige-

## II. ¿QUÉ ES LA CONSTITUCIÓN?

A) *Origen de la Constitución.* Durante el siglo XVII, el absolutismo se expandió por gran parte de Europa continental, no sólo como doctrina sino como realidad que encontró en Francia su máxima manifestación<sup>6</sup>. El proceso de fortalecimiento del poder del monarca dio origen en aquel país a un régimen jurídico especial para sus funcionarios, conocido bajo la denominación de *Régime Administratif*. Dicho sistema sustraía las actuaciones de los funcionarios reales del ámbito del ordenamiento y jueces ordinarios, a fin de hacer más eficaz el ejercicio del poder.

Pero en Inglaterra, las pretensiones absolutistas de la dinastía Estuardo chocaron con la oposición del Parlamento y los jueces, situación que incluso originó dos guerras civiles durante el siglo XVII: la que costó la cabeza a Carlos I en 1649, y dio origen a la dictadura de Cromwell, y la *Glorious Revolution*, que puso fin al reinado de Jacobo II y a la monarquía Estuardo. Producto de aquellos hechos son una serie de proclamaciones de derechos, como la *Petition of Rights* (1627) o la Ley de *Habeas Corpus* (1640), así como el *Instrument of Government* (1653), otorgado por Cromwell<sup>7</sup>. La consecuencia más importante de tan agitado período histórico, fue la idea de limitar el poder a través de un procedimiento especial, denominado *Rule of Law*. El *Rule of Law* (traducido normalmente al castellano como "Estado de Derecho") suponía garantizar a las personas ciertos espacios de libertad, inviolables e infranqueables. Aquello suponía que el poder debía estar sometido al Derecho. Nació así el constitucionalismo<sup>8</sup>.

B) *Qué hace que una Constitución sea tal.* Como se desprende de los antecedentes históricos recién reseñados, lo que hace que una Constitución sea tal es su carácter de límite al poder. Más aún, puede decirse que la Constitución representa la idea de que el poder debe estar sometido al Derecho. Por ello la Constitución tiene una doble naturaleza política y jurídica. Política porque en sí misma es el resultado de un

---

nant der Verfassung" y "Verfassungsinterpretation", publicados en *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1966; *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959, y *Grenzen der Verfassungswandlung*, Berlin, 1974).

<sup>6</sup> Como recuerda Martin Kriele, el surgimiento del absolutismo en Francia está en íntima relación con las guerras religiosas, que a partir del siglo XVI azotaron ese país y buena parte de Europa; en KRIELE, Martin: *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 56 y ss. En este mismo sentido Ernst Forsthooff destaca la estrecha relación existente entre absolutismo, estado y soberanía: "El Estado moderno es una creación de la época de las guerras de religión y fue un instrumento para su superación. Para ello, el medio específico fue la soberanía, tal como la definió el monarca francés, la "summa perpetuaque potestas", en *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, Civitas, 1975, 10.

<sup>7</sup> Según Pereira Menaut, este documento puede ser considerado como la primera Constitución escrita, rígida y republicana; en PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos: *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense, 1992, 54 y ss. Sobre este agitado período de la historia inglesa puede consultarse también a WHEARE, K. C.: *Las Constituciones Modernas*, Barcelona, Labor, 1975, 15 y ss. También KRIELE, 142 y ss.

<sup>8</sup> La contraposición entre *Rule of Law* y *Régime Administratif*, así como la evolución que han experimentado ambos conceptos, puede consultarse en PEREIRA: *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Edersa, 1987, 81 y ss. También puede verse una excelente exposición sobre el Estado Constitucional y el *Rule of Law* en Kriele, 142 y ss.

fin político: limitar el poder. Jurídica porque el medio para conseguir esa meta es el Derecho, y porque con la limitación del poder se aseguran facultades de carácter jurídico, los derechos y libertades. Pero para que esto sea posible la Constitución debe estar por sobre el poder, y sus preceptos deben ser de directa aplicación, fundamentalmente mediante su invocación ante los jueces pues, como ya se dijo, la Constitución es en parte Derecho. A estas cuestiones fundamentales nos referiremos a continuación.

### III. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN. SU AUTÉNTICO SIGNIFICADO

A) *Qué es la supremacía de la Constitución.* Como ocurre con casi todas las cosas relacionadas con el Constitucionalismo, la supremacía de la Constitución tiene su origen en Inglaterra<sup>9</sup>. La limitación del poder fue el fin que llevó a los padres del constitucionalismo a inventar en ese país el *Rule of Law*, y con ello la Constitución. El *Rule Of Law* fue la consecuencia de una reacción antiabsolutista, destinada a impedir que el monarca se transformase en "*legibus solutus* o absoluto"<sup>10</sup>, y, como ya se dijo, supone la primacía del Derecho frente al poder.

Tal pretensión es consecuencia de la creencia en unos derechos y libertades consustanciales al hombre y de la desconfianza hacia el poder, e implica la necesidad de contar con "alguna entidad jurídica sobre la que el gobernante carezca de jurisdicción..."<sup>11</sup>. Ello porque la limitación del poder "no puede venir nunca de sí mismo en cuanto simple poder, sino de algo que está fuera de él y lo especifica"<sup>12</sup>. Y ese algo es la Constitución. De ahí que resulte inherente a la propia idea de limitar el poder, que el instrumento creado para tal fin, la Constitución, esté en posición de supremacía frente a aquél. Es decir, el poder está subordinado a la Constitución<sup>13</sup>.

Aquello no significa que deban existir necesariamente mecanismos de tutela de la Constitución, como por ejemplo la rigidez constitucional o la existencia de un sistema de control de constitucionalidad (sin perjuicio, claro está, de que su presencia pueda reforzar la supremacía). Asimismo, la supremacía no es algo que tenga que ver directamente con el sistema de fuentes del Derecho, aunque sí tiene repercusiones en ésta, según se verá. Lo verdaderamente importante es la existencia de un consenso o acuerdo mínimo sobre lo fundamental. Tal acuerdo se basa, por una

---

<sup>9</sup> En la Constitución norteamericana la supremacía no sólo debe entenderse en tal sentido, sino además en otro, inherente a la estructura federal de los Estados Unidos, tal como de su artículo VI. Ver KELLY, HARBISON y BELZ: *The American Constitution. Its Origins and Development*, 103.

<sup>10</sup> Pereira: *Lecciones...*, 81.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 91.

<sup>12</sup> ARAGÓN, Manuel: "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad", *Revista de Estudios Políticos* 50 (1986), 13.

<sup>13</sup> En este mismo sentido ver KRIELE, 148 y ss. K. C. WHEARE señala también que la supremacía es una cuestión inherente a la idea de limitar el poder. Para este autor "una explicación de este fenómeno sería que en muchos países se considera la Constitución un instrumento con el que puede controlarse el Gobierno", en op. cit., 12. A su vez, BURDEAU sostiene que como la Constitución crea las competencias de las que están revestidas las autoridades estatales, necesariamente debe ser superior a dichas autoridades; en *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1980, decimonovena edición, 80.

parte, en la creencia en unos derechos y libertades consustanciales al hombre, y por otra, en la desconfianza hacia el poder, lo que conduce a su control y limitación.

Piénsese por ejemplo en el propio sistema constitucional inglés, en el que el Parlamento, en virtud de su supuesta soberanía, podría modificar, suspender o derogar la Constitución tantas veces como lo quisiera. Como apunta Kriele, en principio nada impide que el Parlamento pueda derogar el *Bill of Rights* de 1689, aplicando la regla general de que la ley posterior deroga la anterior<sup>14</sup>. Pero eso es inimaginable, como también lo es que el Parlamento derogase las leyes por las que otorgó la independencia a antiguos dominios británicos<sup>15</sup>. Como señala Yardley, la teoría jurídica debe rendirse a la práctica política<sup>16</sup>.

En resumen, la supremacía de la Constitución juega un papel fundamental respecto del efectivo respeto de los derechos y libertades, y supone la preeminencia de éstos frente al poder. En el constitucionalismo el poder cede frente a los derechos.

*B) Supremacía de la Constitución y Fuentes del Derecho.* Según se insinuó antes, si bien la supremacía no es algo que diga relación directa con el sistema de Fuentes del Derecho, sí trae aparejada una importante consecuencia respecto de éste. La Constitución está por sobre el poder y es en parte Derecho, por lo que sus preceptos deben primar sobre el Derecho producido por el poder (leyes y reglamentos). Así, la Constitución pasa a ocupar el lugar más importante en el sistema de Fuentes del Derecho positivo. Por tal motivo el Derecho infraconstitucional debe ajustarse a ella. Pero esto no es más que un resultado de la supremacía de la Constitución, y no debe confundirse con la supremacía misma<sup>17</sup>.

Nótese que hemos dicho que la supremacía conduce a que la Constitución esté en la cúspide de las Fuentes del Derecho positivo, y no en la cúspide del Derecho. Ello es así porque el Derecho no es sólo norma positiva, sino también equidad, principios, costumbres y decisiones judiciales. Además, la equidad y los principios jurídicos son anteriores a la Constitución, la ley, el reglamento, la costumbre y las decisiones judiciales, y no sólo en sentido histórico, sino además jerárquico. De hecho son el fundamento y justificación del movimiento constitucional.

Al respecto Konrad Hesse recuerda que una constitución debe su legitimidad al acuerdo en torno a su contenido, o al menos al respeto del mismo. Pero destaca también que el fundamento último de la legitimidad está en "los más altos principios del Derecho, cuya fuerza de obligar, sin embargo, no puede ser constatada por ninguna otra instancia sino por la conciencia jurídica"<sup>18</sup>.

En resumen: la Constitución no agota el Derecho, aunque es obvio que está por sobre el Derecho emanado del poder (leyes y reglamentos). Pero como lo propio del constitucionalismo es que el poder esté sometido al Derecho, aquél no sólo debe someterse al texto expreso de la Constitución, sino también al Derecho anterior a ella misma, a la costumbre y a las decisiones judiciales.

---

<sup>14</sup> KRIELE, 160-161.

<sup>15</sup> Al respecto David YARDLEY nos recuerda las palabras de Lord Dennig: "Freedom once given cannot be taken away", en *Introduction to British Constitutional Law*, 1990, séptima edición, 37.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 37.

<sup>17</sup> No obstante el destacado profesor español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, entiende que la supremacía de la Constitución no es sino el hecho de que ésta es la cúspide del Derecho; en *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982.

<sup>18</sup> HESSE, 22-23.

#### IV. EL JUEZ Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Bartolomé Clavero sostiene acertadamente que, en gran medida, el fracaso de la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre se debió al nulo papel atribuido a los jueces. El poder se concentraba “en el legislativo con participación del ejecutivo y exclusión del judicial”<sup>19</sup>, lo que hacía imposible el respeto y plena vigencia del Derecho. De hecho parece difícil que pueda haber Derecho donde no hay jueces, o donde éstos no pueden cumplir su función, que no es otra que decir el Derecho para el caso concreto. Y como se advirtió antes, la Constitución es en parte Derecho, pues algunos de sus preceptos son de naturaleza jurídica. Más aún, en lo que tiene de jurídico la Constitución se ubica en el lugar más importante del sistema de fuentes del Derecho positivo, por sobre las normas jurídicas emanadas del poder (leyes y reglamentos).

De ahí que resulte fundamental el rol de los jueces en relación a la supremacía de la Constitución, pues al resolver los pleitos deben no sólo considerar la ley o reglamento que resulte aplicable. Como la supremacía constitucional supone la sujeción del poder al Derecho, al momento del fallar deberán velar porque las normas positivas aplicables al caso se ajusten al texto constitucional, a la equidad y los principios jurídicos.

Los jueces son por lo tanto verdaderos garantes de la supremacía de la Constitución, pues corresponde a ellos velar porque el poder se someta al Derecho. Esto incluye el deber de los jueces de proteger los derechos y libertades fundamentales, al menos los denominados clásicos o liberales, pues se trata de facultades jurídicas invocables ante ellos<sup>20</sup>. Si los inventores del constitucionalismo consideraron necesario crear declaraciones de derecho, lo hicieron con el fin de poder invocarlos ante el poder y de hacerlos efectivos ante los jueces si aquél no los respetaba<sup>21</sup>. Como señala Schwartz, una “constitución no es más que palabras si no puede ser exigida por los tribunales”<sup>22</sup>. Es lo que se denomina la directa aplicabilidad de la Constitución, que supone el convencimiento de la obligatoriedad de lo consagrado en ella, lo que a su vez deriva del acuerdo mínimo en lo fundamental al que hemos aludido.

---

<sup>19</sup> CLAVERO: “Garantie des Droits”: Emplazamiento Histórico del Enunciado Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* 81 (1993), 20-21. Sobre este mismo aspecto Rodolfo Vigo sostiene que el “protagonismo del Parlamento francés para efectivizar la operatividad de la Constitución, neutralizaba la obligatoriedad inmediata de la misma y la reducía a un programa que era necesario desarrollar por medio de leyes”; VIGO, Rodolfo Luis: *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, 62.

<sup>20</sup> No sucede lo mismo con la práctica totalidad de los denominados derechos sociales. En su gran mayoría consisten en prestaciones estatales, por lo que en la Constitución no pasan de ser principios o directrices de política social y económica. Sólo serán invocables ante un juez cuando hayan sido desarrollados e implementados infraconstitucionalmente. Al respecto ver MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Tesis Doctoral (inédita), Santiago de Compostela, 1996.

<sup>21</sup> En este mismo sentido ver BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, tercera edición (primera edición castellana: 1965; traducción de Pablo Lucas Verdú; título original *Diritto Costituzionale*), 667.

<sup>22</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Constitutional Law*, New York. The Macmillan Company, 1972, 3.

En cada sistema constitucional variará la forma en que los jueces deben cumplir con esa labor, pero cualquiera que ésta sea debe existir, pues resulta inherente a su función<sup>23</sup>.

## SEGUNDA PARTE

### LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION EN RELACION CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS: EL CASO CHILENO

ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ

#### I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Mientras aludimos a la supremacía de la Constitución en el ordenamiento interno de un país, no tenemos dificultades en la medida que los poderes públicos se plieguen efectivamente a su cumplimiento y existen adecuados medios de control constitucional preventivos y represivos que aseguren que no se transgreda el ordenamiento constitucional. En la Carta de 1980 buena muestra de ellos son los recursos de amparo, protección e inaplicabilidad por inconstitucionalidad, así como las atribuciones que se confieren al Tribunal Constitucional y a la Contraloría General de la República.

La dificultad verdadera se suscita cuando ese orden constitucional, caracterizado precisamente por enmarcar el ejercicio del poder y asegurar los derechos y libertades de las personas, se ve enfrentado a un ordenamiento internacional que hace idéntica cosa pero en términos diferentes e incluso contrapuestos con los de orden constitucional vigente en el país. Si tal orden internacional se mantuviera, efectivamente, como externo”, probablemente el asunto no pasaría de ser un debate doctrinario, pero cuando ese orden internacional se “internaliza” por la vía de la suscripción, ratificación e incluso entrada en vigencia de tratados internacionales como ley de la República, el problema se hace presente, supera a la doctrina y se transforma en un conflicto auténtico para jueces, hombres de Derecho y lo que es más grave, para los administrados, para los que solicitan la resolución de sus casos por parte de los tribunales de justicia.

Ciertos ordenamientos comparados solucionan estas dificultades por la vía de establecer expresamente en sus constituciones el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como el caso de la Constitución española de 1978, que dispone la inmediata incorporación a la Constitución de los tratados que entren en

---

<sup>23</sup> En Chile la Constitución contempla dos acciones judiciales tendientes a velar por el respeto de los derechos y libertades. Se trata de los denominados recursos de protección y recurso de amparo, cuyo conocimiento está entregado a las Cortes de Apelaciones en primera instancia, y en segunda a la Corte Suprema. En Alemania se contempla el mecanismo de la queja constitucional para cautelar los derechos fundamentales, y de él conoce el Tribunal Constitucional. En España la Constitución contempla un mecanismo ordinario de protección judicial de los derechos y libertades, y uno extraordinario, denominado recurso de amparo, del que conoce el Tribunal Constitucional.

vigencia de acuerdo a la tramitación interna española. Sin embargo, no es éste el caso chileno, como trataremos a continuación.

## II. POR QUÉ LA REFORMA DEL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980 NO ESTABLECIÓ EN REALIDAD EL RANGO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El artículo 5° de la Carta Fundamental chilena, fue reformado en 1989 a fin de introducir dentro de los límites a la soberanía, la mención a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes que versaran sobre derechos humanos, ya que la Constitución original aludía sólo a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se encontrarán garantizados por la Constitución.

Algunos trapacistas consideraron que tal reforma había significado que los tratados internacionales sobre derechos humanos se habían transformado en una fuente independiente y del mismo rango que la constitución para garantizar dichos derechos y constituirse en límite de la soberanía<sup>24</sup> o incluso, que se les había conferido un rango supraconstitucional. El tema desde luego que incide en la interpretación de los preceptos, ya que si los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes tienen el mismo rango que la Constitución, de ello deriva que deben interpretarse bajo la metodología que en ella se utiliza, que las aparentes contradicciones que se presenten con sus normas deben resolverse como se haría en un caso de aparente contraposición de normas constitucionales, su rango jerárquico se eleva por sobre las leyes y desde luego cobran preeminencia ante ellas e incluso su colisión puede dar lugar a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de estas últimas. Por otro lado, considerar que dichos tratados son supraconstitucionales resultaría en considerar la supremacía de la Constitución como un principio secundario frente a la primacía del orden jurídico internacional respecto de los derechos humanos, lo que condicionaría prácticamente a la totalidad del sistema jurídico chileno a los acuerdos que se tomen entre los estados sobre estas materias, los que podrían reformar del todo la normatividad vigente sin necesidad de atender a los procedimientos de reforma constitucional, por ser la Carta Fundamental un instrumento subordinado a tratados más fundamentales aún.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, habida especial consideración de la multiplicidad de efectos que lo anterior produciría y del hecho innegable que el rango de los tratados no ha quedado expresamente modificado por la reforma constitucional, han estimado que dichos instrumentos siguen teniendo el rango de leyes de la República, tal como son promulgados, y que su mención a propósito de los límites a la soberanía, tuvo por real objeto destacar que no sólo mediante el instrumento Constitución se garantizan derechos que son límite al poder del Estado, sino también mediante otros instrumentos como tratados internacionales, pero que ello no significa alterar el sistema normativo del país correspondiente, en este caso, Chile. Además, estos autores han estimado, en consideración a que la propia preceptiva constitucional admite que un tratado internacional pueda ser estimado inconstitucional por el Tribunal Constitucional o ser declarado inaplicable, para un caso particular, por la

---

<sup>24</sup> Ver Humberto NOGUEIRA: "El artículo 5° de la Constitución y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos". Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Público, octubre de 1991.



Corte Suprema, que tienen éstos no sólo formal sino substantivamente un rango inferior a la Constitución y que no son capaces de reformarla, por existir un solo mecanismo de reforma que es el contenido en sus propios artículos 116 y siguientes<sup>25</sup>.

Debe tenerse presente, además, y en eso coincidimos plenamente con quienes así lo han planteado, que el artículo 5º mismo no está protegido por ninguna clase de irreformidad y que el poder constituyente derivado, incluido el pueblo expresándose en el plebiscito, cuya posibilidad siempre existe en esta materia, puede innovar en este artículo de la forma en que lo estime conveniente<sup>26</sup>, lo que haría venirse abajo desde luego cualquier tesis supraconstitucional y dejaría francamente desprotegido el rango constitucional de los tratados, el cual dependería sólo de que la norma que se los otorga no sea reformada.

No es el objetivo de este trabajo comparar las numerosas tesis que sobre una cosa y otra se pueden esgrimir en nuestra doctrina nacional, pero si consideramos que quedan de manifiesto los siguientes puntos discutibles.

- a) Si la voluntad del Constituyente fue dotar a los tratados internacionales en materia de derechos humanos del rango superior a una ley de la República, ¿por qué no quedó claramente expresado, ya fuera en el artículo 5º reformado o en otro precepto?
- b) Si se busca que los tratados internacionales se constituyan en real límite a la soberanía del Estado, ¿cómo puede garantizarse ello si el Estado dicta su propia legislación interna en términos diversos y atenido no a dichos tratados sino a su Constitución?
- c) ¿Cómo podría declararse una ley inaplicable por no concordar con un tratado internacional, si éste a su vez puede ser declarado inaplicable por no concordar con la Constitución?
- d) ¿Cómo podría quererse hacer concordar una ley con un tratado internacional si éste a su vez debería concordarse con la Constitución, todo ello en la actividad de control del Tribunal Constitucional?
- e) ¿Cómo se puede obtener certeza del rango de un tratado internacional, si se obtiene a partir de la interpretación de una norma que puede ser perfectamente reformada el día de mañana, como el artículo 5º de la Constitución?

La verdad es que la reforma ya mencionada del artículo 5º de la Constitución no ha establecido una verdadera claridad acerca del rango y, por consiguiente, de la real forma de interpretación y de aplicación de los tratados internacionales, pues los aspectos formales de su redacción y la falta de una definición clara sobre el punto, sólo han contribuido a extender el debate a la estimación de que existe una posibilidad de que los tratados en materia de derechos humanos tengan simplemente el rango de leyes, el rango de normas constitucionales o el de normas supraconstitucionales, abriéndose tres tesis, cada vez avaladas por un mayor número de antecedentes para sustentar cualquiera de las tres.

A continuación revisaremos el impacto que la existencia de estas tres tesis tiene, si analizamos las diferencias existentes entre la forma de garantizar derechos por la

---

<sup>25</sup> Como lo expresa Fernando SAENGER GIANOTTI en "Consideraciones para estimar que los Tratados en materia de Derechos Humanos no forman parte de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2 y 3, Tomo II (1993), 648 y ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 667.

Constitución de 1980 y la forma que adoptan los derechos garantizados en tratados internacionales.

### III. INCIDENCIA DE LAS TESIS SOBRE EL RANGO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: LA COMPARACIÓN ENTRE LA FORMA DE GARANTIZAR DERECHOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y LA DE HACERLO MEDIANTE TRATADOS INTERNACIONALES

A efectos de analizar las sustanciales diferencias existentes entre la forma y el alcance de la garantía de derechos que formula la Constitución de 1980 y la que se encuentra en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tomaremos como modelo los derechos como son contemplados en las normas chilenas y los confrontaremos con aquellos que aparecen en los siguientes Tratados: Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica" (publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado en el diario Oficial de 29 de abril de 1989) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989), detallando sólo aquellos aspectos en que se producen efectivamente sustanciales diferencias.

*A) Sobre derecho a la vida e integridad física y psíquica.* La Constitución de 1980 protege en su artículo 19 N° 1 ambos derechos sin conceptualizarlos, aunque de la doctrina se desprende claramente que su garantía incluye una prohibición constitucional respecto de las figuras del suicidio (por no disponibilidad de la propia vida), de la eugenesia y la eutanasia<sup>27</sup>. En esto existe bastante similitud con el pacto de San José de Costa Rica, mientras que en lo relativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se agrega a esta figura una expresa sanción al genocidio en su artículo 6 N° 3.

En lo que respecta al aborto, la Constitución chilena protege "la vida del que está por nacer", quedando antecedentes en actas y en la doctrina acerca de la protección debida a la vida del ser humano desde el momento de su concepción, mientras que en el artículo 4 N° 1 del Pacto de San José de Costa Rica tal protección se reconoce expresamente, superando así las tesis encontradas acerca del momento preciso en que el fruto de la concepción puede definirse como "ser humano" y, por consiguiente, resulta ética y jurídicamente protegido.

En cuanto a la pena de muerte, el ámbito constitucional chileno es bastante reducido, en cuanto sólo garantiza que ésta deberá ser impuesta por delito contemplado en una ley de quórum calificado, mientras que los tratados internacionales en revisión aportan sobre ella numerosas materias que no resultan ni siquiera cubiertas por las garantías relacionadas con el debido proceso y la legalidad de la pena del artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980, a saber:

a) En el Pacto de San José de Costa Rica se exige que ésta se imponga en los países en que no se ha abolido sólo a los delitos más graves, que no pueda reestablecerse en los estados en que se ha abolido, que en ningún caso pueda aplicarse a delitos políticos ni a delitos comunes conexos con delitos políticos, que no se

---

<sup>27</sup> Como lo explica Enrique EVANS DE LA CUADRA: *Los Derechos Constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1986, 99 y ss.

imponga a personas que en el momento de cometer el delito tuvieran menos de 18 años o más de 60, ni se aplique a las mujeres en estado de gravidez.

- b) En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se reproducen estas mismas ideas, además de señalar en el N° 6 de su artículo 6° que ninguna disposición del mismo artículo, relativa al derecho a la vida, podrá ser invocada por un estado parte del pacto, para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Si bien algunos de estos aspectos se han recogido<sup>28</sup> por legislación complementaria chilena sobre la pena de muerte, sin duda no cuentan con un respaldo constitucional y pueden perfectamente ser reemplazados por otros, sin referencia a los tratados internacionales mencionados, si se consideran con rango legal.

Finalmente, en este tema, en cuanto a la integridad, el Pacto de San José de Costa Rica dispone que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados en su artículo 5° N° 6, mención que desde luego se encuentra ausente de nuestro ordenamiento constitucional y nos atreveríamos a decir, de nuestra política carcelaria nacional<sup>29</sup>.

*B) Sobre la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.* Esta garantía se encuentra vastamente desarrollada en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en relación a principios de tal envergadura como el derecho al debido proceso, la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales, el derecho a defensa jurídica, la prohibición de existencia de leyes penales en blanco, el principio de reserva y de legalidad, etc.

Sin embargo, en su texto no se consideran principios tales como la presunción de inocencia de los acusados por un delito mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (artículo 14 N° 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)<sup>30</sup>; a defenderse personalmente en un proceso en su contra (N° 3 del mismo artículo) o a interrogar directamente a los testigos de cargo (letra e) del mismo precepto señalado). Estos derechos también aparecen mencionados en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

*C) Sobre la libertad personal y seguridad individual.* Esta garantía se encuentra en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de 1980 e incluye varios derechos derivados, entre los cuales como de mayor importancia podemos mencionar el de la legalidad de la detención y arresto, el de la indemnización por error judicial, el de la libertad provisional, la prohibición de imponer la pena de confiscación de bienes y la protección de los derechos previsionales. Pese a tanta pormenorización, sin embargo, en nuestra Constitución hay aspectos que no se contemplan o que presentan diferencias substanciales con lo expresado en tratados internacionales, a saber:

- a) No se contempla expresamente la prohibición de prisión por deudas, como lo hace el artículo 7 N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, si bien el no pago de una deuda no se encuentra dentro de las causales taxativas que posibilitan no

<sup>28</sup> Ver artículos 82 y ss. del Código Penal y Reglamento sobre la Aplicación de la Pena de Muerte, publicado en el Diario Oficial de 2 de junio de 1965.

<sup>29</sup> Si bien hay referencias al tema, aunque queden sólo en buena intención, en el Decreto Ley N° 409 sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad, publicado en el Diario Oficial de 18 de agosto de 1932.

<sup>30</sup> Tampoco puede entenderse que tal idea queda cubierta por el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal.

conceder la libertad provisional de acuerdo al artículo 19 N° 7 letra e) de la Constitución chilena<sup>31</sup>.

- b) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 10 N° 5 reconoce el derecho a que toda persona detenida o presa ilegalmente tendrá el derecho efectivo a obtener reparación, mientras que el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 10 reconoce el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. En el caso chileno, si bien el recurso de amparo admitido implica un eventual derecho a indemnización del afectado, para el caso de indemnización por error judicial contemplado en el artículo 19 N° 7 letra y) se exige que la resolución haya sido "injustificadamente errónea o arbitraria", lo que implica una exigencia de difícil prueba, y por consiguiente, dificulta de sobremanca recibir la indemnización respectiva. Consecuente con ello, podemos decir que no era el espíritu del Pacto de San José de Costa Rica dificultar tanto la obtención de reparación por parte de quienes han sido víctimas de errores judiciales.

*D) Sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.* La Constitución de 1980 reconoce ambas garantías en los números 10 y 11 de su artículo 19, haciéndose sin embargo ciertas diferencias con los artículos referidos:

- a) No hay mención ni a la accesibilidad de la educación secundaria ni a propender a su gratuidad, como lo hace el artículo 13 N° 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bastando a nuestra Constitución el establecimiento de la obligatoriedad de la educación básica o primaria.
- b) Igual cosa sucede con el caso de la enseñanza superior.

*E) Sobre las libertades de opinión y de información.* Ambas son reconocidas en el artículo 19 N° 12 de la Constitución de 1980.

Expresamente en actas relativas a este precepto y en la discusión parlamentaria que se ha producido después, a propósito de la tramitación de la ley sobre ejercicio de estas libertades, se ha insistido en la no contemplación de un "derecho a la información" por parte del público, lo cual podría significar una suerte de coerción sobre los medios de comunicación social para forzarlos a dar ciertas informaciones o a incluir otras en el caudal informativo, aún en contra de su libertad y voluntad. Sin embargo, ello se opone a la consideración de los tratados internacionales respecto al derecho de "recibir informaciones e ideas de toda índole" (artículo 13 N° 1 del Pacto de San José de Costa Rica y 18 N° 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)<sup>32</sup>.

*F) Sobre la libertad de trabajo y su libre elección.* Este derecho se garantiza en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, en términos de asegurar el derecho "a la libre contratación y a la libre elección del trabajo", pero no en referencia al derecho a gozar de un trabajo. A diferencia de ello, el artículo 6 de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce este derecho en términos de que toda persona tenga la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

---

<sup>31</sup> Recordemos que precisamente el Pacto fue esgrimido para terminar con la inexcusabilidad de los delitos contemplados en la Ley de Cheques hace poco tiempo, lo que subsistía pese a lo dicho sobre la Constitución.

<sup>32</sup> Sobre la importancia del derecho a la información ver Angela VIVANCO MARTINEZ. *Las libertades de Opinión y de información*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

lo que incluye una serie de medidas a las que se comprometen los estados miembros, y que desde luego no se vislumbran como obligaciones constitucionales del Estado en nuestra legislación interna<sup>33</sup>.

En el artículo 7 letra a) del mismo pacto, además se hace mención expresa a la obligación de asegurar a las mujeres "condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual", lo cual en el caso chileno no se reconoce expresamente y sólo puede inferirse como un derivado del principio de no discriminación arbitraria del artículo 19 N° 2, quedando por lo demás claro que aquí se trata de una igualdad en términos laborales, que no se supera por la pura existencia de normas legales de protección a la maternidad.

*G) Sobre el derecho de propiedad.* La Constitución lo contempla en el artículo 19 N° 24, en términos similares a los de los tratados internacionales en cuanto a facultades y al tema de la expropiación. Sin embargo, la Carta Fundamental no prevé ciertas prohibiciones de los tratados, si bien estos temas se contemplan en normas de rango legal, como la prohibición de usura y de "toda explotación del hombre por el hombre" (artículo 21 N° 3 del Pacto de San José de Costa Rica)

*H) Otros derechos.* Sin perjuicio de la revisión somera antes formulada, podemos agregar también que la Carta de 1980 carece de expresión respecto de ciertos derechos contenidos en tratados internacionales o contiene normas que se contraponen con ellos, a saber:

1. Derechos del niño contenidos en el artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ninguno de los cuales tiene una expresión constitucional en Chile, salvo en lo relativo a la protección de la vida del que está por nacer ya referida.
2. Derecho de igualdad entre los cónyuges, en cuanto a obligaciones y derechos, contenida en el artículo 23 del mismo Pacto, la cual no tiene expresión constitucional directa y se ha recogido parcialmente en la legislación civil y sus más recientes modificaciones.
3. Derecho al nombre, contemplado en el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica, tema no asumido constitucionalmente en Chile, aunque sí contenido en nuestra legislación civil<sup>34</sup>.
4. Derechos a la nacionalidad del artículo 20 del mismo Pacto, que decididamente se contraponen con las normas del artículo 11 de nuestra Carta Fundamental, las que pueden derivar, en los casos de los números 2, 3 y 4, en el hecho de que una persona quede desprovista de toda nacionalidad, por perder la chilena y no tener derecho a gozar de ninguna otra. Cabe, además, indicar que el recurso previsto en el artículo 12 no subsana esta dificultad, ya que prevé una reclamación contra el acto de autoridad administrativa que priva o desconoce la nacionalidad, pero no incluye la posibilidad de reclamar contra una sentencia judicial y tampoco señala como causal de reclamo el hecho que el afectado quede "desprovisto o carente de toda nacionalidad".

---

<sup>33</sup> Recordemos que una de las grandes dificultades de los estados modernos es encontrarse obligados a una gran cantidad de prestaciones derivadas de la garantía constitucional de derechos económicos y sociales.

<sup>34</sup> Ver ley N° 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos, publicada en el D. O. de 22 de septiembre de 1970.

#### IV. LA NECESIDAD CONSTITUCIONAL DE DEFINIR EL RANGO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El Capítulo anterior nos ha dado una idea sucinta de la enorme necesidad existente en nuestro sistema jurídico de definir clara y sin lugar el rango de los tratados en la propia Constitución.

La reforma de 1989 desgraciadamente sólo puso sobre la mesa el problema y abrió el camino a la configuración de las tesis ya mencionadas, pero no zanjó la dificultad estableciendo vinculantemente un rango de los tratados y menos, un concepto de supremacía constitucional claro que nos indicara su compatibilidad con estimar dichos tratados a la altura de una norma fundamental o no.

Los numerosos fallos judiciales en que se presentan conflictos entre normas internas incluso de rango legal con normas contenidas en tratados internacionales, como reciente caso del fallo dictado por la Corte Suprema respecto del homicidio de don Carmelo Soria, demuestran claramente que ni siquiera la judicatura ha llegado a una resolución clara del problema, y eso sin entrar en las disquisiciones sobre normas constitucionales y normas de tratados que pudieran resultar incompatibles o de distinta naturaleza en cuanto a su fundamento, como en los ejemplos que hemos presentado.

Consideramos que la estimación de que los tratados internacionales son parte material de la Constitución en materia de derechos humanos, la complementan y deben interpretarse bajo prisma constitucional cuando se producen aparentes contradicciones con las normas de la Carta Fundamental es una tesis válida e inmersa en un mundo jurídico que tiende a unificar el derecho en aquellos aspectos más trascendentes, pero también consideramos que ella no puede presumirse apriorísticamente de la reforma del artículo 5 de la Carta Fundamental ni es esa reforma la manera más idónea de encarar el problema.

Creemos, en síntesis, que ha quedado demostrado que la reforma estableció vinculantemente el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que ello ha abierto la compuerta a diversas tesis sobre ese rango que implican además tesis distintas sobre la supremacía constitucional, la interpretación de normas discordantes y la resolución de conflictos jurídicos eventuales, y que ello se ha reflejado de manera profundamente negativa en la actividad de los tribunales de justicia, al punto de hacer peligrar a sus ministros de ser acusados constitucionalmente por suscribir una de tres tesis posibles para dar solución a un caso concreto.

Creemos, además, que estos conflictos no se producirán sólo a propósito de la ley de amnistía, sino que mucho más, sin susceptibles de repetirse a propósito de los ejemplos que hemos proporcionado y de muchos otros en múltiples materias, por lo que estimamos como necesaria una definición a nivel constitucional, vinculante e indiscutible, acerca del rango de los tratados internacionales sobre los derechos humanos y de su relación con el ordenamiento jurídico cuando existan reales o aparentes discordancias.

Creemos que sólo de esa manera podremos tener idea clara de lo que realmente significa considerar a los tratados internacionales como una fuente de restricción de la soberanía y como instrumento eficaz para la certeza y seguridad de las personas.