

ELEMENTOS PARA LA INTERPRETACION DEL ARTICULO QUINTO INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCION DE 1980.

Salvador Mohor Abuaud
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Gabriela Mistral.

INTRODUCCION

Sin duda la reforma de 1989 al artículo 5° de la Constitución por sus implicancias internacionales, sus vinculaciones con la soberanía estatal, así como por sus proyecciones en el plano de los derechos humanos y de la jerarquía de las normas, no terminará de ser suficientemente valorada sino con la perspectiva que dan al transcurso del tiempo y las vicisitudes de la Historia.

La determinación del sentido y alcances de las normas del Derecho ordinariamente pretende lograrse en función de unas reglas de hermenéutica de cuya aplicación se espera resulte una interpretación estática cuya validez habrá de ser siempre apreciada con independencia del factor diacrónico.

Esta pretensión, hoy fuertemente cuestionada, si bien podría sustentarse con algún fundamento en el ámbito del Derecho Privado, resulta francamente ilusoria en el campo del Derecho Público. El vertiginoso devenir de los acontecimientos sociales, políticos y económicos y la extremada complejidad de sus vinculaciones estructurales obliga a replantear de modo permanente el sentido de sus disposiciones en un desesperado esfuerzo por ajustarlo a las exigencias de las nuevas realidades.

Si además se considera que tras la fría y escueta apariencia de los textos del Derecho Público subyace toda una concepción ideológica sin la cual, necesariamente, pierde parte significativa de su sentido y que, por lo demás, aquella se encuentra permanentemente bajo el cuestionamiento del conflicto político, se comprenderá que resulte una pretensión ilusoria ofrecer, con carácter de fijeza y estabilidad, una interpretación definitiva del precepto que nos ocupa.

Con lo anterior no se pretende, naturalmente, desestimar la interpretación jurídica en cuanto tal, toda vez que el Derecho, esencialmente, no es sino la

resultante de una interacción entre la idea y la realidad de los hechos.

Únicamente pretendo situar en su justo contexto la validez de las reflexiones que se presentan en esta ponencia.

Pienso que la reforma constitucional al artículo 5º de la Constitución ha significado introducir en nuestro sistema jurídico constitucional trascendentes innovaciones, especialmente en el plano de la defensa de los derechos humanos y la jerarquía de las categorías normativas, particularmente del tratado internacional. Su verdadero sentido y alcance, así como su fundamento constitucional, sólo podrán apreciarse integralmente considerando que tras sus disposiciones late vivificante el sustrato de la concepción *ius naturalista*.

I LAS DIVERSAS MODALIDADES DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS NATURALES

Sumario:

1. Concepción doctrinaria subyacente.
 2. Algunos postulados básicos del *ius naturalismo*.
 3. Fundamento normativo constitucional.
 4. Reconocimiento jurídico de los derechos naturales.
 5. Validez y eficacia jurídicas de los derechos naturales.
 6. Derechos naturales constitucionalmente reconocidos.
Modalidades de Institucionalización.
 7. Catalogación.
 8. Efectos anexos a la institucionalización de los derechos.
-
1. La reforma al artículo 5º inciso 2º de la Constitución ha venido a significar la introducción de trascendentales reformas en nuestro sistema jurídico-constitucional, que, de modo especial inciden en el plano de la defensa de los derechos humanos y en el de la jerarquía de las categorías normativas, particularmente en lo que refiere al tratado internacional. Para comprender el verdadero sentido y alcance de estas innovaciones así como también su fundamento constitucional, resulta imprescindible advertir que tras las disposiciones del precepto constitucional indicado pervive el sustrato ideológico de la concepción *ius naturalista* de los derechos.
 2. De conformidad con la concepción *ius naturalista*, básicamente:
 - a) los hombres nacen con derechos, es decir, la fuente originaria esencial de los derechos de la persona radica en la naturaleza humana y no en la voluntad del Estado;

- b) los derechos no son concesiones del poder; los instrumentos normativos en que se expresa la voluntad del Estado se limitan a reconocer derechos preexistentes, a los cuales se dispensa garantía y protección jurídicas;
- c) los hombres pasan a ser titulares de derechos universalmente válidos, absolutos, imprescriptibles e inalienables; y
- d) los derechos de la naturaleza humana no pueden ser fijados de una manera taxativa, puesto que sus proyecciones jurídicas se van poniendo de manifiesto paulatinamente al calor de las vicisitudes históricas. Una determinación anticipada y definitiva de los mismos, además de importar una pretensión ilusoria, devendría, en la práctica, en un mero "otorgamiento" o "concesión" de derechos. Si la Constitución en su artículo 19 ha procedido a enumerar los derechos no ha sido, ciertamente, con el propósito de fijarlos taxativamente, sino más bien:
 - a) por razones de seguridad jurídica;
 - b) para determinar las limitaciones a su ejercicio; y
 - c) para garantizarlos mediante el establecimiento de sus mecanismos de protección.

3. Los fundamentos normativos de la concepción jus naturalista están básicamente representados por los siguientes preceptos:

- a) *Artículo 1º inciso 1º:* "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos";
- b) *Artículo 1º inciso 4º:* "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común... con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece";
- c) *Artículo 5º inciso 2º:* "El ejercicio de la Soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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";
- d) *Artículo 9º inciso 1º:* "El terrorismo en cualquiera de sus formas es por esencia contrario a los derechos humanos";
- e) *Artículo 19º inciso 1º:* "La Constitución asegura a todas las personas" los derechos que se indican en los numerandos 1º a 26º;
- f) *Artículo 19 N° 26:* La Carta Fundamental reconoce y garantiza a todas las

personas, "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni promover condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio";

- g) *Artículo 39 inciso 1º*: "El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado en las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública".

4. Pues bien, todas estas disposiciones constitucionales, aparte de otras que no se citan por su carácter accesorio o instrumental, ponen de manifiesto que la Carta Fundamental otorga su reconocimiento jurídico a los derechos de la naturaleza humana y que, por consiguiente, no se trata de consagraciones puramente nominales o de tipo programático.

Este reconocimiento se encuentra, por otra parte, expresamente garantizado por el mandato de respeto y promoción a los derechos naturales instituídos por la Constitución y los tratados internacionales. El deber de respeto, de acuerdo al Diccionario de la Lengua, se traduce en la exigencia de veneración, reverencia, miramiento o atención que se tiene por algo, de manera que, "respetar los derechos" es abstenerse de adoptar actitudes, comportamientos o medidas de cualquier carácter que puedan implicar amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de los mismos, así como además, proceder al restablecimiento de su imperio cuando la ofensa se ha materializado.

El deber de "promover" equivale, teniendo presente el Diccionario, a la exigencia de iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro, o bien, elevar a una dignidad o categoría superior; así, promover los derechos es anteponerlos al logro o consecución de cualquier finalidad previniendo su infracción o desconocimiento, para, de este modo, contribuir a su realización integral.

5. Ahora bien, desde un punto de vista técnico, el reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza humana se traduce en un reconocimiento de su validez y eficacia jurídicas.

El reconocimiento constitucional de la validez jurídica de los derechos naturales implica un compromiso de aceptación o reconocimiento de la regularidad jurídica de los diversos mecanismos normativos a través de los cuales resulta procedente asignar a un derecho su calidad de natural. Los denominaremos modalidades de institucionalización de derechos naturales.

El reconocimiento constitucional de la eficacia jurídica de los derechos naturales está referido a la posibilidad jurídica de hacer efectivo el cumplimiento de los preceptos por medio de los cuales esos derechos son

institucionalizados como tales, recurriéndose a los diversos mecanismos y procedimientos de control establecidos en la propia Constitución o en otras instancias normativas, especialmente en aquellas en que la institucionalización tiene lugar.

Un eventual desconocimiento constitucional de la validez jurídica de los derechos habría acarreado como consecuencia la nulidad de los preceptos, distintos de la constitución originaria, por medio de los cuales se hubiera institucionalizado el derecho; el desconocimiento constitucional de la eficacia de los derechos, habría significado un reconocimiento puramente nominal, carente de toda trascendencia práctica.

6. ¿Cuáles son los derechos naturales a los que la Constitución otorga concretamente su reconocimiento jurídico? Planteado el problema en estos términos deviene prácticamente insoluble puesto que, por una parte la Constitución no ha definido lo que debe entenderse por "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y, por otra, no habría podido determinarlos con carácter taxativo sin sacrificio de la lógica jus naturalista (1).

Pensamos que la cuestión debe replantearse del siguiente modo: ¿Cuáles son las diversas modalidades de institucionalización de los derechos naturales? o, si se quiere, ¿Cuáles son los preceptos a través de los cuales resulta jurídicamente procedente asignar a un derecho la calidad de derecho natural esencial?

El precepto constitucional clave para la resolución del problema se encuentra en el inciso 2º del artículo 5º:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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".

De la norma transcrita aparentemente se deduce que sólo existirían dos vías o modalidades de institucionalización de derechos naturales:

- a) La norma constitucional y
- b) el tratado internacional, puesto que la Carta Fundamental alude a los "derechos garantizados por esta Constitución", así como "por los tratados internacionales".

1 La protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana. Porque, si se está expresando que el Estado adoptará las medidas que tiendan a la realización del ser humano, es aquí donde debe decirse que aquél no sólo está en la obligación de cautelar estos derechos específicamente enumerados, sino también los que forman parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. Por ejemplo, el derecho a fundar y procrear una familia es un derecho inherente a la persona humana que no está por cierto en el texto constitucional, pero no podría ser coartado el día de mañana en modo alguno (Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Sesión 213, 20.5.76, p.14).

Sin embargo un análisis más detenido del precepto conduce necesariamente a una interpretación extensiva. En efecto, adviértase que, por expresa determinación de la Carta Fundamental (artículo 5º inciso 2º) la fuente originaria de los derechos se encuentra radicada en la naturaleza humana y no en la voluntad del Estado y que precisamente por esta razón los derechos garantizados por la Constitución no pueden ser sólo los numerandos en el artículo 19. Luego hemos partido del supuesto que su determinación no tiene carácter taxativo, de lo que por lo demás, existe expresa constancia en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (2). Por exclusión, forzoso resulta concluir que, descontando los derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional, existe una zona residual indeterminada de derechos potenciales que busca formalizarse institucionalmente. El tratado internacional es sólo una de las vías. Pero existen igualmente otras.

Desde ya las disposiciones del capítulo XIV de la Carta Fundamental revelan la posibilidad jurídica de la institucionalización de derechos naturales por medio de una reforma constitucional. Por otra parte el numerando 20 del artículo 60 sirve de fundamento constitucional a la institucionalización por vía legislativa y los preceptos de los artículos 73, inciso 2º, 38 inciso 2º y 19 Nº 3, a la consagración de los derechos naturales por medio de una decisión jurisdiccional.

En consecuencia, en nuestro sistema jurídico constitucional se dan las siguientes modalidades de institucionalización de derechos naturales:

- a) *Institucionalización Constitucional Originaria.* Es aquella que se produce por vía de norma constitucional originaria. Básicamente está representada por las normas del artículo 19, sin que esto signifique excluir de la categoría otros preceptos de similar naturaleza, como las contenidas en el artículo 10º. Esta modalidad se beneficia de la mayor estabilidad y eficacia jurídicas propias de la Constitución originaria: formalmente sólo puede ser modificada a través del procedimiento de reforma especial contemplado en el capítulo XIV y su efectivo cumplimiento se encuentra asegurado por todos los mecanismos y garantías constitucionales, los que a su respecto reciben plena e integral aplicación.
- b) *Institucionalización Constitucional derivada.* En este caso la institucionalización del derecho se realiza por medio de una ley de reforma de la Constitución elaborada de acuerdo con el procedimiento establecido en el capítulo XIV de la Carta Fundamental. La reforma constitucional así materializada tiene una doble virtud. Por una parte permite incorporar nuevos preceptos a la estructura normativa de la Carta Fundamental (incorporación a la Constitución material); por otra permite asignar a tales preceptos la jerarquía formal de la norma constitucional originaria, puesto que a su vez sólo podrían ser modificados por medio del procedimiento de reforma del capítulo XIV (incorporación a la Constitución Formal).

Lo anterior no significa, sin embargo, que la norma constitucional

2 Sesiones 213 (20.5.76), 413 (20.9.78), y 414 (27.9.78) entre otras.

originaria y la norma constitucional derivada se encuentren en un mismo nivel de jerarquía: la ley de reforma constitucional puede ser inconstitucional. Ello pone de manifiesto que se encuentra jerárquicamente subordinada a la norma constitucional originaria. La inconstitucionalidad de la ley de reforma puede derivar no sólo del hecho de estar en contraposición con el procedimiento de reforma, sino también, con los principios fundamentales de la Constitución, es decir, los consagrados en el capítulo I de la Carta Fundamental. Por recoger ellos los valores predominantes al momento de su generación y consiguientemente la idea de derecho que se desea materializar jurídicamente, no podrían luego ser modificados substancialmente ni menos derogados sin afectar la identidad propia de la Constitución originaria.

Todo lo dicho permite concluir que tanto la incorporación a la Constitución formal como a la Constitución material pueden estar afectadas de un vicio de constitucionalidad. Las garantías constitucionales destinadas a prevenir o a reprimir la irregularidad están representadas por el requerimiento de constitucionalidad del artículo 82 N° 2 y la acción de nulidad del inciso 3° del artículo 7°, respectivamente.

Las irregularidades señaladas son esencialmente independientes entre sí, de manera que pueden coexistir, así como también, existir separadamente una de otra.

- c) *Institucionalización por vía de tratado.* La posibilidad jurídica de asignar a un derecho la calidad de derecho de la naturaleza humana por medio del tratado internacional se encuentra expresamente prevista en la Constitución (Artículo 5°, inciso 2°). Sus características y consecuencias son objeto principal de esta ponencia y se analizan en otros párrafos de la misma.
- d) *Institucionalización legislativa.* Su fundamento constitucional inmediato está representado por el precepto del numerando 20° del artículo 60, según el cual, "son materia de ley las normas generales y obligatorias que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". Dicho precepto vinculado a las disposiciones constitucionales que consagran los lineamientos teóricos de la concepción jus naturalista (artículos 1°, 5° inciso 2°, 9° inciso 1°, 19 inciso 1° y N° 26 y 39 inciso 1°, principalmente), así como también, a las prescripciones del mismo carácter que sirven de base a la configuración y ejercicio de la potestad normativa del órgano legislativo (Arts. 32, N° 1, 42, 60 y 62 a 72, entre otros), permiten reconocer la legitimidad de esta vía como modalidad de institucionalización de derechos naturales. Por otra parte, los preceptos constitucionales de los artículos 32 N° 8 y 60 N° 20 parecen excluir, en principio, al reglamento autónomo como posibilidad jurídicamente válida de institucionalización de derechos naturales.
- e) *Institucionalización jurisdiccional.* Las disposiciones normativas que sirven de basamento constitucional a la concepción jus naturalista, puestas en

relación con los preceptos de los artículos 73, inciso 2º (principio de inexcusabilidad), 38 inciso 2º (justiciabilidad de los asuntos contencioso-administrativos), 19 Nº 3 (igualdad en el ejercicio de los derechos y pretensiones que se hacen valer ante los Tribunales), 74 (estructura orgánica y funcional de los Tribunales) permiten fundamentar constitucionalmente la existencia jurídica de esta alternativa: institucionalización del derecho por medio de una resolución judicial.

La circunscripción de los efectos de las resoluciones judiciales al caso concreto y particular sobre el que recaen relativiza, por una parte, la importancia de esta modalidad, pero, por otra, al representar el último bastión interno de los derechos después de denegado o extinguido el reconocimiento legislativo, redundando en un fortalecimiento de la seguridad jurídica en la esfera individual de los derechos públicos subjetivos. Así, por ejemplo, si una ley que condiciona el acceso y conservación de una función al hecho de no contraerse matrimonio fuera declarada inconstitucional por la Carta Suprema en razón de configurar una violación a lo que, en su concepto, constituye un derecho de la naturaleza humana (derecho al matrimonio y a la formación de una familia), habríase materializado una institucionalización jurisdiccional del derecho ante la deserción de un reconocimiento legislativo.

Proponemos denominar genéricamente "modalidades ordinarias de institucionalización" a todas aquellas que se materializan por medio de un instrumento jurídico distinto de la norma constitucional, sea ésta de carácter originario o derivado.

7. Lo dicho en el párrafo anterior permite catalogar las diversas modalidades de institucionalización de derechos naturales en función de algunos criterios básicamente formales.

Las modalidades de institucionalización constitucional originaria y derivada, así como también, la que se produce por vía de tratado, participan de la característica de encontrarse explícitamente previstas como tales, tienen pues un carácter expreso (artículos 5º inciso 2º y capítulo XIV de la Constitución). Las dos primeras, sin embargo, presentan, además la calidad de directas, en cuanto los derechos sobre que recaen aparecen inmediatamente señalados en la propia Carta Fundamental. Desde este punto de vista el tratado representa una institucionalización indirecta, puesto que los derechos por él garantizados físicamente integran su propio contenido normativo.

Teniendo presente estos enfoques, las institucionalizaciones legislativa y jurisdiccional poseen las características de ser implícitas e indirectas.

El carácter tácito o implícito de estas modalidades no parece oponerse al principio según el cual, en Derecho Público, las actuaciones de los órganos son jurídicamente válidas sólo si se encuentran respaldadas por atribuciones o competencias expresamente conferidas por la Constitución o las leyes (artículos 7º inciso 2º de la Carta Fundamental); primero, porque su

fundamento constitucional dogmático e institucional normativo, según ha podido demostrarse, es claro y significativo y, segundo, porque ese principio ha sido concebido sobre la base de una filosofía política libertaria y limitativa de la intervención pública, de manera tal que devendría una contradicción esencial esgrimirlo para neutralizar una actuación del mismo carácter, pero en favor de la libertad.

8. Una vez producida la institucionalización de los derechos de la naturaleza humana, cualquiera haya sido la modalidad normativa específica utilizada, se producen los siguientes efectos:

- a) Los derechos naturales pasan a gozar del reconocimiento jurídico-constitucional o, en otros términos, del reconocimiento constitucional de su validez y eficacia jurídicas. En consecuencia la Carta Fundamental no puede validamente desconocer la juridicidad de las modalidades de institucionalización de derechos ni denegarles el empleo de los mecanismos y garantías constitucionales destinadas a hacer efectivo el cumplimiento de tales derechos.
- b) Los derechos naturales institucionalizados se incorporan a la estructura normativa de la Ley Fundamental, pasando a integrar la Constitución material. Por lo tanto el contenido normativo anexo a las modalidades de institucionalización distintas de la norma constitucional originaria, debe considerarse como una prolongación material de la Carta Fundamental, en cuanto desarrollan los principios y normas constitucionales que reconocen y garantizan los derechos de la naturaleza humana (artículos 1º, inciso 1º, 5º inciso 2º, 9º inciso 1º, 39 inciso 1º y 19 inciso 1º y Nº 26, principalmente). Si la institucionalización se produce por vía de norma constitucional derivada, la incorporación presenta un carácter bidimensional, según ya se ha explicado: simultáneamente se concreta respecto de la Constitución formal y material.
- c) Como consecuencia de lo anterior, cualquiera infracción a los preceptos que sirven de base a lo que hemos denominado "modalidades ordinarias de institucionalización de derechos naturales" (hipótesis del tratado, ley y resolución judicial) o, que es lo mismo, a los derechos institucionalizados por esas vías, representa no sólo un atentado en contra de tales preceptos sino también en contra de los principios constitucionales fundantes y de las prescripciones del mismo carácter que se desarrollan a través de esas modalidades. De ahí es que podemos afirmar que la violación de dichos preceptos tenga una dimensión ambivalente: al precepto institucionalizante mismo y a la Constitución.
- d) Como, según se ha explicado, los preceptos institucionalizantes se incorporan a la Constitución material, puesto que configuran, desde un punto de vista lógico-jurídico, la aplicación y desarrollo de sus principios y normas, aquella termina necesariamente modificándose. La Constitución material ya no es más la misma después de la incorporación indicada. En ese sentido las modalidades ordinarias de institucionalización

configuran de hecho verdaderos procedimientos secundarios de reforma constitucional. En cambio la institucionalización que tiene lugar por medio de norma constitucional derivada (ley de reforma constitucional) supone la utilización del procedimiento de reforma constitucional propiamente tal a que se refiere el capítulo XIV de la Carta Fundamental. A diferencia de los anteriores este último, tiene la doble virtud de producir la incorporación del respectivo contenido normativo a la Constitución material y a la formal, según se ha comentado con anterioridad.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCEDIMIENTOS SECUNDARIOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Sumario:

1. Incorporación de contenidos normativos a la Constitución material.
2. Flexibilidad de los mecanismos secundarios de reforma constitucional.
3. Consecuencias o efectos anexos a la flexibilidad de los mecanismos secundarios de reforma.
4. Flexibilidad controlada.
5. Carácter relativamente transitorio del contenido normativo incorporado.
6. Subordinación a la Constitución originaria del contenido normativo incorporado.
7. Incorporación condicionada al mejoramiento de la condición de derechos humanos.
8. Naturaleza del "mejoramiento".
9. Mejoramiento y Bien común.
10. Relación lógica del contenido incorporado con la Constitución.
11. Categorías lógicas de relación.
12. Un margen para la seguridad del Estado.
13. Jurisdicción del Bien común específico.
14. Vías jurídicamente válidas para incorporar contenidos diferenciados por contradicción a la Constitución material.
15. La incorporación de un contenido normativo a la Constitución material no altera la situación de jerarquía relativa de los preceptos.
16. Una aparente contradicción.
17. La incorporación de un contenido normativo a la Constitución material aprovecha los mecanismos de Control de Constitucionalidad.

Interesa determinar las características generales de los "procedimientos secundarios u ordinarios de reforma constitucional, es decir, de aquellos que vienen aparejados al tratado, la ley y la resolución judicial.

1. Sólo tienen la virtud de incorporar contenidos normativos a la Constitución material. La Constitución material originaria puede modificarse con los contenidos incorporados por las leyes de Reforma Constitucional, que, además, producen la incorporación a la Constitución formal -o bien, con los

incorporados por medio de tratados, leyes o resoluciones judiciales, de los que únicamente se obtiene la incorporación a la Constitución material. El fundamento lógico-jurídico ordinario del efecto indicado deriva del hecho de constituir los preceptos del tratado, la ley o la resolución judicial -en cuanto modalidades de institucionalización de derechos naturales- meras aplicaciones o desarrollos de los principios y normas de la Carta Fundamental. Ello, precisamente, permite enunciar el subprincipio de unidad material del ordenamiento jurídico de un Estado a partir del principio matriz de supremacía de la Constitución.

Pero además de este fundamento ordinario y general existe específicamente en relación con los tratados, leyes y resoluciones judiciales que institucionalizan derechos naturales un fundamento jurídico especial: la propia Constitución eleva los derechos naturales institucionalizados como tales, cualquiera haya sido la modalidad utilizada, puesto que no se distingue, a la categoría de límites de la soberanía del poder estatal e impone a todos los órganos del Estado el mandato irrestricto de respeto y promoción de los mismos. Ello, desde un punto de vista lógico-jurídico, sólo puede ser posible si tales derechos se incorporan a la Constitución material, formando parte de su estructura normativa (artículo 5º, inciso 2º).

2. Dejando de lado la hipótesis de la incorporación por vía de norma constitucional derivada, la que se produce por las vías o modalidades ordinarias de institucionalización carece normalmente de la fijeza y estabilidad que caracterizan a la primera y que derivan de la típica rigidez del procedimiento de reforma constitucional. Desde otro punto de vista esto significa que los órganos de poder que intervienen en ellas no se ven luego privados del ejercicio de sus potestades normativas ordinarias para derogar o modificar los derechos o preceptos institucionalizados o, en la hipótesis de la institucionalización por vía jurisdiccional, para modificar los precedentes judiciales. Ello unido a la relativa flexibilidad de los procedimientos empleados compromete en buena medida la estabilidad de las institucionalizaciones ordinarias. En consecuencia, la derogación o modificación del tratado, la ley o la resolución judicial en cuanto modalidades de institucionalización de derechos no quedan sujetos al procedimiento de reforma constitucional de los artículos 116 a 119, puesto que como se ha explicado, tales derechos se incorporan sólo a la Constitución material.

Si la asimilación se produjere también en lo formal, el precepto por medio del cual se produce la institucionalización, además de pasar a integrar el contenido normativo de la Constitución (asimilación material), adquiriría la fijeza o estabilidad propia de la norma de rango constitucional y teóricamente sólo podría ser derogado o modificado mediante una ley de reforma constitucional, es decir, utilizando el procedimiento del capítulo XIV. Resulta claro que de la fijeza propia de la Constitución formal sólo pueden participar aquellos preceptos que originariamente integran la Carta Fundamental, así como aquellos que le han sido incorporados a través del procedimiento de reforma Constitucional. En esta situación únicamente se encuentra la institucionalización de derechos naturales por medio de norma constitucional originaria o derivada. Por otra parte, aceptar que las modalidades ordinarias

de institucionalización (Tratado, ley y resolución judicial) pueden incorporar derechos a la Constitución formal equivaldría a afirmar que la Constitución de 1980 en materia de derechos es una Constitución flexible, de lo que por cierto no parece existir suficiente evidencia. Sólo la ley de reforma constitucional (institucionalización constitucional derivada) posee jurídicamente la virtud de monopolizar la simultaneidad de efectos.

3. De lo anterior pueden derivarse las siguientes consecuencias:

- a) Aquellos órganos de poder a través de cuyas decisiones normativas resulta posible jurídicamente institucionalizar "derechos naturales esenciales", pueden no obstante la incorporación de tales preceptos a la Constitución material, derogarlos en el ejercicio de sus facultades ordinarias, de acuerdo con los procedimientos correspondientes, sin que ello constituya por sí sólo una violación al mandato constitucional de respeto y promoción de los derechos, contemplado en el artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental. En efecto, la asimilación de los preceptos con la Constitución sólo se produce -por exigencias del mandato constitucional indicado- en el plano material y no formal. El tratado, según veremos luego, se encuentra en una situación especial.
- b) Como, en esencia, no se altera, por efecto del reconocimiento y mandato constitucional del artículo 5º inciso 2º, la relación de jerarquía entre la Constitución y los preceptos mencionados en los puntos anteriores, así como tampoco entre estos últimos, la violación a los "derechos incorporados" debe provenir de una decisión normativa de inferior jerarquía relativa, ya que de lo contrario técnicamente estaríamos frente a una derogación o modificación. Hace excepción a esta regla la situación en que se encuentre el tratado, según veremos en su oportunidad.
- c) De acuerdo con lo anterior, la violación a los "derechos naturales incorporados" sólo puede jurídicamente materializarse mientras conserven su vigencia los preceptos por medio de los cuales se produce la institucionalización, puesto que, según se ha explicado, la derogación o la modificación no constituyen en principio una violación (3).

4. Pero lo anterior no puede llegar a significar que los órganos del Estado que han intervenido en la institucionalización de derechos naturales gocen

3 Un ejemplo ilustrará estas ideas. Los derechos institucionalizados por vía de ley no pueden, en principio, beneficiarse del recurso de inaplicabilidad. En efecto, la violación de tales derechos materializada por medio de un precepto legal posterior debe mirarse técnicamente como una derogación o modificación, antes que como transgresión, puesto que se trata de preceptos de igual jerarquía. Sin embargo la Corte Suprema conociendo del recurso de inaplicabilidad fundado no ya, por cierto en la violación de un precepto legal por otro precepto legal, si no en el desconocimiento de un derecho que reviste las características señaladas en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución (emanación esencial de la naturaleza humana), estaría a nuestro juicio en situación de decidir que el precepto legal cuestionado adolece por esa razón de un vicio de constitucionalidad (institucionalización jurisdiccional del derecho), pudiendo por tanto declararlo inaplicable. En este sentido la institucionalización jurisdiccional representa el último bastión del derecho natural cuando la avanzada legislativa ha terminado siendo sobrepasada.

de plena e indiscriminada facultad para derogarlos o modificarlos. Nada de eso.

En efecto, la transformación jurídica de los derechos naturales en límites del poder soberano del Estado (artículo 5º inciso 2º, primera parte, de la Carta Fundamental) y el mandato irrestricto del respeto y promoción de los mismos impuesto, sin excepciones, sobre todos los órganos de poder (artículo 5º inciso 2º, última parte, de la Constitución), limitan a nuestro entender las potestades abrogatorias o modificatorias de estos últimos. Lo contrario significaría asignar implícitamente a los preceptos citados el carácter de una consagración puramente nominal ya que, para liberarse del peso de las limitaciones que involucran tales órganos podrían indiscriminadamente derogarlos o modificarlos en términos de fortalecer su poder, burlando así el propósito constitucional. De ahí pues es que sea menester concluir que toda abrogación o modificación que redunde en perjuicio de la condición de derechos humanos en Chile debe ser tenida por inconstitucional, en razón de configurar un atentado a los requerimientos de la naturaleza humana, elevada por la propia Carta Fundamental a la categoría de valor jurídico *supremo de nuestro sistema jurídico-constitucional*. Por lo tanto la abrogación de un precepto legal en tales condiciones queda expuesto a los controles de constitucionalidad preventivo y represivo de los artículos 82 y 80 de la Constitución respectivamente, y el desconocimiento jurisdiccional de un derecho natural, a las acciones y recursos constitucionales y ordinarios correspondientes. Aún la derogación o modificación intentada por medio de una ley de reforma constitucional se vería afecta eventualmente al requerimiento de constitucionalidad del artículo 82 N° 2 si llegara a significar una violación de los principios fundamentales de los artículos 1º y 5º inciso 2º, teniendo presente la garantía de juridicidad que representan los preceptos de los artículos 6º y 7º de la Constitución.

5. De lo dicho precedentemente puede concluirse que la Carta Fundamental hace suyos los derechos naturales que constituyen el "contenido normativo agregado" al que nos referimos, cualquiera haya sido la vía específica de institucionalización, *sólo mientras conserven su calidad de "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*. Es ésta, pues, una condición ineludible para integrar la estructura normativa fundamental, como se explicará más adelante, y que se encuentra íntimamente ligada a la vigencia del precepto por medio del cual se produce la institucionalización. En otros términos, la asimilación jerárquica del contenido normativo agregado a la Constitución material sólo se mantiene mientras conserve su vigencia el precepto a través del cual se materializa una institucionalización distinta de la "constitucional" (tratado, ley, resolución judicial). Aún cuando la institucionalización judicial únicamente circunscribe sus efectos al caso concreto y particular respecto del que tiene lugar, en el hecho, se mantiene socialmente la impresión de su permanencia mientras el tribunal supremo no altere la jurisprudencia.

6. La incorporación a la Constitución material de los preceptos por medio de los cuales tiene lugar cualquiera de las modalidades ordinarias de

institucionalización no altera esencialmente la relación de jerarquía entre aquellos y la norma constitucional originaria a la cual siguen subordinados. Ello es así porque su propia existencia jurídica encuentra fundamento normativo en las disposiciones del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, según se ha explicado ya en otra parte de este trabajo. En consecuencia tales preceptos deben armonizarse con los principios y normas constitucionales de los que arranca su propia validez. Lo anterior no sólo es procedente respecto de la ley y la resolución judicial sino igualmente respecto del tratado internacional. La norma constitucional citada subordina jerárquicamente a todas las categorías normativas mencionadas. El principio no reconoce excepciones.

7. De lo dicho con anterioridad se desprende que la incorporación del contenido normativo propio de las modalidades ordinarias de institucionalización de derechos naturales a la Constitución material no tiene carácter absoluto, con lo cual queremos significar que sólo se produce a condición de que sus disposiciones se ajusten a los requerimientos de los principios y normas constitucionales. Ahora bien, desde el punto de vista de una sana Política Constituyente la incorporación de nuevo material normativo a la Constitución por medio de las diversas modalidades de institucionalización, cualesquiera que éstas sean, sólo se justifica en la medida que represente un efectivo mejoramiento de la condición de derechos humanos en Chile. Técnicamente la Constitución originaria institucionaliza el mínimo de derechos que se reconoce explícita y directamente a sus destinatarios. En otros términos, ella representa el piso que en materia de derechos se reconoce y garantiza expresa y directamente a las personas, pero nada impide jurídicamente que a partir de esos hitos se expanden en otros niveles del proceso normativo las fronteras de la libertad y de los derechos o se perfeccionen sus contenidos primitivos. El fundamento constitucional de la conclusión deriva de las siguientes consideraciones:

- a) Las proyecciones jurídicas de la naturaleza humana no pueden lógicamente predeterminarse de una vez y para siempre, con prescindencia del devenir histórico, de manera que, como se ha explicado oportunamente, las disposiciones del artículo 19 de la Constitución presentan un carácter puramente enunciativo y no taxativo, abriéndose así las puertas a la institucionalización de nuevos derechos o contenidos;
- b) La propia Constitución, de modo implícito respecto de la ley y la resolución judicial, y expresamente respecto de la norma de rango constitucional y el tratado internacional, ordena respetar y promover los derechos naturales por tales vías institucionalizados (artículo 5º inciso 2º), con lo cual se pone de manifiesto el propósito del Constituyente de aceptar y reconocer la institucionalización de nuevos derechos o contenidos y, aún más, de garantizarlos;
- c) Si por una parte el Constituyente reconoce en la naturaleza humana la fuente originaria esencial de los derechos de las personas asignándose a estos últimos, el carácter de límites de la soberanía del poder estatal y, por

otra, se conviene en que los derechos de la naturaleza humana no son técnica y lógicamente determinables a priori, debe concluirse que la intención del Constituyente no es otra que la de permitir una actualización permanente de la Constitución en materia de derechos humanos, tanto en lo que toca a la interpretación como a la institucionalización de los mismos.

8. Pero el mejoramiento de la condición de derechos humanos que se espera de las modalidades de institucionalización a que nos venimos refiriendo, debe ajustarse a las exigencias de los principios y normas constitucionales, desde que aceptamos que el fundamento de la validez jurídica de aquellas se encuentra en la propia Constitución. Cabe entonces preguntarse cuál es concretamente el "mejoramiento" que satisface los requerimientos constitucionales. Pienso que jurídicamente el único "mejoramiento" compatible con la Constitución es aquel que representa una satisfacción óptima de las exigencias del bien común en el pleno respeto a los derechos y garantías que la propia Carta Fundamental establece. En efecto, el precepto del inciso 4º del artículo 1º de la Constitución expresa:

"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

9. Como podrá apreciarse el inciso 4º del artículo 1º citado emplea una expresión de denotación conceptual muy restringida para referirse a los derechos y garantías que el Estado debe respetar en su acción dirigida a la promoción del bien común: sólo se refiere a los derechos y garantías que *"esta Constitución establece"*. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua establecer es "fundar", "instaurar", "erigir", "instituir", "crear algo nuevo". Por esta razón debemos entender que el precepto constitucional aludido se encuentra referido exclusivamente a los derechos y garantías institucionalizados por vía de norma constitucional formal, originaria o derivada, es decir, de una manera expresa y directa por la propia Carta Fundamental. En consecuencia un mejoramiento de la condición de derechos humanos en Chile, ajustado a los requerimientos constitucionales supone jurídicamente la satisfacción de dos condiciones fundamentales:

- a) Adecuación a las exigencias del bien común; y
- b) respecto a la esencia de los derechos y garantías institucionalizadas por vía de norma constitucional formal (principalmente los del artículo 19).

Aparentemente resulta contradictorio separar ambas exigencias si se considera que lógicamente la segunda es parte estructural de la primera. Aún más, la propia redacción del inciso 4º del artículo 1º de la Carta Fundamental parece alentar la confusión: el Estado "debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes

de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible con *pleno respeto* a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Las expresiones escritas con letra itálica tienden a configurar una prevención en favor de los derechos y garantías de las personas o una limitación a la acción de bien común del Estado.

La aparente contradicción sólo puede explicarse del siguiente modo. *Bien común* y *derechos humanos* no pueden ontológicamente hallarse en contradicción puesto que estos últimos configuran un elemento estructural del primero. Lo que sucede es que el Constituyente originario ha optado, desde un punto de vista político-jurídico, por un *bien común específico* cuya materialización, piensa, sólo puede alcanzarse a partir del reconocimiento e institucionalización de un *mínimo de derechos y garantías básicas* (precisamente los que establece la Constitución originaria) al margen de los cuales ese bien común específico no podría políticamente configurarse.

Se trata de una opción política que no excluye, por cierto, el reconocimiento e institucionalización de otros derechos y garantías, sea por vía de norma constitucional derivada, sea por medio de las modalidades que hemos denominado ordinarias (tratado, ley, resolución judicial), pero que supone indefectivamente, desde un punto de vista jurídico, el respeto y protección de aquellos que han sido institucionalizados directa y expresamente por la norma constitucional. Esto significa que jurídicamente no resulta posible afectar la esencia de estos derechos ni, mucho menos, por cierto, derogarlos, por vía de reforma constitucional o por medio de otras modalidades de institucionalización de derechos, sin que con ello se termine comprometiendo la concepción del bien común específico imaginado por el Constituyente originario y la opción político-jurídica que ella representa.

En consecuencia, la institucionalización de nuevos derechos o contenidos, cualquiera sea la modalidad específicamente adoptada para ello (ley de reforma constitucional, tratado, ley o resolución judicial), pasa, por el reconocimiento de los derechos y garantías básicamente establecidos por vía de norma constitucional originaria.

10. En abstracto, desde un punto de vista lógico-jurídico, el material normativo inherente a las diversas modalidades de institucionalización de derechos y que eventualmente habrá de incorporarse a la Constitución material puede encontrarse respecto de esta última en alguna de las siguientes hipótesis:

- a) relación de diferenciación por agregación o adición, y
- b) relación de diferenciación por contradicción de oposición.

El material normativo a incorporar por medio de alguna modalidad de institucionalización se encuentra en relación de diferenciación por agregación o adición respecto del contenido de la Constitución formal cuando objetivamente se limita a extender o desarrollar -en el ámbito de los derechos humanos- los preceptos constitucionales originarios, bien mediante la introducción de nuevos derechos, bien por vía de agregación de nuevos contenidos, sin que entre aquellos y estos surja una situación de

confrontación que los haga jurídicamente inconciliables. Ejemplo: institucionalización de los derechos a la objeción de conciencia, al matrimonio o a la constitución de una familia que, aun cuando no se encuentran expresa y directamente establecidos en la Constitución originaria, pueden, no obstante, compatibilizarse con sus principios y normas sin implicar una derogación o modificación substancial.

El material normativo a incorporar se encuentra en relación de diferenciación por contradicción respecto del contenido de la Constitución formal cuando objetivamente sus disposiciones entran en colisión con los preceptos constitucionales originarios de manera tal que, desde un punto de vista lógico-jurídico, no resulta posible admitir su vigencia simultánea, como sucedería, por ejemplo, si se institucionalizara la libertad provisional, el indulto o la amnistía de los terroristas, la supresión de la función social de la propiedad o de la posibilidad de expropiación o la incorporación del principio de plena jurisdicción en materia de estados de excepción.

Resulta evidente que la institucionalización de tales contenidos se encontraría en situación de clara oposición a las disposiciones de los artículos 9º inciso final, 19 Nº 24, incisos 2º y 3º y 41 Nº 3 de la Constitución de 1980, respectivamente, tornándose jurídicamente inconciliables.

11. Las hipótesis que se han descrito configuran metodológicamente construcciones lógico-jurídicas susceptibles de ser utilizadas validamente para el mejoramiento de la condición de derechos humanos en nuestro sistema jurídico. En cuanto tales no podrían técnicamente ser evaluadas desde el punto de vista de su constitucionalidad. La cuestión de constitucionalidad no puede técnicamente estar referida a una categoría o construcción lógica. Debe vincularse, *en cambio*, al contenido normativo que envuelve. En esta perspectiva será necesario evaluar el grado de adecuación de dicho contenido a los requerimientos del bien común específico y dentro de éste, concretamente, a los requerimientos de los *derechos y garantías constitucionales básicos*, en el sentido dado a estas expresiones de acuerdo con lo explicado precedentemente.

12. La adecuación a los requerimientos del bien común específico no sólo involucra constatar el grado de ajuste del contenido normativo que se pretende incorporar a la Constitución material respecto de los *derechos y garantías básicos originarios*. En efecto, es menester advertir que el reconocimiento e institucionalización de los derechos y garantías constitucionales como tributo a las exigencias de libertad e igualdad, fija al mismo tiempo, de modo indirecto, el *ámbito o margen de seguridad* que requiere la organización estatal para funcionar, es decir para existir y desarrollarse de acuerdo con la concepción política juridizada en la Constitución. Las cuestiones de seguridad se encuentran directamente vinculadas a la estabilidad institucional, a la paz interior y a la seguridad exterior del Estado, y más exactamente, a los principios y normas constitucionales que tienden a garantizarlas.

Por lo dicho, la evaluación de constitucionalidad del contenido normativo inherente a las diversas modalidades de institucionalización de derechos humanos habrá de realizarse considerando no sólo su debida adecuación a los requerimientos de los derechos y garantías constitucionales originarios, sino también a los requerimientos constitucionales de seguridad.

13. Como, directa o indirectamente, todos los principios y normas constitucionales han sido consagrados en resguardo de los valores de libertad, igualdad y seguridad, la exigencia de adecuación a los requerimientos del bien común específico que afecta al contenido normativo propio de toda modalidad de institucionalización como supuesto de mejoramiento de la condición de derechos humanos en Chile, resulta prácticamente equivalente -desde un punto de vista puramente jurídico- a la exigencia de adecuación a los principios y normas constitucionales. Se trata de un requisito de orden substancial que ninguna modalidad de institucionalización podría validamente eludir.

14. De acuerdo con lo que se ha explicado, la constitucionalidad del material normativo que las diversas modalidades de institucionalización de derechos pueden incorporar a la Constitución material, depende esencialmente de su adecuación a los principios y normas constitucionales originarios, independientemente de que dicho contenido se encuentre respecto de éstos últimos en relación de diferenciación por agregación o por contradicción. Es menester advertir, sin embargo, que la incorporación de un contenido normativo *diferenciado por contradicción u oposición* sólo puede producirse, en principio, a través de la institucionalización por vía de norma constitucional derivada y, por tanto, de acuerdo al procedimiento del capítulo XIV de la Constitución. El empleo de otra modalidad de institucionalización acarrearía normalmente en este caso un *vicio de constitucionalidad de forma* por desconocimiento total o parcial del procedimiento de reforma constitucional. Así se resguarda el principio de supremacía formal de la Constitución.

No obstante lo dicho, pienso que la reforma constitucional de 1989 ha venido a consagrar en favor del tratado internacional en cuanto modalidad de institucionalización de derechos, una excepción muy calificada. De acuerdo con ella sería jurídicamente válida la incorporación a la Constitución material de un contenido normativo *diferenciado por contradicción* que se produce por una vía distinta de la ordinaria. Los supuestos bajo los cuales dicha incorporación resulta posible y las características que ella reviste se analizan más adelante.

15. El hecho de que las modalidades ordinarias de institucionalización configuren procedimientos de reforma constitucional tampoco altera esencialmente la situación jerárquica relativa en que ordinariamente se encuentran los preceptos por medio de los cuales se materializan formas de institucionalización distintas de la "constitucional originaria". Así, por ejemplo, una ley de reforma constitucional se impone a la ley ordinaria, aún cuando por medio de ésta se haya producido la institucionalización de un derecho

natural, sin perjuicio de la inconstitucionalidad que aquella pueda representar frente a la norma constitucional originaria. Hace excepción a la regla, el tratado internacional, como se verá en su oportunidad.

16. El contenido normativo "agregado" a la Constitución material a través de las diversas modalidades ordinarias de institucionalización de derechos naturales, por causa del reconocimiento genérico del artículo 5º inciso 2º se proyecta, en principio, con *carácter de supremacía* sobre todo el ordenamiento jurídico estatal, garantizando su unidad substancial. Por mandato de la propia Carta Fundamental dicho contenido se sobrepone, en efecto, como un límite al poder soberano del Estado, imponiéndose, consecuentemente, a todos sus órganos. Estos asumen el deber de respetarlo y promoverlo, independientemente de cual haya sido la modalidad específica de su institucionalización.

Lo dicho parece entrar en contradicción con la afirmación, según la cual, la incorporación del contenido normativo a la Constitución material proveniente de las modalidades ordinarias de institucionalización no altera esencialmente la situación de jerarquía relativa en que se encuentran los preceptos por medio de los cuales se materializan formas de institucionalización distintas de la "Constitucional originaria". Ilustrando la idea ¿Cómo afirmar, por una parte, que un derecho natural institucionalizado por vía de ley ordinaria adquiere preeminencia en el ordenamiento jurídico subordinando a los órganos del Estado y, por otra, que la ley de reforma constitucional sigue siendo jerárquicamente superior a ella? La respuesta es simple y derivada de la siguiente premisa básica: la validez jurídica de una norma determinada del ordenamiento jurídico debe estar condicionada por su conformidad con la norma constitucional. Por lo tanto, si bien es cierto que el precepto institucionalizante ordinario (piénsese en el tratado internacional o en una ley ordinaria) queda expuesto a una derogación o modificación proveniente de una categoría normativa jerárquicamente superior (ley de reforma constitucional), la validez jurídica de aquellas se ve condicionada por su conformidad a los requerimientos de los principios y normas constitucionales en términos de garantizar un mejoramiento relativo de la condición de derechos humanos en Chile. En consecuencia, si ese mejoramiento efectivamente se produce, la derogación o la modificación podrá ser considerada técnicamente como tal; de lo contrario estaremos frente a una violación de la Constitución, expuesta por lo tanto a todos los mecanismos de control destinados a garantizar el principio de supremacía constitucional.

De esta manera se satisface la exigencia constitucional según la cual el precepto institucionalizante de un derecho esencial de la naturaleza humana se sobrepone a la voluntad de los órganos del Estado. (4)

4 Téngase presente que, si bien es cierto, que de conformidad con el principio de legalidad judicial (artículos 19 N° 3 inciso 5º y 74 de la Carta Fundamental) el tribunal debe siempre respetar la institucionalización realizada por medio de ley y juzgar en consecuencia, si puede, en cambio, declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal contrario al derecho que, en su concepto, satisface la exigencia constitucional de ser "una emanación esencial de la naturaleza humana"; ello torna jurídicamente posible la institucionalización jurisdiccional del derecho natural en cuanto tal.

17. La incorporación de los "derechos naturales esenciales" a la Constitución material los coloca necesariamente bajo el amparo de los mecanismos de control de constitucionalidad previstas en la Carta Fundamental para la salvaguarda del principio de supremacía material de la Constitución. Ello, porque los preceptos por medio de los cuales se ha producido la institucionalización entran a participar de la *jerarquía constitucional material*.

En consecuencia, cualquier decisión normativa o actuación que indebidamente redunde en amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de esos derechos, queda expuesta al poder rectificador de las garantías constitucionales, en cuanto les sean aplicables, porque no sólo transgreden el precepto por medio del cual se produce la institucionalización (el tratado, la ley o la resolución judicial) sino además el reconocimiento y mandato constitucional en que se sustentan. Es precisamente el sentido interpretativo que fluye de las expresiones "tales derechos *garantizados* por esta Constitución" contenidas en el inciso 2º del artículo 5º reformado. En su caso, y dependiendo de las circunstancias concurrentes, serán procedentes respecto de estos derechos los mecanismos de control jurisdiccional (recurso de protección, sólo respecto de los contenidos amparables por esta acción, recurso de amparo, inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entre otros); político (simple fiscalización política y juicio político o acusación constitucional); mixto (Tribunal Constitucional); administrativo (especialmente el que se materializa a través de la Contraloría General de la República); y castrense (Consejo de Seguridad Nacional). A estos mecanismos se agregan, por cierto, los contemplados en los correspondientes preceptos por medio de los cuales se produce la institucionalización, como por ejemplo, los del tratado o la ley.

En conclusión, una violación a los preceptos del tratado, la ley o la resolución judicial por medio de los cuales se ha producido la institucionalización de un derecho como emanación esencial de la naturaleza humana, es, además, una violación a la Constitución. La transgresión a los "derechos incorporados" es, pues, indefectiblemente ambivalente.(5)

III. REGIMEN CONSTITUCIONAL DEL TRATADO INTERNACIONAL EN CUANTO MODALIDAD DE INSTITUCIONALIZACION DE DERECHOS HUMANOS.

Sumario:

1. Explicación general.
2. Promoción jerárquica del tratado como modalidad de institucionalización de derechos.

5 Ilustrando la idea, si por medio de un decreto supremo se desconoce un derecho natural institucionalizado como tal a través de una ley, ese decreto no sólo adolece de ilegalidad, sino también, de inconstitucionalidad, quedando expuesto, entre otros controles, al que pudiera materializarse por la vía del tribunal constitucional.

3. Mayor eficacia y estabilidad relativa del tratado-modalidad de institucionalización.
4. El tratado-modalidad de institucionalización como efectivo mecanismo secundario de reforma constitucional.
5. Poder jurídico vinculatorio inmediato del tratado-modalidad de institucionalización.
6. Síntesis de las características del tratado-modalidad de institucionalización.

1. De entre todas las modalidades ordinarias de institucionalización de derechos naturales la Constitución de 1980 sólo menciona de una manera expresa el tratado internacional. Según creemos haber demostrado, todas las modalidades ordinarias tienen cabida en el sistema jurídico-constitucional chileno y, consecuentemente, gozan del reconocimiento que les garantiza validez y eficacia jurídicas. Pero únicamente el tratado internacional en cuanto vía de institucionalización de derechos ha recibido explícito reconocimiento constitucional. Ello, a nuestro juicio, pone de manifiesto el propósito del Constituyente de configurar respecto de esta categoría de tratados -no, por cierto de todos- un régimen jurídico muy particular que lo resitúa dentro del sistema normativo general con perfiles que aseguran su preeminencia y eficacia relativas.

Las características más sobresalientes de esta categoría de tratados de acuerdo con el nuevo régimen constitucional al cual quedan afectos, son, a nuestro entender, las siguientes:

- a) Promoción de su jerarquía normativa;
- b) mejoramiento de su eficacia y estabilidad relativas;
- c) efectivo mecanismo secundario de reforma constitucional;
- d) poder jurídico vinculante inmediato.

Las características enunciadas no emanan, como a primera vista pudiera pensarse, de la naturaleza intrínseca del tratado o, recordando a Kelsen, del hecho de ser una norma del Derecho Internacional el fundamento de validez de los ordenamientos jurídicos internos, sino básicamente de la propia Constitución, según tendremos oportunidad de apreciar.

2. Promoción jerárquica del tratado en cuanto modalidad de institucionalización de derechos humanos.

2.1. El reconocimiento constitucional de los "derechos naturales esenciales que emanan de la naturaleza humana" y que se encuentran garantizados por tratados internacionales, así como el mandato constitucional de respeto y promoción de los mismos impuesto a los órganos del Estado, sin excepción, ha tenido a nuestro juicio la virtud de modificar en cierta medida la posición relativa de este tipo de instrumento en la jerarquía normativa.

2.2. En general, la situación del tratado de nuestro sistema jurídico

constitucional parece haber sido tradicionalmente equivalente a la de la ley desde el punto de vista de su jerarquía normativa, independientemente de las exigencias del Derecho Internacional. La Constitución de 1980, lo mismo que antes de la Constitución de 1925, engloba al tratado y a la ley dentro de la expresión genérica "precepto legal", cuando individualiza el tipo de fuente formal del Derecho contra la cual procede el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80). Por su parte el artículo 82 N° 2 extiende el control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional a los proyectos de ley a los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

De lo anterior parece desprenderse por una parte, que tanto ley como tratado son preceptos de rango legal y que, por tanto, poseen una jerarquía substancialmente similar; por otra parte, resulta claro, que ambos instrumentos jurídicos son susceptibles del control de constitucionalidad preventivo y represivo, según sea el caso, y que, en consecuencia, revisten una jerarquía normativa inferior a la de la Constitución, idea que refuerzan las disposiciones de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental (6).

En consecuencia normalmente las disposiciones de un tratado prevalecen sobre las de una ley si cronológicamente se ha dictado con posterioridad a ella y los preceptos de una ley sobre los de un tratado anterior, cuando todas estas normas confluyen sobre una misma materia, independientemente de la problemática que esto pueda generar en el plano del Derecho Internacional.

- 2.3. Pues bien, esta situación, a nuestro juicio, ha sido alterada significativamente por la reforma constitucional al artículo 5°, respecto de los tratados que garantizan "derechos naturales esenciales". Su expreso reconocimiento, en efecto, va aparejado de un mandato constitucional de respeto y promoción impuesto indiscriminada y perentoriamente sobre todos los órganos del Estado. Como, por cierto, entre los órganos del Estado se cuentan el órgano constituyente derivado y el legislativo, el tratado parece adquirir preeminencia sobre la ley de reforma constitucional y la ley ordinaria: éstas no podrían, en consecuencia, derogar o alterar substancialmente el tratado sin infringir el mandato constitucional del inciso 2° del artículo 5°. El órgano constituyente derivado tampoco podría válidamente derogar o alterar substancialmente la norma constitucional que establece el *mandato* referido sin comprometer el principio fundante, mucho más amplio y general: reconocimiento constitucional de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Lo anterior determinaría la inconstitucionalidad de la derogación, puesto que los principios o

6 El Tribunal Constitucional por sentencia de 21 de Diciembre de 1987 expresó que "las normas constitucionales en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones de los tratados internacionales ley; y la Corte Suprema por sentencia de 19 de Julio de 1988 declaró que el ejercicio de un recurso jurisdiccional de carácter constitucional, como es el de Protección, no puede quedar sin aplicación respecto de funcionarios diplomáticos, atendido que lo dispuesto en la Carta Fundamental prevalece respecto de prerrogativas establecidas en tratados internacionales que conforman el ordenamiento jurídico regular". (Fallos citados por S. Benadava "Derecho Internacional Público". Editorial Jurídica de Chile, 3a. ed., 1989, págs. 75 y 76).

bases fundamentales -y sostenemos que el principio mencionado lo es- revisten el carácter de inamovibles. Sólo el constituyente originario estaría en situación de pasar sobre ellos, pero eso supone la ruptura del proceso institucional regular. Como hemos dicho en otra parte de este estudio la garantía constitucional positiva de la fijeza de tales principios está representada por el numerando 2º del artículo 82 que *faculta al tribunal constitucional para resolver -a requerimiento de partes- las cuestiones de constitucionalidad surgidas a propósito de una reforma constitucional.*

- 2.4. Como el fundamento último de la mayor jerarquía relativa que la Constitución parece haber asignado a este tipo de tratado radica en la necesidad de salvaguarda de la dignidad humana, ella sólo podría mantenerse, creemos, en la medida que el tratado constituya un efectivo mejoramiento de la condición de derechos humanos en Chile o, en otros términos, en la medida que su derogación o reforma pueda llegar a significar un deterioro o menoscabo de la misma. En última instancia la cuestión deberá resolverse con la intervención del Tribunal Constitucional (Artículo 82 N° 2 de la Constitución) o de la Corte Suprema (artículo 80 de la Constitución), según sea el caso.

Lo anterior pone de manifiesto que la mayor jerarquía relativa del tratado no es absoluta, puesto que -desarrollando el sentido de la idea- se encuentra expuesto a la derogación o modificación proveniente de una ley de reforma constitucional o de una ley ordinaria cuyos contenidos normativos puedan llegar a representar respecto del tratado un mejoramiento comparativo de la condición de derechos humanos predominante. Se trata, pues, de una preeminencia jerárquica condicionada o relativa de la que, por lo demás, participa cualquiera de los preceptos por medio de los cuales resulta jurídicamente posible la institucionalización de derechos. Desde este punto de vista el tratado no se diferencia esencialmente de las demás categorías normativas y, especialmente, respecto de la ley, ya que todas se benefician indistintamente de la jerarquía condicionada que proporciona la aplicación del mandato constitucional de respeto y promoción a que se refiere el artículo 5º inciso 2º.

- 2.5. Hay sin embargo, dentro del ámbito de aplicación del tratado, una zona en que el mandato constitucional de respeto y promoción del artículo 5º inciso 2º parece producir efectos absolutos, reconociéndose al tratado una real superioridad jerárquica respecto de la ley ordinaria e incluso, de la ley de reforma constitucional. Me refiero concretamente a la imposibilidad en que se encuentran los órganos internos de modificar unilateralmente los contenidos normativos del tratado cuando de ello pueda derivarse un perjuicio para el interés de los demás Estados-parte. Ello porque el "mejoramiento" en la condición de los derechos humanos es una cuestión que jurídicamente se vincula no sólo a la "libertad" de las personas, sino también a la "seguridad" de los Estados y, consecuentemente, lo que para unos constituye un mejoramiento para otros podría llegar a significar una situación de

riesgo. Pues bien si para el Estado chileno sólo el "mejoramiento" fundamenta jurídicamente una modificación a la normativa constitucional reguladora de los derechos básicos originales, el mismo criterio de evaluación deba adoptarse respecto de otros Estados vinculados a Chile por la relación del tratado. Desde esta perspectiva, el tratado internacional afirma su jerarquía en términos absolutos sobre la ley de reforma y la ley ordinaria en cuanto mediante éstas no resulta jurídicamente posible producir una derogación o modificación unilateral.

En conclusión el tratado está expuesto a una eventual modificación por medio de una categoría normativa jerárquicamente superior, o bien, una categoría normativa jerárquicamente similar pero cronológicamente posterior, siempre y cuando ella represente un mejoramiento relativo de la condición de derechos humanos en Chile y su concreta aplicación se vincule sólo al interés nacional. De lo contrario el tratado conserva, por aplicación del mandato constitucional del artículo 5º inciso 2º, lo que hemos denominado una mayor jerarquía relativa o condicionada respecto de la ley de reforma y de la ley ordinaria. En cambio el tratado goza de una mayor jerarquía en términos absolutos respecto de la ley de reforma constitucional y la ley ordinaria cuando su eventual derogación o modificación pudiera llegar a comprometer el interés de los Estados-partes. Así la modificación unilateral del tratado resulta jurídicamente improcedente si de ello se deriva un perjuicio para los Estados-parte, aún cuando en lo interno su aplicación pudiera representar un beneficio.

- 2.6. El hecho de que, por una parte, las normas del tratado se incorporen a la Constitución material y, por otra, se sobrepongan jerárquicamente a las decisiones de los órganos del Estado, sin excepción, no puede llevar a la conclusión de que hayan alcanzado el rango propio de la norma constitucional en sentido formal, ni, mucho menos, que se sitúen por sobre ella.

Lo anterior, porque si bien se incorporan a la Constitución pasando a integrar su estructura normativa y consecuentemente aprovechando las garantías y procedimientos de la supremacía material, no han podido participar de la elaboración de la Constitución formal y adquirir por tanto la fijeza y estabilidad que dan un procedimiento de reforma destinada a garantizar la rigidez normativa. Ahora, si el tratado se encuentra jerárquicamente por encima de la ley de reforma constitucional ello, por cierto, no es atribuible a una supuesta preeminencia sobre la Constitución. Lo anterior básicamente por dos razones:

- el origen de la supremacía del tratado sobre las decisiones normativas de los órganos del Estado, arranca de la propia Constitución y no de una pretendida superioridad jerárquica que intrínsecamente pudiera corresponder, de modo eventual, al tratado; y

- la supremacía jerárquica del tratado sobre la ley de reforma y la ley ordinaria de modo implícito se encuentra constitucionalmente subordinada a la condición de representar el tratado un efectivo mejoramiento de la condición de derechos humanos en Chile, sea porque incorpora derechos o contenidos que la Constitución no contempla, sea porque fortalece su eficacia jurídica.

El tratado deviene inconstitucional en todo aquello que represente una reducción o un desmejoramiento de la normativa constitucional en materia de libertades y derechos, lo que pone de manifiesto que sigue subordinado jerárquicamente a la Constitución; la Constitución es como el piso que el tratado no puede rebajar.

El control de constitucionalidad que realiza la Corte Suprema conociendo del recurso de inaplicabilidad y el Tribunal Constitucional de los requerimientos a que se refiere el artículo 82 N° 2 en relación con sus incisos 4º, 5º y 6º, siguen siendo aplicables respecto de este tipo de tratados (aquellos que menciona al artículo 5º inciso 2º), aunque con alcances diferentes y más limitados que respecto de los tratados ordinarios, según tendremos oportunidad de apreciar más adelante al observar el comportamiento del tratado como mecanismo secundario de reforma constitucional.

3. Mayor eficacia y estabilidad relativas del tratado como modalidad de institucionalización de derechos.

- 3.1. De todas las formas o modalidades de institucionalización de los "derechos naturales esenciales" la que hemos denominado "institucionalización constitucional", es decir, por medio de una norma de rango constitucional, originaria o derivada, es, sin duda, la más perfecta, especialmente desde el punto de vista de su estabilidad y eficacia jurídicas. La estabilidad se encuentra asegurada por la rigidez del procedimiento de reforma y la eficacia por la plena e integral procedencia de todos los mecanismos y procedimientos para el control del principio de supremacía constitucional.

La situación en que se encuentra la institucionalización por vía de tratado es, en buena medida, equiparable a la de la institucionalización constitucional, con las diferencias y particularidades que luego se expresarán.

Redunda igualmente en un incremento de la eficacia del tratado como modalidad de institucionalización de derechos la modificación que, en el ámbito de las normas internas que regulan la entrada en vigencia de los tratados, ha venido a significar, a nuestro juicio, la reforma constitucional al artículo 5º.

Para facilitar la comprensión de este problema téngase presente que el artículo 5º modificado condiciona el reconocimiento constitucional de los

derechos garantizados por el tratado, entre otras exigencias, al hecho de que el tratado se encuentre vigente. Pues bien, con respecto a este punto tradicionalmente se ha suscitado la cuestión derivada del conflicto de regulaciones concurrentes: ordenamiento interno y ordenamiento internacional no han sido coincidentes cuando se trata de determinar con precisión el momento a partir del cual el tratado internacional entra en vigor.

Las normas del Derecho Internacional prescriben, como primera regla, que debe estarse a lo dispuesto en la convención. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales, disponen que entrarán en vigencia a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Si la convención nada dispone rige voluntariamente el artículo 24 de la Convención de Viena: "el tratado entra en vigor desde que existe constancia que los Estados pactantes han expresado su voluntad de obligarse", lo que para el Derecho Internacional se produce normalmente con el canje de ratificaciones o depósito de las adhesiones; la ratificación es el acto por el cual los Estados pactantes expresan, en el ámbito internacional, su consentimiento en obligarse por el tratado, y el canje de ratificaciones y depósitos de las adhesiones, no son sino modalidades reconocidas por el Derecho Internacional para dar a conocer formalmente la voluntad de obligarse. Por tanto técnicamente el tratado entra en vigor a partir del canje, o depósito, de las ratificaciones, o adhesiones, respectivamente, ya que sólo entonces existe oficialmente constancia en el plano internacional de la recíproca voluntad de obligarse por el tratado.

Desde el punto de vista del ordenamiento interno la solución es muy diferente: la entrada en vigencia del tratado queda subordinada al integral cumplimiento de los trámites de los cuales depende su incorporación al ordenamiento interno y que son la promulgación y publicación. De manera que mientras no se cumplan esos trámites, el tratado no es parte integrante del Derecho interno y, por consiguiente, no puede ser invocado por los nacionales frente al Estado.

Se da, pues, el absurdo que el cumplimiento de las obligaciones del tratado pueda ser exigido por los demás Estados pactantes respecto de aquel que ha omitido la consumación de los trámites internos, sin que este último, por su parte, se encuentre vinculado jurídicamente frente a sus nacionales (7).

¿A cuál de las dos soluciones adhiere la Constitución en el artículo 5º inciso 2º?

7 La Corte Suprema declaró en Septiembre de 1984 que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no obstante haber sido ratificado y promulgado por el Gobierno chileno, carecía de fuerza jurídica vinculante respecto de los nacionales, por haberse omitido la publicación en el Diario Oficial.

A nuestro juicio respecto de los tratados ordinarios no se ha producido innovación alguna.

Respecto de los tratados internacionales por medio de los cuales se institucionalizan "derechos naturales esenciales", la situación, a nuestro juicio, parece haberse definido con claridad a partir de la reforma del artículo 5º inciso 2º de la Constitución.

Una adecuada y coherente interpretación del artículo 5º reformado lleva a la conclusión que la única solución compatible con sus disposiciones y los requerimientos de la doctrina jus naturalista subyacente es precisamente la del Derecho Internacional. Ello, no por imposición de un ordenamiento exógeno, sino porque la lógica de los principios y disposiciones constitucionales conduce inevitablemente a ella:

- a) La concepción jus naturalista obliga a concluir que los preceptos constitucionales reconocen la validez y eficacia jurídicas de los "derechos naturales" independientemente, en esencia, de su específica modalidad de institucionalización. La causa última de los derechos está en la "naturaleza humana" y no en los preceptos jurídicos, que sólo se limitan a reconocerla como fuente originaria de tales derechos;
 - b) En consecuencia, la remisión al tratado no puede explicarse fundamentalmente en consideración al cumplimiento de exigencias puramente adjetivas sino, más bien, teniendo en vista que el tratado, como instrumento de integración y cooperación internacional, aparece más estrechamente vinculado al carácter universal de la naturaleza humana.
 - c) Adviértase, por otra parte, que la ratificación o la adhesión al tratado y luego el canje o el depósito, respectivamente, ponen de manifiesto una recíproca voluntad de obligarse fundada precisamente en el reconocimiento que se dispensa a los derechos objeto del tratado. Nada puede justificar que luego de la consumación de esos trámites el Estado pactante se excuse del cumplimiento de obligaciones libremente contraídas y, de hecho, abjure del reconocimiento dispensado, bajo el pretexto de no haberse satisfecho exigencias adjetivas que sólo dependen de su propia voluntad. Ello significa en la práctica subordinar el cumplimiento de la obligación asumida por el tratado a la satisfacción de una condición puramente potestativa: "me obligo si quiero".
- 3.2. En lo que respecta a su eficacia, como ya se ha explicado, el tratado se beneficia no sólo de los mecanismos de control por él mismo instituidos sino también -como por lo demás ocurre con todas las modalidades de institucionalización por medio de las cuales resulta posible incorporar nuevos derechos o contenidos a la Constitución- en la propia Carta Fundamental.
 - 3.3. La mayor estabilidad relativa del tratado, por su parte, deriva de las siguientes causas:

- a) Mayor jerarquía normativa adquirida a partir de la reforma de 1989, de acuerdo con lo explicado en los párrafos que preceden, y que lo vuelve comparativamente menos vulnerable ante la eventualidad de una modificación unilateral.
- b) Imposibilidad jurídica de derogar el principio constitucional específico de reconocimiento de los derechos institucionalizados por vía de tratado mediante una reforma constitucional, sin incurrir en la inconstitucionalidad que representa el comprometer la efectividad del principio más general de reconocimiento constitucional a los derechos de la naturaleza humana (artículo 5º inciso 2º, primera parte).
- c) Imposibilidad jurídica de desconocer unilateralmente un tratado internacional que garantiza derechos humanos sin comprometer la vigencia del principio constitucional específico de reconocimiento de los derechos del tratado (artículo 5º inciso 2º segunda parte) y, en consecuencia, el principio más general fundante (artículo 5º inciso 2º primera parte), sea que ese desconocimiento se haya materializado por vía de reforma constitucional, por medio de una ley ordinaria o de la resolución judicial.
- d) Contribuye igualmente a la estabilidad del tratado en cuanto modalidad de institucionalización de derechos humanos, la modificación que, en el ámbito de las normas que regulan la terminación de los tratados, ha significado, a nuestro juicio, la reforma constitucional al artículo 5º inciso 2º.

En lo que respecta a la terminación del tratado, es decir, a la cesación de sus efectos luego de haber entrado en vigencia, cabe preguntarse si las causales que ordinariamente, de acuerdo a las prácticas del Derecho Internacional, tienen la virtud de ponerle término, se aplican indiscriminadamente a los tratados por medio de los cuales se institucionalizan "derechos naturales".

Hemos afirmado antes que, en general, los órganos que intervienen en la institucionalización de los denominados "derechos naturales" no se ven luego privados de sus potestades ordinarias para derogar o modificar los preceptos a través de los cuales esa institucionalización se ha producido, por el hecho de haberse ellos incorporado a la Constitución material.

Explicamos, igualmente, que en tales casos tampoco se originaría una transgresión a los preceptos del artículo 5º inciso 2º. Pues bien, la situación es distinta respecto de los tratados que garantizan derechos humanos. Este cambio de reglas obedece a la situación de preeminencia que la Constitución parece haber asignado al tratado destacándolo expresamente de entre todas las posibles modalidades de institucionalización de derechos naturales. De modo explícito en efecto, la Constitución impone perentoriamente a todos los órganos del Estado, el mandato de respetar y promover los derechos garantizado en tratados internacionales. Si pudieran ellos, al margen de toda limitación reguladora de su acción, confabularse con miras a obtener la

terminación del tratado que los limita, el mandato constitucional quedaría inevitablemente burlado y el propósito fundamental de transformar a los "derechos naturales esenciales" en límites del poder soberano del Estado devendría una consagración puramente nominal, carente de real efectividad.

De ahí es que estimamos que ninguna causal de terminación que suponga para su consumación de la iniciativa de los órganos internos (Gobierno y Congreso) resulta constitucionalmente aceptable, si de su aplicación habrá de derivarse una situación de deterioro o menoscabo para los derechos humanos, sea porque se les suprima total o parcialmente, se reduzcan sus contenidos o alcances, o se debilite su real eficacia. La "denuncia" o el "retiro", en tales circunstancias, devienen inconstitucionales. La propia Convención de Viena las considera improcedentes cuando, no habiendo sido previstas en la propia Convención (caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), resultan inconciliables con la naturaleza del tratado, lo que precisamente ocurre con los tratados sobre derechos humanos (artículo 56).

De lo anterior se concluye que no devienen inconstitucionales causales de terminación gestadas a iniciativa del Gobierno chileno que claramente persigan el mejoramiento de la situación de derechos humanos. Tampoco, por cierto, aquellas que sean imputables a otros Estados pactantes, considerando la naturaleza convencional del tratado.

La previsión convencional de causales, tales como, "la llegada del plazo" o el "cumplimiento de una condición resolutoria", devienen a nuestro parecer, inconciliables con el carácter universal y absoluto de los derechos naturales. Igual consideración cabe formular respecto del "cambio fundamental de circunstancias", sobre todo considerando la prevención constitucional del inciso 2º del artículo 7º: "ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias...". Similares observaciones son procedentes en relación con la "violación grave", como causal de terminación del tratado: el mal de unos no justifica esencialmente el mal de otros.

4. El tratado internacional como modalidad de constitucionalización de derechos humanos es un efectivo mecanismo secundario de reforma constitucional.

4.1. Según se ha explicado, las diversas modalidades de institucionalización configuran vías jurídicamente idóneas en orden a la incorporación de nuevos derechos o contenidos a la Constitución material, con miras al mejoramiento de la condición de derechos humanos en Chile.

Esta incorporación se encuentra condicionada en su duración el período de vigencia del precepto por medio del cual se produce la institucionalización y, durante todo ese período, aprovecha de las garantías y mecanismos procedimentales previstos en la propia Carta Fundamental para la salvaguarda del principio constitucional.

- 4.2. Pues bien, de lo anterior puede concluirse que las modalidades ordinarias de institucionalización (tratado, ley, resolución judicial), representan en cierta medida, procedimientos de reforma secundarios de la Constitución cuya importancia y significación se encuentran en relación proporcional directa al grado de estabilidad propio de la decisión normativa por medio de la cual se produce la institucionalización.
- 4.3. El procedimiento de reforma inherente al tratado en cuanto modalidad de institucionalización es potencialmente más efectivo y radical que el que involucran las demás vías de institucionalización ordinarias. Ello porque mientras éstas últimas jurídicamente sólo pueden incorporar preceptos en relación de "diferenciación por adición con la Constitución", el tratado, en cambio, puede además incorporar preceptos "diferenciados por contradicción".

En otros términos sostenemos que el criterio de evaluación de constitucionalidad del tratado como modalidad de institucionalización de derechos debe fundarse no tanto en la existencia de una contradicción objetiva con los preceptos de la Constitución, sino esencialmente en la existencia o inexistencia de un efectivo mejoramiento de la condición de derechos humanos en Chile, sea que él se obtenga por la incorporación a la Constitución de un contenido normativo diferenciado por agregación o adición, o bien, por la incorporación de normas en relación de contradicción con ella. Se trata, por cierto, de un criterio de evaluación mucho más restringido que aquel que técnicamente es dable aplicar a las otras modalidades ordinarias de institucionalización de derechos (ley ordinaria, resolución judicial). En estos casos, "el mejoramiento" no puede obtenerse sobre la base de la incorporación de un material normativo objetivamente contrario a los preceptos constitucionales, puesto que ello importaría un grave compromiso del principio de supremacía formal de la Constitución. El criterio de evaluación debe ser, pues, necesariamente más amplio. Igualmente amplio debe ser respecto de tratados internacionales no destinados a garantizar derechos esenciales de la naturaleza humana.

Sin embargo, el criterio de evaluación de constitucionalidad que debe técnicamente aplicarse a las modalidades ordinarias de institucionalización de derechos distintas del tratado será necesariamente más restringido que el que, comparativamente, deba aplicarse a los preceptos o normas cuya finalidad no sea precisamente la de instituir derechos humanos, puesto que, en todo caso, poseen la virtud de incorporar contenidos normativos a la Constitución material.

- 4.4. Pues bien, ¿Qué razones justifican, en cambio, la aplicación de un criterio de evaluación de constitucionalidad más restringido respecto de los tratados que tienen por objeto garantizar derechos humanos?

A nuestro juicio, los siguientes:

- a) Si, por una parte, la Constitución hace residir, esencialmente, en la naturaleza humana la fuente originaria de los derechos que garantiza y, por otra, reconoce expresamente en el tratado y, tácitamente, en la ley o la resolución judicial, vías jurídicamente idóneas para institucionalizar "derechos naturales", ello no puede sino significar que el constituyente originario deliberadamente ha subordinado la soberanía estatal a las exigencias de la naturaleza humana independientemente de cuál sea la modalidad específica por medio de la cual se llegue efectivamente a otorgar al derecho la calidad de "derecho natural esencial". Al jerarquizar la naturaleza humana y relativizar, en cierto modo, la modalidad de institucionalización en sí, el constituyente ha querido colocar al derecho natural por encima de los soportes procedimentales y complejidades del ritual normativo.
- b) Si la naturaleza humana, en los términos que prescribe el tratado, la ley o la resolución judicial, según sea el caso, se manifiesta jurídicamente en derechos y contenidos que exceden de los reconocidos y garantizados expresamente en la propia Constitución (artículo 19), no puede técnicamente configurarse vicio de constitucionalidad alguno puesto que es la misma carta fundamental la que de antemano ha decidido subordinar el ejercicio del poder soberano a los derechos naturales esenciales, independientemente de si se encuentran o no consagrados de modo explícito en el texto constitucional. No es que el tratado, la ley o la resolución judicial terminen sobreponiéndose caprichosamente a la Constitución: es la propia Ley Fundamental la que así lo ha dispuesto (artículo 5º inciso 2º en relación con el artículo 1º inciso 1º) para la salvaguarda de la dignidad humana como valor supremo.
- c) La Constitución se limita a garantizar de un modo directo el mínimo de derechos, pero no se opone, esencialmente, a que ellos mismos o sus contenidos sean ampliados o mejorados por las vías de institucionalización que explícita o implícitamente reconoce.
- d) El compromiso de respeto y promoción de los derechos garantizados por el tratado sólo adquiere un significado práctico en la medida en que se está dispuesto a aceptar que posee la virtud de incorporar al sistema jurídico-constitucional derechos o contenidos capaces de *satisfacer, de una manera más efectiva e integral, las exigencias de la naturaleza humana* aún cuando eventualmente lleguen a significar su rectificación.
- e) El tratado en cuanto instrumento de integración y cooperación internacional aparece estrechamente vinculado al carácter universal de los derechos naturales y reconcilia a la Constitución con el progreso de los derechos humanos en el ámbito de su regulación jurídica, actualizándola permanentemente.

- 4.5. No obstante lo dicho en torno a la jerarquía que reviste el tratado como modalidad de institucionalización de derechos humanos y su virtud o potencialidad para mejorar la condición de éstos, sea mediante la incorporación a la Constitución material de un contenido normativo diferenciado por agregación, o bien, por contradicción, este tipo de tratado sigue subordinado a la Constitución. Ello, básicamente, porque su reconocimiento como tal o, que es lo mismo, su validez y eficacia jurídicas, arrancan de la propia Carta Fundamental. En consecuencia queda expuesto al control de constitucionalidad y, por ende, a todos los mecanismos y procedimientos destinados a garantizar la salvaguarda del principio de supremacía constitucional que, por su naturaleza, le sean aplicables, muy especialmente, el control preventivo del tribunal constitucional (artículo 82 N° 2) y el control represivo de la Corte Suprema (artículo 80).

Como el mejoramiento en la condición de derechos humanos supone su adecuación a las exigencias del bien común y, en consecuencia, según lo explicado en párrafos precedentes, de sus componentes básicos -los derechos y garantías constitucionales y la seguridad del Estado (artículo 1° inciso 4° y 5° en relación con el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental)- el tratado puede encontrarse en alguna de las siguientes hipótesis de inconstitucionalidad:

- a) Inconstitucionalidad por deterioro de los derechos o contenidos básicos institucionalizados por la norma constitucional originaria (derechos básicos originarios). En esta hipótesis el tratado incurre en vicio de constitucionalidad por "rebajar" el piso que en materia de derechos humanos representa la Constitución originaria o la Constitución validamente reformada, en razón de una negación o desconocimiento directo de los derechos o contenidos básicos originarios.
- b) Inconstitucionalidad por menoscabo a la esencia de los derechos (artículo 1° inciso 4°m 5° inciso 2° y 9 N° 26). En la presente hipótesis el tratado no desconoce o niega de una manera directa los derechos y contenidos básicos originarios, pero incorpora nuevos derechos o contenidos que indirectamente terminan por afectar la esencia de los derechos básicos originarios, como si, por ejemplo, al exaltar la libertad de opinión e información se terminara afectando la esencia del derecho a la intimidad;
- c) Inconstitucionalidad por menoscabo o desconocimiento de las garantías constitucionales. El tratado, en este caso, sobrepone total o parcialmente sus propios mecanismos de control a los establecidos en la Constitución originaria o validamente reformada, tornándolos inconciliables.

Se desconoce así la prevención del inciso 4° del artículo 1° de la Carta Fundamental, que condiciona la materialización del bien común específico al pleno respeto no sólo de los derechos sino también de

las garantías constitucionales; y,

- d) Inconstitucionalidad por compromiso de la seguridad del Estado. Suponemos en esta hipótesis que el tratado ha sobrepotenciado los derechos de las personas menoscabando así el margen de seguridad que requiere el Estado para garantizar la estabilidad institucional, la paz interior o la seguridad exterior de la República (artículos 1º inciso 4º, 5º inciso 2º en relación con el artículo 24 inciso 1º y 2º de la Carta Fundamental), como si, por ejemplo, exaltara las libertades del terrorista en un momento histórico que por sus características amerita más bien una actitud restrictiva.

- 4.6. Como los derechos naturales, en razón de su propio carácter, no aceptan condicionamientos de orden temporal, tan válidos y eficaces, desde un punto de vista jurídico, son los institucionalizados, vía tratado, con posterioridad a la Constitución de 1980, como aquellos instituidos con anterioridad a ella. La propia Constitución otorga su reconocimiento a los derechos esenciales de la naturaleza humana al margen de todo condicionamiento cronológico y con la misma amplitud de criterio impone el mandato de respeto y promoción de los derechos garantizados por los tratados internacionales.

Pero, por otra parte, y como contrapartida, la superior exigencia de promover el Estado el bien común y de propender a su concreción en cada momento de la vida de la comunidad nacional, requiere de un proceso permanente de evaluación constitucional de los tratados, razón por la cual tan controlables en su constitucionalidad son los tratados vigentes con anterioridad a la Constitución de 1980 como aquellos que han entrado en vigencia con posterioridad a ella. De todos ellos depende parcialmente la materialización del bien común específico.

5. Poder jurídico vinculatorio inmediato del tratado como modalidad de institucionalización de derechos humanos.

- 5.1. El principio general que rige la ejecución de un tratado ordinario no es esencialmente distinto del que gobierna la ejecución de cualquier convenio: las obligaciones contraídas deben ser satisfechas exactamente en los términos pactados.

Por esta razón si el cumplimiento de las obligaciones se encuentra afecto a plazo, condición o modo, el sujeto pasivo posee el derecho de adecuar la ejecución del convenio a los requerimientos propios de tales modalidades.

- 5.2. La situación es distinta, a nuestro juicio, respecto de los tratados que garantizan derechos naturales esenciales, especialmente a partir de la reforma constitucional de 1989.

En estos casos, pensamos, no cabe esencialmente subordinar el cumplimiento de las obligaciones del tratado a las modalidades que ordinariamente se incorporan a los convenios. La cuestión tiene importancia práctica frente a la interpretación que debe darse a las disposiciones que postergan o condicionan las obligaciones del tratado a la materialización de reformas constitucionales o legales internas, o a la dictación de leyes que desarrollen o complementen los preceptos de la convención.

Las razones que sirven de fundamento a la conclusión según la cual el tratado que institucionaliza derechos tiene fuerza jurídica vinculante inmediata, son, a nuestro juicio, las siguientes:

- a) La Constitución coloca a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el sitio de límites al poder soberano del Estado. Es este un principio que se proclama en términos absolutos. Consecuentemente su realización práctica no puede quedar postergada o condicionada a la satisfacción de modalidades dilatorias;
- b) Los derechos naturales esenciales, una vez instituidos jurídicamente como tales, se benefician del reconocimiento constitucional y consecuentemente adquieren la validez y eficacia que torna posible su aplicación inmediata.

Los requerimientos de la naturaleza humana no pueden ser esencialmente postergados.

Existe clara constancia en Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución sobre la necesidad de no postergar la satisfacción de las pretensiones en torno a los derechos constitucionalmente reconocidos, por falta de ley que resuelva el conflicto, o ausencia de jurisdicción, competencia o procedimiento (Sesiones N° 213, 216 y 217, entre otras). Estas ideas terminaron concretándose en las disposiciones de los artículos 19, N° 3, 38 inciso 2° y 73 inciso 2° de la Constitución, vinculados tales preceptos a la norma del inciso 2° del artículo 5° que instituye el mandato de respeto y promoción de los derechos garantizados por el tratado, al margen de todo condicionamiento, permiten estructurar el fundamento constitucional normativo más directo de la hipótesis que se sustenta.

- c) Si cada vez que se institucionalizan innovaciones en materia de derechos humanos fuese necesario esperar la readecuación del ordenamiento interno, las posibilidades de su efectiva vigencia se tomarían ilusorias, puesto que la exigencia, al final de cuentas, pasaría a operar como maniobra dilatoria y los derechos naturales lejos de constituir limitaciones a la soberanía estatal se transformarían en disposiciones meramente programáticas.

- d) A diferencia de lo que ocurre en países como Inglaterra y otros de la Common Wealth en que la ratificación del tratado no va precedida de la correspondiente aprobación parlamentaria, en Chile este último trámite reviste el carácter de una exigencia constitucional casi absoluta. En el primer caso el tratado ratificado no puede aplicarse internamente sin previa dictación de la ley que, haciendo suyo el contenido normativo del tratado, permite la ejecución de las obligaciones contraídas.

En el segundo caso, lo anterior es improcedente, puesto que habiendo sido ya el tratado objeto de la consideración del Congreso, la dictación de una ley posterior para la incorporación de su contenido normativo al ordenamiento interno deviene superflua y reiterativa. De ahí es que este objetivo se cumpla sólo mediante la promulgación y publicación del tratado. Desde entonces debe entenderse oficialmente incorporado al ordenamiento normativo interno, adquiriendo fuerza jurídica vinculante.

Si así sucede respecto de cualquier tratado ordinario, con mayor razón tratándose de las convenciones internacionales que institucionalizan derechos humanos, es decir, derechos que se reconocen a todas las personas por su dignidad de tales, independientemente de su nacionalidad, religión, sexo o condición. Téngase presente a este respecto lo dicho en relación a la entrada en vigencia de los tratados como modalidad de institucionalización de derechos naturales.

El hecho de que el propio tratado que reconoce y garantiza derechos humanos contenga disposiciones que posterguen o condicionen el cumplimiento de lo pactado a la adopción, por parte de los Estados miembros, de normas destinadas a la readecuación del ordenamiento interno, sólo tiene significado práctico para aquellos Estados cuyas constituciones no contemplan principios y normas que, como los del artículo 1º y 5º inciso 2º de la Carta Fundamental chilena, proclaman abiertamente la concepción jus naturalista de los derechos, elevándolos a la categoría de límites de la soberanía estatal y garantizando su efectividad con un mandato perentorio de respeto y promoción impuesto sin excepciones a todos los órganos del poder.

Debe reconocerse, por cierto, que, en situaciones excepcionales, algunas de las disposiciones del tratado requieran para su efectiva e integral aplicación de la dictación de normas internas que la hagan posible.

Es precisamente lo que sucede con aquellas disposiciones del tratado que se remiten a la ley del Estado para la configuración de un tipo delictivo o el establecimiento de la infraestructura orgánica destinada a la administración de prestaciones económicas con miras a la satisfacción de derechos sociales u otros de semejanza naturaleza.

Descartamos aquellas postergaciones o condicionamientos que tienen su origen en la insuficiencia actual de recursos materiales o de personal

especializado, que no tienen relación directa con el problema planteado. Al margen de ellos, y especialmente en lo que respecta al ámbito de los derechos civiles y políticos, las remisiones a la ley interna para la regulación de su ejercicio, en modo alguno podría llegar a significar un pretexto para denegar su reconocimiento y protección efectivos.

- e) Si la aplicación efectiva del tratado quedara condicionada a la materialización de una enmienda constitucional, aun prevista en el propio tratado, implícitamente se estaría sobrejerarquizando la reforma constitucional respecto de la constitución originaria, puesto que el mandato de respeto y promoción de los derechos que ella impone perentoriamente a los órganos del Estado -incluido el constituyente derivado- se vería comprometido en su eficacia al quedar entregado a la voluntad de éste último.

En esencia el mismo argumento cabe formular cuando el condicionamiento se encuentra subordinado a la dictación de una ley, caso en el cual el cumplimiento del mandato queda entregado a la voluntad del legislador en perjuicio de la supremacía de la Constitución y del tratado.

6. Síntesis de las características del tratado en cuanto modalidad de institucionalización de derechos naturales.

Recapitulando lo dicho en párrafos anteriores se concluye:

1°. Que la Constitución en su artículo 5°, inciso 2°, otorga expreso reconocimiento a los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, de lo cual se deduce que acepta su validez jurídica y les otorga plena eficacia desde el punto de vista de los mecanismos procedimentales de control que ella establece para la protección de los derechos;

2°. Que el tratado en cuanto modalidad de institucionalización de derechos humanos, lo mismo que cualquier otra fuente normativa ordinaria por medio de la cual se institucionalizan derechos de esa naturaleza (ley, sentencia judicial), se sobrepone, mientras conserve su vigencia, a todos los órganos del Estado, de acuerdo con el mandato constitucional de respeto y promoción de los derechos establecido en el inciso 2° del artículo 5°;

3°. Que de lo anterior se deduce que el tratado -así como las demás modalidades ordinarias de institucionalización de derechos humanos (ley, resolución judicial)- en cuanto tales poseen circunstancialmente una jerarquía normativa superior a cualquiera otra fuente formal, incluida la ley de reforma constitucional, desde que el mandato de respeto y promoción de los derechos humanos a que se refiere el artículo 5° inciso 2° de la Constitución recae indistintamente sobre todos los órganos del Estado;

4º. Que lo anteriormente expuesto no significa que el o los órganos públicos que intervienen en la generación de las normas por medio de las cuales se institucionalizan derechos humanos pierdan su facultad para derogarla o modificarla, sin perjuicio del vicio de inconstitucionalidad que pudiera suscitarse en la eventualidad de que esa derogación o modificación llegara a representar un deterioro en la condición de derechos humanos vigentes en Chile, lo que necesariamente representaría una violación del mandato de respeto y promoción de derechos a que se refiere el artículo 5º inciso 2º de la Constitución. Lo anterior porque la fuente normativa por medio de la cual opera la institucionalización no ve transmutada esencialmente su naturaleza; ella en efecto, de acuerdo con lo explicado en el cuerpo de este estudio, sólo se incorpora a la Constitución material y no a la Constitución formal;

5º. Que lo expresado en el punto 3º tampoco significa por tanto que se altere la relación de jerarquía intrínseca entre las diversas categorías normativas, de manera tal que, por ejemplo, una ley de reforma constitucional posea técnicamente la virtud de modificar el tratado, aunque sin perjuicio de la inconstitucionalidad que ello pudiera representar en la eventualidad de que esa modificación llegara a importar un deterioro en la condición de los derechos humanos vigentes en Chile, puesto que ello significaría una transgresión al mandato del artículo 5º inciso 2º;

6º. Que, de todo lo dicho se desprende que el desconocimiento del tratado, ley o decisión judicial por medio de los cuales se institucionalizan derechos humanos, puede eventualmente derivar en una infracción de la Constitución, de acuerdo con lo explicado en los puntos precedentes;

7º. Que la inconstitucionalidad que eventualmente puede generarse por la infracción, modificación o derogación de las normas por medio de las cuales se institucionalizan derechos humanos no obedece a que el tratado, la ley o la resolución judicial, según los casos, hayan cambiado esencialmente su naturaleza normativa y adquirido el rango de la norma constitucional originaria o derivada, sino al hecho de que dicha infracción, modificación o derogación afecta o puede llegar a afectar los preceptos constitucionales de los que arranca la validez y eficacia jurídica de las fuentes normativas institucionalizantes (artículos 1º y 5º inciso 2º principalmente);

8º. Que, sin embargo, la expresa referencia que el constituyente hace al tratado internacional como modalidad de institucionalización de derechos humanos parece evidenciar la concepción integracionista según la cual el tratado por su naturaleza es el vehículo más idóneo de unidad, concertación y uniformidad entre los pueblos y naciones del mundo y armoniza de mejor manera con el sentido universal de los derechos humanos. Ello unido a las características que de acuerdo con la doctrina jus naturalista se reconocen a los derechos del hombre constituiría el fundamento constitucional de diversas innovaciones en el régimen jurídico ordinario de los tratados internacionales que favorecerían al tratado como modalidad de institucionalización de derechos humanos. Tales innovaciones incidirían en los siguientes aspectos:

a) *Entrada en vigencia del tratado*, en cuanto ella no podría quedar

supeditada a la materialización de los trámites internos de los que ordinariamente depende la incorporación de las normas de los tratados al ordenamiento nacional, ya que ello significaría dejar entregada la vigencia de los derechos humanos al cumplimiento de una condición puramente potestativa, como sería la promulgación y la publicación del tratado, lo que obviamente favorecería el fraude a la Constitución. El tratado en cuanto modalidad de institucionalización de derechos humanos debiera, pues, entrar a regir desde el momento mismo en que se produce el canje o depósito de las ratificaciones o adhesiones, según el caso, no sólo en el plano de las relaciones internacionales sino también en el ámbito de las relaciones internas;

- b) *Terminación del tratado*, desde que por la naturaleza de los derechos que se institucionalizan, dejar entregado el régimen de extinción de este tipo de convenciones a las reglas ordinarias de terminación de los tratados terminaría favoreciendo el fraude a la Constitución, muy especialmente cuando la configuración de la causal de extinción supone la iniciativa de los órganos internos; y
- c) *Poder vinculatorio del tratado*, porque del mismo modo, supeditar la obligatoriedad de las normas de este tipo de convenciones a la materialización de modificaciones normativas internas, especialmente en el ámbito de los derechos civiles y políticos, y aún cuando la modificación haya sido prevista en el propio tratado, significaría condicionar la vigencia de los derechos humanos al cumplimiento de una condición puramente potestativa, favoreciéndose con ello el fraude a la Constitución que al establecer el mandato de respeto y promoción de los derechos humanos lo hace en términos absolutos. Se exceptúan los casos o situaciones que se indican en el cuerpo de este trabajo;

9º. Que es precisamente por las razones que se han sintetizado en el número anterior que resultaría jurídicamente posible concluir que el tratado como modalidad de institucionalización de derechos humanos ha visto realizada su jerarquía y estabilidad normativas después de la reforma al artículo 5º de la Constitución.