

## LA REFORMA DEL ARTICULO 5º DE LA CONSTITUCION CHILENA DE 1980 EN RELACION CON LOS TRATADOS (1)

PROF.: NATACHA PANATT K.

Dentro de las 54 reformas a la Constitución de 1980 que fueron aprobadas por amplia mayoría, en el Plebiscito celebrado el 30 de julio de 1989, se encuentran cuatro líneas que, por decisión del pueblo, fueron agregadas al artículo 5º de nuestra Carta Fundamental.

Dicho precepto quedó completado de la siguiente manera:

"Artículo 5º. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. ES DEBER DE LOS ORGANOS DEL ESTADO RESPETAR Y PROMOVER TALES DERECHOS, GARANTIZADOS POR ESTA CONSTITUCION ASI COMO POR LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE QUE SE ENCUENTREN VIGENTES".

Por el contexto en que fue incluida dicha modificación (artículo 5º, situado en el

---

1. Trabajo presentado en las XX Jornadas de Derecho Público de la Universidad de Valparaíso y adaptado por la autora para TEMAS DE DERECHO.

Capítulo I Bases de la Institucionalidad y que se refiere a la soberanía), los Constitucionalistas están, prácticamente, de acuerdo en que por este medio se elevaron los tratados sobre Derechos Humanos a la categoría de normas constitucionales.

Nos encontramos, entonces, ante dos clases de tratados, los que adquieren rango constitucional por referirse a los derechos humanos y los que no lo tienen por no caer en esa categoría.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, que reconoce actualmente al individuo como uno de sus sujetos, esta dualidad de tratamiento de los tratados en el derecho interno, no tendría mayor relevancia. Pero si se analizan las razones doctrinales que forzaron la inclusión del individuo como sujeto del Derecho de Gentes y que constituye la corriente de opinión unánime, nos encontramos muy pocas, poquísimas materias no relacionadas con la persona humana y esto sí, que cobra gran importancia ante la modificación del artículo 5° de la Constitución de 1980, como veremos más adelante.

Siguiendo el ejemplo de las modernas Constituciones europeas, que consideran a los tratados de igual jerarquía que la constitución misma, los constituyentes chilenos en sesión 367a del 9 de marzo de 1978 concluyeron: "Todos los miembros de la Comisión reconocen, por cierto y en esto la doctrina y la jurisprudencia son uniformes, que los tratados son superiores en jerarquía que las leyes, a pesar que los primeros estén sometidos en su formación a "los trámites de una ley", aunque se ha debatido el problema promulgatorio y sean en efecto aplicados como ley de la República".

Tal opinión unánime no fue reflejada en ningún acápite de la Constitución de 1980, pero forma parte de las Actas Constitucionales y es importante, ya que es uno de los elementos de interpretación por ser historia fidedigna de su establecimiento y más aún, en el caso que nos preocupa ya que, por Plebiscito, tal razonamiento fue apoyado y confirmado por el pueblo, aunque sólo para los tratados relativos a la persona humana.

Los constitucionalistas europeos, previendo que el Derecho Internacional Público es eminentemente evolutivo, y teniendo presente que los derechos humanos se han desarrollado a través de la historia siendo los primeros en reconocerse los que se refieren a los derechos civiles y políticos, cuya historia se remonta a la antigüedad y los que integran los sociales; económicos y culturales pertenecen a principios de este siglo y que aún son más jóvenes, los que se refieren al medio ambiente, pues estos últimos aparecieron en la década de 1950, estipularon en sus cartas fundamentales una clara y adecuada solución a posibles contradicciones entre ellas y los futuros tratados de derechos humanos: en caso de contradicciones, las constituciones serían reformadas antes de la ratificación del tratado que contuviera disposiciones contrarias.

El caso chileno es distinto. Tenemos una Constitución que establece un mecanismo de reforma que la hace difícil de modificar y los tratados de Derechos Humanos, ratificados por Chile en 1972, en vigor desde el 29 de abril de 1989 y ahora con rango constitucional contienen disposiciones contrarias a algunas de las normas de la Constitución.

Según la Convención de Viena sobre Derechos de Tratados, ratificada por Chile, publicada en el Diario Oficial del 23 de abril de 1981, pero suscrita en 1969, se establece que: "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustre el objeto y fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado ..." Chile, a pesar de haber firmado y ratificado los Tratados de los Derechos Civiles, Políticos y Sociales, Económicos y Culturales, posteriormente, incluyó en una nueva Constitución normas que no se compadecen con los textos internacionales aludidos libremente aceptados por nuestro país, y tales normas se encuentran en el articulado permanente de la Carta Fundamental, y no sólo en sus disposiciones transitorias, lo que podría ser justificable o no, según el punto de vista del que la analice.

1. Según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en 1969, ratificada por Chile y publicado su texto en el Diario Oficial del 22 de abril de 1981, incorporándola así al Derecho interno de nuestro país: "Todo tratado en rigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". En el tiempo intermedio entre la firma de un tratado y su entrada en rigor se aplica el artículo 18 del mencionado acuerdo internacional que establece la obligación del Estado firmante de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en rigor.

Siendo Chile uno de los países que habían manifestado su intención de llegar a ser parte de esta convención no podía, o mejor dicho, no debería haber contemplado en su nueva Constitución normas ni transitorias ni permanentes que están en desacuerdo con las establecidas en los Tratados Gemelos, que entraron en vigencia en el plano internacional, en 1978.

Tratados Gemelos es nombre genérico del Tratado de los Derechos Civiles, Políticos y Sociales, y del de los Derechos Económicos y Culturales debido a que desde su génesis se consideraron inseparables.

## SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO INTERNACIONAL.

Habría que distinguir, en los tres textos de Derechos Humanos que nos preocupan:

la Declaración Universal de Derechos Humanos  
el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  
y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

ratificados por Chile en 1976 y promulgado en abril de 1989 y publicado en mayo de 1989; a) cuáles son los derechos humanos que deben cumplirse obligatoriamente; b) los que dependen del desarrollo económico y cultural del país para poder hacerlo y; c) los que constituyen un ideal común por el que hay que esforzarse pero que, difícilmente son vinculantes por su característica de representar un anhelo.

Sólo a manera de ejemplo enumeraré algunos de las tres categorías.

- a) Deben cumplirse sin excusas, principalmente, los que a continuación se indican, sin ordenarlos según el texto en que se encuentren. El derecho a la vida, la igualdad jurídica, la libertad, y la seguridad personal, la irretroactividad de la ley penal, libertad de creencias religiosas, de opiniones y de pensamiento, de asociarse y de fundar o pertenecer a sindicatos; de reunión; de elegir y de ser elegido; al trabajo, derecho a remuneración justa; a poseer propiedad, ya sea individualmente o colectiva; a formar una familia; a una nacionalidad y a cambiarla si así lo desea; a la protección a los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sean autor; a que su intimidad sea respetada; a ser presumida su inocencia hasta que, en juicio imparcial, sea comprobada su culpabilidad; de la libre circulación dentro y fuera del país, etc.
- b) Dependen del desarrollo económico y cultural de cada Estado para que sean *implementados* los siguientes derechos: educación gratis para todos; protección social con derecho a jubilaciones o pensiones que les permitan vivir dignamente; remuneración suficiente por su trabajo; posibilidad igualitaria de justicia, ya que depende de tener o no asistencia judicial gratuita para todos; descanso y disfrute de las horas libres y vacaciones pagadas; y otras.
- c) Constituye un ideal, un anhelo el que los países deben esforzarse por lograr: Todos los seres humanos deben comportarse fraternalmente los unos con los otros: instrucción técnica y profesional generalizada; libertad del temor y de la miseria; plena capacidad del estado para ofrecer no sólo ocupación plena y productiva sino también libre elección de ella; total cobertura de salud física y mental; de asegurar una distribución equitativa de los alimentos, etc.  
Naturalmente que en el artículo 19 de la Constitución de 1980 se encuentran asegurados bajo el Título: "De los Deberes y Derechos Constitucionales" la totalidad de los que están contenidos en los tres textos internacionales referidos, además del número 8 del citado artículo que incluye el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

## SITUACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO INTERNO

Se debe analizar las normas que tenemos referidas a esta materia que se encuentren tanto en la Constitución, que actualmente nos rige, como en las leyes, estén o no codificadas, para así determinar si nuestro derecho interno está de acuerdo con los tratados que obligan internacionalmente a Chile, y, en caso contrario en qué aspectos nuestro país debe modificar su legislación interna para adecuarla a sus compromisos internacionales. Este es un punto muy importante ya que al aceptar Chile la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica lo que hizo en 1990 y de ser llevado a ella, se configuraría la causal de agotamiento de los recursos internos chilenos por el sólo hecho de no existir en nuestra legislación las normas internacionales que Chile se comprometió a dictar en el momento de ratificar los Pactos Gemelos. Dicha situación, de producirse, acarrearía la responsabilidad internacional del Estado, por constituir una violación a una obligación internacional contraída válidamente.

Veremos, entonces, nuestra Carta Fundamental y después las leyes pertinentes referentes a esta materia.

### 1. A rango constitucional

El problema por resolver es:

- a) si existe o no contradicción entre las normas de la Constitución de 1980 y los tratados de Derechos Humanos.
- b) si la respuesta es afirmativa habrá que determinar cuáles son las normas que deben ser cambiadas.

### 2. Tratados de Derechos Humanos y la Ley.

El problema por resolver es:

- a) ¿existen disposiciones legales contrarias a los tratados internacionales de Derechos Humanos que ahora adquirieron rango constitucional?
- b) si la respuesta es afirmativa habrá que determinar cuáles son las disposiciones que están tácitamente derogadas y/o la adecuación que debe producirse en el orden jurídico interno para cumplir con la norma constitucional.

### A rango constitucional.

Son pocas las contradicciones que se encuentran dentro de esta categoría ya que el artículo 19 "De los Derechos y Deberes Constitucionales" abarca prácticamente todos los derechos humanos, incluso en su número 8 se establece el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que no está contemplado en los tres

textos de Derecho Internacional Público en análisis.

La confrontación más importante, es la que se produce entre el artículo noveno de nuestra Carta Fundamental que establece en su inciso 3º: "no procederá respecto de estos delitos (terrorismo, en cualquiera de sus formas) la amnistía ni el indulto, como tampoco la libertad provisional respecto de los procesados por ellos. Estos delitos serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales"; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 6 número 4. "Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto a la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos". La Constitución es categórica al prescribir "No procederá ...", el Pacto, también es determinante al establecer "en todos los casos", expresión que deja fuera de dudas cualquier excepción que se intente hacer y la forma verbal condicional "podrá", debe interpretarse como la facultad que se otorga al Estado de analizar cada caso en particular para saber si el individuo es o no acreedor al indulto, pero, de ninguna manera, el rechazo del perdón del Poder Ejecutivo puede ser dirigido a una determinada especie de delito establecida en el texto constitucional.

Otras contradicciones se observan en el período en que el detenido debe ser llevado ante el juez que varía en el texto constitucional (artículo 19 N° 7 letra a y d) entre 24 horas, si el individuo fue sorprendido en delito flagrante, y 48 horas si es arrestado o detenido por orden de la autoridad competente. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 número 3 no da plazo sino que usa la fórmula "sin demora", para las mismas circunstancias señaladas, y tampoco exige que sea necesariamente puesto a disposición de un juez, ni que éste sea el competente según las normas procesales, sino que, a falta de él se puede llevar a la persona detenida o arrestada por infracción legal ante "un" juez u "otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales". El objeto de tal latitud en la norma es el de evitar casos de detenidos desaparecidos, por eso, cualquier magistrado u funcionario judicial es competente en caso de detención. Esta protección de la seguridad personal del inculcado es más amplia en el texto internacional y por su intermedio se altera o modifica nuestra norma constitucional al darle una competencia a funcionarios que no la tienen, lo que estaría vulnerando el artículo 7º, de la Constitución. "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale" cuya sanción constitucional es la nulidad. Por lo que si se cumple con el artículo 5º, modificado, y se acude a cualquier juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, tal acción sería

nula y originaría las responsabilidades y sanciones que la ley señala para estos casos en el plano interno. En cambio si se presenta al detenido ante el juez competente no existiría problema alguno, ya que la norma internacional es abierta y la nacional restrictiva. Pero en la primera hipótesis, si previene en el conocimiento un juez que no es competente según la ley chilena, se produce la colisión entre las tres disposiciones constitucionales ya mencionadas.

He mencionado aquí, sólo a vía de ejemplo, algunas de las disposiciones que obligarán a los tribunales de justicia a declarar cuál de las dos normas de igual jerarquía primará sobre la otra y así si se inclinan por la interpretación que señala que la regla posterior deroga a la anterior se producirá una reforma del texto constitucional no previsto en su mecanismo respectivo; si, por el contrario, se mantiene que los tratados sobre derechos humanos no tienen la preeminencia que les confirió el Plebiscito de 1989, entonces su inclusión en el artículo 5º de la Constitución sería inútil, lo que atenta contra elementales principios de hermenéutica jurídica.

El Tribunal Constitucional, según el artículo 82 Nº 2, tiene atribución para "resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso" por lo que no podrían abocarse a considerar tratados actualmente en vigor en el derecho interno, como son los tratados que estamos analizando.

### **Obligación de informar.**

Es importante señalar la obligación de informar impuesta por el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su número 3 expone: "Todo Estado Parte en el presente pacto que haga uso del derecho de suspensión (se refiere a las situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación) deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

Esta disposición está de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 65 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que regula el mecanismo que debe seguirse por un Estado que desee suspender a su respecto, la aplicación de un tratado. Esta notificación debe hacerse por escrito y los demás estados partes tienen un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, para formular objeciones, y en caso que no se opongan el Estado que hizo la notificación podrá adoptar en la forma prescrita la medida que haya propuesto.

Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios pacíficos de solución de controversias establecido en la Carta de las Naciones Unidas, a menos que entre los Estados involucrados existan disposiciones o acuerdos especiales de solución de conflictos.

Si dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución y el problema se refiere a la aplicación o interpretación de normas de "jus cogens" (norma imperativa de derecho internacional general que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter), el Estado que presentó la objeción o el que notificó la suspensión del tratado, puede recurrir unilateralmente a la Corte Internacional de Justicia de La Haya. Si la causal del conflicto no se refiere a las normas de "jus cogens", entonces se podrá iniciar el procedimiento de conciliación obligatoria en el Anexo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

No hay que olvidar que si bien los Pactos de Derechos Humanos protegen a los individuos, su violación constituye también una infracción a las obligaciones contraídas internacionalmente por los Estados, razón por la cual, cualquiera de ellos puede actuar, atacando al culpable por no respetar sus compromisos internacionales. Por eso el Estado parte de los Tratados sobre Derechos Humanos ya no puede, unilateralmente, tomar medidas que se refieran a la suspensión de éstos, so pena de involucrar su responsabilidad internacional que puede traer, como lógica consecuencia, juicios que deriven en indemnizaciones de perjuicios a favor de la parte afectada, ya sea, esta otro estado parte que actúe por sí o en representación del individuo ofendido, o de éste personalmente.

## LEGISLACION CHILENA ACTUAL

### Representación electoral.

Es deber del Estado de Chile adecuar su legislación interna a lo establecido en los tratados internacionales que haya ratificado y que se encuentren actualmente en vigor, como lo dispone la Convención de Viena en su artículo 27. Y con mayor razón ahora, después de la reforma del artículo 5º de la Constitución de 1980.

¿Cómo conciliar el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece que el sufragio es universal e igualitario frente a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Proyecto de Ley que modifica las leyes orgánicas constitucionales N° 18.603 y 18.700, relativa a los Partidos Políticos y a la Ley sobre Votaciones Populares y Escrutinios?

Con fecha doce de mayo de este año, dicho Tribunal en su considerando décimo, letra b, dice:



"La Constitución de 1980, al dejar por entero entregado al legislador de la ley orgánica constitucional, el sistema de elección de los diputados y senadores, se apartó del criterio que contemplaba el artículo 25 de la Constitución anterior, que establecía que en dichas elecciones se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos; criterio que el constituyente, según consta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución N° 337 y siguiente estimó que "conducía a una creciente proliferación de los partidos políticos con perjuicio de la estabilidad democrática".

El precepto de la Carta Internacional de Derechos Humanos, en su artículo 21 repite la misma expresión al estipular que el sufragio debe ser universal e igual, por lo tanto es también contradicho por las consideraciones vertidas en la Comisión de Estudio, actas de sesiones ya señaladas y expresamente en la sentencia del Tribunal Constitucional, criterio que, naturalmente se refleja en la ley sobre Votaciones Populares y Escrutinios que al dividir arbitrariamente los distritos electorales sin considerar la población que existe en ellos hace que el valor del sufragio no tenga la calidad igualitaria que le dan los textos internacionales.

#### Código Civil.

Existe en él diferencias con la Carta Internacional de Derechos Humanos en sus artículos 1 y 2 con los artículos 23 y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La igualdad que proclama entre todos los seres humanos, obliga a terminar con la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y a equipararlos en sus derechos, sobre todo en lo que a herencia se refiere; con el artículo 16 de la Carta: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".

¿Qué pasa con nuestro régimen de sociedad conyugal? En él nace una sociedad de gananciales en que si hay deudas, en el momento de su disolución, éstas las asume el marido, según el artículo 1776 del Código Civil, existiendo además, en este acápite varias reglas que favorecen a la madre y que no es el caso analizar en detalle.

El patrimonio reservado de la mujer casada que trabaja independientemente del marido, artículo 150 del Código Civil y el derecho de opción que tiene en el momento de la disolución de la sociedad conyugal benefician también a la mujer en desmedro del marido. ¿Deberían modificarse? ¿Y las normas civiles y penales sobre adulterio? ¿Deberían equipararse sus efectos civiles entre los cónyuges y sus efectos en materia penal?

La igualdad prevista en los tratados internacionales señalados parece no dejar lugar a la protección que nuestras leyes otorgan a la mujer y a la familia, como en el

caso del patrimonio reservado de la mujer y del derecho de opción y también la diferencia entre hijos legítimos y naturales en la herencia.

Código de Procedimiento Penal y excarcelación.

Se establece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9, en su número 3 que "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no deben ser la norma general ...", lo que obligará a los tribunales a pesar cuidadosamente sus decisiones al pronunciarse ante las peticiones de excarcelación ya que esa redacción es más general que la del artículo 19 número 7 de la Constitución.

### CONCLUSIONES.

Los problemas señalados más los que se hayan planteado ante los Tribunales de Justicia, darán origen a una rica jurisprudencia que es necesario esperar con atención y analizar cuidadosamente, siendo uno de los puntos más interesantes el que determine si los tratados a que se refiere el artículo 5º de la presente Constitución deben o no ser promulgados y publicados para que se incorporen al ordenamiento jurídico chileno.