

La soberanía, las Constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile . . . . .	321
I.    La Soberanía del Estado y derecho internacional de los convencionales . . . . .	321
II.   El ejercicio de la soberanía o potestad estatal a través de los tratados internacionales y sus consecuencias jurídicas en Chile . . . . .	326
III.  La limitación de la soberanía externa por los derechos asegurados por el derecho internacional de los derechos humanos . . . . .	340
IV.  Las características de los tratados en materia de derechos humanos . . . . .	355
V.   Una jurisprudencia acorde con la nueva perspectiva del derecho de los derechos humanos . . . . .	364
VI.  El tema de los derechos humanos es una cuestión de jurisdicción concurrente o compartida entre la interna de cada Estado y la internacional . . . . .	382
VII.  Medios internacionales de protección de los derechos fundamentales . . . . .	383
VIII. Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y cosa juzgada interna . . . . .	391
IX.  Conclusiones . . . . .	394

## LA SOBERANÍA, LAS CONSTITUCIONES Y LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: AMÉRICA LATINA Y CHILE

### I. LA SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS CONVENCIONALES

#### 1. *La soberanía en su concepción clásica moderna*

La soberanía es un concepto al mismo tiempo jurídico y político en que confluyen, como señala Ferrajoli<sup>301</sup> los problemas y aporías de la teoría del derecho y del Estado. La idea de soberanía aún cuando ya es conocida en la Edad Media por autores como Beaumanoir y Marino de Caramanico, en su acepción de “suprema potestas *superiorem non recognoscens*” se remonta al momento de aparición de los Estados nacionales europeos y al debilitamiento, en el umbral de la edad moderna, de la idea de ordenamiento jurídico universal que la cultura medieval había heredado de la civilización romana.<sup>302</sup>

Referirse a la soberanía y su evolución histórica implica considerar el desarrollo del Estado nacional moderno surgido en el siglo XVI en Europa, expandido de allí a todo el mundo. La categoría filosófica jurídica de soberanía es una construcción de *matriz jus naturalista* que ha constituido la base para la concepción positivista del Estado y el paradigma

301 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

302 El concepto de soberanía se encuentra ya en el siglo XIII en los livres des coutumes et des usages de beauvoisis del jurista francés Beaumanoir: “chascuns barons est souvenain en sa baronie”; “le rois est souverains para dessus de tous (cit. en R. W. y A. J. Carlyle, *El pensamiento político medieval*. En la misma época se remonta la fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est impetator*”, cuyos orígenes se identifican por Calasso en el Proemio, de Marino de Caramanico escrito en el siglo XIII. Véase asimismo, E. Crosa, *Il principio della sovranità popolare del medioevo alla rivoluzione francese*; Flli, Bocca, Milano, 1915; y M. Galizia, *La teoria della sovranità dal medioevo alla rivoluzione francese*, Milano, Giuffrè; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

del derecho internacional moderno. Al mismo tiempo ha constituido una institución de rasgos absolutistas, a través de las diversas imágenes del Estado a las que fue quedando asociada y que dicho principio iba desarrollando: desde la soberanía como atributo del princeps, pasando por la soberanía nacional, la soberanía popular y las doctrinas del Estado persona y de la soberanía como atributo del Estado.

Esta perspectiva del Estado soberano fue desarrollada por Bodin<sup>303</sup> y Hobbes,<sup>304</sup> como fundamento de la teoría jurídica y política modernas, que establecen como únicos límites de la potestad estatal las leyes divinas y naturales o la ley natural como principio de razón, la segunda limitación o restricción está dada por los tratados y las leyes humanas comunes a todos los pueblos.<sup>305</sup> Bodin definió la soberanía como “la puissance absolute et perpétuelle d’une République” (*Les six livres de la République*, 1583, 1,8,p.122).<sup>306</sup> Esta concepción de la potestad estatal, independiente hacia el exterior e irresistible en el interior, se desarrolló hasta el siglo XIX. En todo caso, Bodino no pudo escapar a la concepción de limitación del poder temporal por la ley divina y la ley natural, ratificando al respecto las ideas de San Agustín y Santo Tomás.

Francisco de Vitoria concibe el orden mundial como una sociedad natural de Estados soberanos (orden mundial como *communita orbis*), libres e independientes, sometidos en el exterior a un nuevo derecho de gentes (*ius gentium*); tales Estados gozan de soberanía estatal externa que se identifica con el conjunto de derechos naturales de los pueblos y están legitimados para desarrollar la guerra justa como sanción al rompimiento del *ius gentium* y la ausencia de un tribunal o poder superior a los Estados. En esta concepción el único derecho originario es el derecho interno, fruto de la soberanía, el derecho internacional adquiere su única posible validez mediante una fórmula contractual, a través de la autolimitación:

303 Bodin, J., *Los seis libros de la República*, libro I: “en cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben uncirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia”.

304 Hobbes, Th., *El ciudadano*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 42: “Las leyes que llamamos naturales no son más que conclusiones, obtenidas racionalmente acerca de que se ha de hacer u omitir”.

305 Bodino, Juan, *Los seis libros de la República...*, op. cit., p. 60.

306 Traducción de Bodino, Juan..., op. cit.

los pactos y la costumbre constituyen derecho y vinculan a los estados, en cuanto expresión de la voluntad estatal.

El mismo Francisco de Vitoria,<sup>307</sup> junto con Vázquez de Menchaca, Balthasar de Ayala y Francisco Suárez, a través de la escuela teológica del siglo XVI,<sup>308</sup> estructuran la idea de soberanía externa, anticipando la reflexión posterior de Grocio, lo que permite desarrollar el fundamento jurídico de la conquista de América (el nuevo mundo). Para Grocio, el Derecho de Gentes es autónomo de la moral y del derecho natural, adquiere fuerza por el consenso de los estados, especialmente de aquellos más civilizados; de esta manera, el derecho de gentes pasa a derivar de los intereses de los estados más fuertes de la comunidad internacional. La soberanía externa de los estados genera una especie de estado de naturaleza entre ellos, similar al estado de naturaleza que Hobbes concibe como realidad anterior a la conformación de la sociedad política.

## 2. *El desarrollo del constitucionalismo y del Estado de derecho como límite a la soberanía interna*

Esta concepción del Estado es afectada en la dimensión de su poder absoluto interno por el surgimiento del Estado de derecho en el primer tercio del siglo XIX y que se consolidar reemplazando al Estado de policía en la segunda mitad de dicho siglo, al menos en el contexto de la cultura jurídica y política occidental, como asimismo, con el desarrollo del constitucionalismo el sico. El Estado de fines del siglo XIX y principios del siglo XX combinó el sometimiento del poder estatal al derecho y a los derechos esenciales de las personas en el plano interno, con una plena potestad en el ámbito de la soberanía externa gracias a la titularidad del *ius ad bellum*, el derecho a la guerra se convierte así en el criterio fundamental de soberanía externa del Estado.

En efecto, en el plano interno, el Estado queda sometido al derecho, y dentro del mismo, el deber jurídico de respetar, proteger y promover los derechos esenciales, la potestad estatal es distribuida en órganos y funciones diferenciadas las cuales quedan sometidas al derecho, desapa-

307 Haggemarcher, P., *La place de Francisco de vitoria parmi les fondateurs du droit international. En actualité de pensée juridique de Francisco de Vitoria, Actas Jornadas de Estudio*, Bruselas, Editorial Bruylant, 1998, pp. 27-36.

308 Brown Scott, J. *El origen español del derecho internacional*, España, Cuesta, 1928.

reciando así la potestad o soberanía interna de carácter absoluto e ilimitado, consolidándose el sometimiento del poder al derecho.

Sin embargo, a diferencia de lo que exigía la lógica del Estado de derecho, la idea de soberanía externa, en vez de ser abandonada se refuerza a través de las concepciones de la soberanía nacional, de la soberanía popular y de la soberanía del Estado, obteniendo una legitimación más fuerte de la que provenía de fuentes teológicas y contractualistas anteriores, las cuales, como hemos visto, reconocían como límite de la potestad estatal el derecho natural y el derecho de gentes (derecho internacional). A su vez, el pensamiento jurídico del siglo XIX otorgar un ropaje científico a la idea de Estado soberano, ocurriendo ello a través de la doctrina alemana (Gerber y Laband) e italiana (Orlando y Santi Romano), dando estatura jurídica al Estado persona como sujeto originario: el fundamento de la soberanía ya no recae en el príncipe ni en el pueblo, sino en el propio Estado.

Hay así, en esta etapa histórica, una superación del “Estado de naturaleza” en el interior de la sociedad política estatal y, a la vez, su instauración en el plano exterior. En base a esta dos coordenadas se desarrolla la historia teórica y práctica de los estados modernos del siglo XIX y primera parte del siglo XX.

En esta perspectiva, el Estado queda conformado como un sistema jurídico cerrado y autosuficiente, lo que produce una cuasi negación del derecho internacional, identificado por Hegel como “derecho político externo”, vale decir, las normas estatales que rigen las relaciones entre Estados, lo que prevalecer durante el siglo XIX hasta que, a finales de dicho siglo, se desarrolla por Heinrich Triepel la “teoría dualista” de la coexistencia de los derechos estatales con el derecho internacional.<sup>309</sup> El dualismo como doctrina fue fundada por el Jurista Alemán Triepel, sosteniendo que las personas no pueden nunca ser obligadas ni beneficiadas por las normas de derecho internacional. Sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con los otros Estados. Para que las normas del derecho internacional alcancen a los individuos deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno. Para Triepel “el derecho internacional y el derecho interno no sólo son partes diferentes del derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que es-

<sup>309</sup> Triepel, H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours de L'Academia de Droit International*, 1923.

tán en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca”.<sup>310</sup> La oposición por razones de la fuentes y del contenido entre el derecho interno y el derecho internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos como estados existan en las relaciones internacionales.

Frente a tal concepción, Hans Kelsen construir luego la teoría monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho estatal.<sup>311</sup>

La doctrina monista de Kelsen sostiene que el Derecho Internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los estados.

Para Verdross la regla *pacta sunt servanda* es la regla fundamental del derecho internacional y esta regla es superior a la voluntad de los estados, y también lo son aquellas normas que derivan de ella, es decir, el derecho de gentes.

Verdross autocalifica a su doctrina de monismo moderado, ya que la primacía del derecho internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el derecho internacional tienen la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al derecho internacional, y, en el caso de que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del Estado que las estableció.<sup>312</sup>

Para Kunz, la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores. “En el derecho internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del derecho nacional que esté en contradicción con una norma del derecho internacional supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del derecho internacional general”.<sup>313</sup>

310 Triepel, *Droit international et droit interne*, París, Oxford, 1920, p. 110.

311 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, 3a. ed., México, 1969, p. 436.

312 Verdross, “Droit international public et droit interne”, *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*, 1952, pp. 219-230.

313 Kunz, *Teoría del derecho internacional*, La Habana, Cuba, Academia de Derecho Comparado e Internacional, 1954, vol. II, p. 361.

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno.

A su vez, hay una tendencia generalizada en el derecho constitucional comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno, salvo casos minoritarios en el ámbito latinoamericano y europeo, lo que se hace más excepcional aún en el ámbito de los derechos esenciales o derechos humanos.

## II. EL EJERCICIO DE LA SOBERANÍA O POTESTAD ESTATAL A TRAVÉS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN CHILE

El artículo 32, núm. 7 otorga al presidente de la República las atribuciones especiales de “llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 núm. 1. “El artículo 50, núm.1 determina como atribuciones exclusivas del Congreso aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someter a los trámites de una ley”.

En este caso, estamos en presencia de un tratado internacional concluido y firmado por el presidente de la República y en trámite de aprobación previa y necesaria por el Congreso Nacional para su posterior ratificación por el presidente de la República.

Los órganos constitucionales de ejercicio de la soberanía en los términos predeterminados por el constituyente ejercen las potestades que la carta fundamental les otorga de acuerdo con el artículo 5o., inciso 1, el ejercicio de la soberanía o potestad estatal se realiza “por las autoridades que esta Constitución establezca”, a su vez, el artículo 6o., inciso 1 determina que los “órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, y el artículo 7o., inciso 1 y 2 precisa: “Los órganos del Estado actúan y lidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley”. “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraor-

dinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Así, el presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional pueden vincular al Estado de Chile y dejarlo sometido al imperio de un tribunal internacional a través de un tratado internacional concluido y firmado por el presidente de la República, aprobado por el Congreso y ratificado por el jefe de Estado.

Ello no es nuevo, es la práctica constante y uniforme a través de la cual el Estado de Chile ha reconocido jurisdicción internacional a diversos tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, órgano de Naciones Unidas, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de la OEA, a través de la ratificación del Protocolo Complementario de la Convención Americana de Derechos Humanos reconociéndoles competencia jurisdiccional vinculante y obligatoria.

La Constitución precisa la posibilidad y el alcance de la potestad de los órganos para comprometer al Estado de Chile en el ámbito del derecho internacional, los procedimientos que deben seguirse para ello y los controles destinados a asegurar el cumplimiento de tales previsiones, para ello existe el control preventivo de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional (el que debería ser obligatorio y no facultativo como lo es actualmente), de acuerdo al artículo 82, núm. 2 de la Constitución.

La carta fundamental determina el proceso de validación e incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, lo que, concretado de acuerdo al procedimiento constitucional, convierte a la norma internacional válida en norma internamente aplicable, siendo ya no solo norma internacional válidamente aplicable en Chile, sino también norma integrante del ordenamiento jurídico chileno, vinculante y obligatoria para todos los órganos y todas las personas del Estado chileno.

Así, el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, presidido por la Constitución, se descompone en dos subsistemas normativos, uno de los cuales depende de la carta fundamental para producir normas válidas, (el subsistema nacional), en tanto, respecto del subsistema internacional, la Constitución dota a sus normas de la necesaria aplicabilidad.

La Constitución como norma superior nacional posibilita remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez, como son las normas internacionales, siendo el derecho internacional el que determina su

creación o validez, a las cuales el Estado de Chile, solo les otorga aplicabilidad en el ámbito interno si se verifican las condiciones determinadas constitucionalmente, remitiéndose a un ordenamiento de derecho internacional público que lo considera como propio, aún cuando dichas normas son indisponibles al Estado en su existencia o validez.

No debemos olvidar en esta materia que fue el propio poder constituyente originario radicado en la Junta de Gobierno quién aprobó la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 el 11 de marzo de 1981, siendo publicada en el *Diario Oficial* en abril de 1981. Es así el propio poder constituyente chileno el que al ratificar la Convención de Viena, de buena fe y comprometiendo su honor, reconoció a través del artículo 27 de dicha convención la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida la Constitución, comprometiéndose a no poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho internacional.

Una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, debe tenerse presente los principios “*pacta sunt servanda*” y *bonna fide*, codificados en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, los cuales como normas generales de derecho internacional deben ser respetadas por Chile, además de establecer dicha Convención que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26 de dicha Convención; el artículo 27, a su vez, determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.<sup>314</sup>

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que para dicha Convención es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*): “Una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo

314 La Convención de Viena sobre derechos de los tratados ratificados por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por decreto supremo número 381 de 1981, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de junio de 1981.

Chile apoyó decididamente el artículo 27 de la Convención de Viena, véase rosales, “La Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 165, enero-diciembre de 1977, pp. 257-263.

puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Las normas de *ius cogens* son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada, el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General”, a su vez, el artículo 64 dispone que “si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias que: “Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones”.

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado.

A su vez, de acuerdo a las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, estos sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones o por concurrir las causas reconocidas por el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre derechos de los tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento.

Es coherente con la lógica de las fuentes de nuestro derecho constitucional, que no exista control de constitucionalidad represivo a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el tratado no puede ser entendido como un “precepto legal”, ya que aún en el más amplio sentido de dicha expresión solo puede involucrar la producción de normas jurídicas por parte de los órganos constituyentes o legisladores de un Estado parte, mientras que el tratado internacional incluye la actuación de la voluntad de dos o más estados y no la voluntad unilateral de un Estado. Tal perspectiva se refuerza con el artículo 82, núm. 2 de la Constitución que distingue claramente en el control preventivo

de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional entre “preceptos legales” y “tratados internacionales”, siendo este control el único posible, el que se realiza antes que el Estado se vincule por el tratado internacional.

Así, todo tratado internacional ratificado por el Estado, espontánea y libremente aceptado por éste, constituye un límite externo en el ejercicio de la potestad estatal que se asume voluntaria y conscientemente, el que tiene como efecto impedir que en dicho ordenamiento jurídico se dicten normas violatorias de las disposiciones del tratado, teniendo así las normas del tratado una fuerza pasiva que actúa como un límite al ejercicio de la potestad del Estado, el que no puede aplicar en el ordenamiento jurídico, a ningún nivel, normas que contradigan las obligaciones internacionales asumidas; salvo denuncia, término o pérdida de vigencia y aplicabilidad del tratado respecto del Estado, de acuerdo a las normas del derecho internacional.<sup>315</sup>

Por otra parte, la Constitución es la fuente suprema del ordenamiento jurídico nacional, en la medida que ordena la prelación y aplicabilidad del resto de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno y de las que derivan del derecho internacional incorporadas al ordenamiento jurídico nacional sin perder la calidad de derecho internacional. La fuerza normativa de la Constitución no se relaciona con el lugar que ella ocupa en la gradación y fuerza aplicativa de las fuentes, sino con el hecho de que ella define dicha gradación y aplicabilidad. Así la Constitución puede definir, como lo hace en el artículo 5o., inciso 2, de la Constitución chilena, que los derechos esenciales incorporados vía tratados internacionales constituyen un límite de la soberanía, vale decir, un límite al poder constituyente y los poderes constituidos.

No son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el derecho interno de que la norma posterior deroga la anterior, que la norma especial deroga la norma general, ni que la norma superior derogue a la inferior, ya que tales principios operan cuando

<sup>315</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la materia, respecto de las normas sobre derechos y sus garantías que contiene la Convención Americana de Derechos Humanos, en diversas opiniones consultivas. Véase al respecto, OC3/1983, que prohíbe extender la consagración por los estados parte de la pena de muerte más allá de las hipótesis previstas por la Convención. OC4/1984, que exige compatibilizar el derecho interno, incluida la Constitución, a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual prohíbe la discriminación, en la hipótesis de naturalización de la mujer.

existe contradicción entre normas que puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las normas en conflicto su condición de normas válidas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre en el caso del conflicto de una norma que tiene su fuente de validez en el derecho interno y otra que tiene su fuente de validez en el derecho internacional.

En el caso de conflicto de dos normas, una de carácter interno cuya validez depende del ordenamiento jurídico nacional, y otra cuya validez depende del ordenamiento jurídico internacional, prima esta última sobre la interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que se aplica porque así lo han determinado los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la potestad pública o soberanía a través de una decisión libre y responsable, que debe respetar y aplicar los principios imperativos de derecho internacional *pacta sunt servanda* y *bonne fide*, que exigen cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por el Estado, así lo exige el honor, la responsabilidad y la honestidad que exige el derecho internacional.

Así lo determina también la doctrina de los actos propios que invalida toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente.

Tal perspectiva ha sido asumida por la Corte Suprema de Justicia Chilena en diversos fallos:

La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de causa Rol núm. 3.396 del año 1994, en donde la Compañía chilena de Fósforos recurre de Protección contra la comisión nacional de Distorsión de Precios, creada por el artículo 11 de la Ley núm. 18.525, la cual rechaza por unanimidad la denuncia de Dumping. Esta en juego los conceptos de “Dumping” y de “productos similar” contenido en el Tratado General de Aranceles y Comercio (GATT) y diversas normas del derecho interno.

La Segunda Sala de la Corte de Apelaciones en el fallo determina:

3. Los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32, núm. 17 y 50, núm. 1 de la Constitución.
4. Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados... debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27.

5. Que la Convención Internacional se aplica preferentemente frente a la ley interna mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierde validez internacional.

Dicha sentencia fue confirmada por la unanimidad de la Sala de la Corte Suprema que conoció de la apelación del fallo de la Corte de Apelaciones (véase Gaceta Jurídica, marzo de 1995, pp. 165-168).

1. *La técnica jurídica utilizada por el Constituyente chileno para que los órganos de ejercicio de soberanía comprometan al Estado mediante tratados internacionales*

Otro tema distinto es la técnica jurídica constitucional que permite la incorporación y aplicabilidad de las normas del derecho internacional convencional, la cual puede establecer condiciones más gravosas o más fáciles para la incorporación y aplicabilidad del derecho internacional convencional en el ordenamiento jurídico nacional, incluso diferenciando el procedimiento de incorporación al derecho interno de acuerdo a las materias de que se trate.

Por tanto, los actores jurídicos y políticos que consideren deficiente el procedimiento de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico interno chileno, por estar en desacuerdo que se pueda transferir jurisdicción a tribunales internacionales por el procedimiento que actualmente contempla la Constitución en sus artículos 32, núm. 17 y 50 núm. 1, por considerar que es muy bajo el quórum de aprobación de la mayoría simple de cada Cámara para aprobar dichos tratados, deben procurar perfeccionar la normativa constitucional al respecto, además de elevar los quórum de aprobación si lo consideran conveniente. Pero dicha técnica jurídica constitucional más fácil o dificultosa de incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico nacional no incide sobre la validez, aplicabilidad y eficacia de las normas internacionales y lidamente incorporadas al ordenamiento jurídico interno según el procedimiento actualmente vigente precisado por la Constitución.

En el ámbito del derecho constitucional comparado se establecen las más variadas técnicas jurídicas para determinar la incorporación del derecho internacional convencional, las cuales son un muestrario de los distintos procedimientos y *quorum* por los cuales ha optado cada Estado.

Sólo sealaremos algunos ejemplos al respecto.

La Constitución española en su artículo 94, núm. 1, señala que:

La presentación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerir la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

a) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de una ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

El artículo 93 de la Constitución Española determina que: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por lo que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”.

Bélgica, de acuerdo al texto constitucional promulgado el 17 de febrero de 1994, establece en su artículo 34: “El ejercicio de determinados poderes podrá ser atribuido por un tratado o por una ley a instituciones de derecho internacional público”.

La Constitución de los Países Bajos, en su artículo 91, núm. 3 estipula: “cuando una tratado contuviera estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerir para su adaptación por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos”. Agrega el artículo 92 que: “Con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 91, se podrán conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público”.

La Ley Fundamental de Alemania en su artículo 24 párrafo 1 determina que “la Federación podrá transferir derechos de soberanía, mediante ley, a organizaciones internacionales”.

La Constitución de Costa Rica en su artículo 121 determina: “además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

4) Aprobar o improbar los convenios internacionales tratados públicos y concordatos.

Los tratados públicos y convenios internacionales que atribuyen o transfieren determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de desarrollar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación.

La Constitución de Guatemala en su artículo 171 determina: “corresponde también al Congreso:

e) Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando:

5) Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional”.

La Constitución del Perú, en su artículo 56 estipula:

Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

El artículo 75, núm. 24 de la Constitución argentina establece que para los tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, si se celebran con estados latinoamericanos, el *quorum* es de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara, si se celebra con otros estados se requiere, además, dos trámites y un lapso no inferior a 120 días, entre el acto declarativo y la aprobación del tratado.

## 2. Pérdida de eficacia y aplicabilidad de los tratados

Los estados sólo puede excusarse del cumplimiento de un tratado internacional, cuando éste se ha celebrado en forma inválida, cuando el Estado no ha concurrido a través de las autoridades constitucionalmente establecidas para comprometerá la voluntad del Estado en cada etapa prevista por la Constitución, o no se ha seguido el procedimiento formal establecido por ella.

Consideramos que el tratado internacional no puede ser objeto de control represivo de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 80 de la Constitución), primero por un deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, el Estado no puede establecer unilateralmente obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena); segundo, por que los tratados no son preceptos legales, como bien lo determina y diferencia el artículo 82, núm. 2, y en derecho constitucional, las diferencias de términos deben ser interpretadas siempre dándoles un sentido útil, de lo contrario, no se habrían establecido; tercero, por que el control de inaplicabilidad se refiere sólo a los aspectos de contenido de los preceptos legales no a su procedimiento de incorporación al ordenamiento jurídico, competencia otorgada sólo al Tribunal Constitucional (artículo 82, núm. 2); cuarto, por cuanto el control represivo de constitucionalidad busca enjuiciar la validez del precepto legal en su aplicación al caso particular, lo que es imposible en relación al tratado, ya que no depende su validez de la norma constitucional.

Es así que el control preventivo desarrollado por el Tribunal Constitucional tiene un carácter fundamental, por lo que es una mala técnica constitucional establecer sólo un control facultativo de constitucionalidad de las Convenciones internacionales, dicho control debería ser obligatorio, como lo son el control de los proyectos de leyes interpretativas de la Constitución y de leyes orgánicas constitucionales (artículo 82, núm. 1), lo que llevaría a la prohibición de celebrar un tratado internacional que entre en conflicto con las normas substantivas de la carta fundamental salvo que se aprobara por el *quorum* correspondiente a la revisión de la Constitución.

Mientras no haya un pronunciamiento de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional o no se haya obtenido la nulidad por la vía del artículo 46 de la Convención de Viena, mientras no se haya procedido a la denuncia del tratado por la vía internacional y éste deje de serle aplicable al Estado parte, éste se encuentra obligado a su cumplimiento y las normas del tratado no pueden dejar de ser aplicadas por los órganos del Estado. Si finalmente el tratado deja de ser aplicable, lo que sólo puede decidir el derecho internacional, el tratado dejar de formar parte del derecho interno, salvo que las normas del tratado sean derechos esenciales de la persona humana, los cuales una vez reconocidos y garantizados ya

no pueden desconocerse, ya que constituyen límites a la soberanía estatal (artículo 5o., inciso 2).

Todo ello no es más que consecuencia del ejercicio de la potestad estatal de acuerdo con las normas constitucionales previstas al efecto por el poder constituyente originario que es el que determina la idea de derecho válida que defiende la Constitución y los órganos de control de constitucionalidad. No es el derecho internacional el que impone tales consecuencias jurídicas a la Constitución, sino que es la Constitución la que impone tales consecuencias respecto de las normas internacionales que son parte del ordenamiento jurídico interno.

El respeto del Estado de Chile y de sus órganos a los tratados válidamente celebrados es condición indispensable para su mejor inserción en la comunidad internacional de naciones civilizadas y constituye una garantía para su propia seguridad como nación y sus respeto como tal entre los estados constitucionales y democráticos de derecho.

De acuerdo con los criterios y normas antes sealados, no es posible sostener, por ejemplo, que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son instituciones incorporadas por vía del tratado al ordenamiento jurídico chileno, en ambas instituciones, su carácter normativo deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico chileno deriva de los preceptos constitucionales, del mismo modo que su régimen de aplicación lo es de un principio internacional hecho propio por la carta fundamental. Así de la lógica del Convenio que es la lógica del derecho internacional asumida por el derecho interno, resulta con claridad que su articulado es parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son resoluciones de un órgano jurisdiccional que supone la obligación de asumir las decisiones de ella que declaren que un acto de los poderes públicos nacionales ha atentado contra los derechos humanos, en cuanto ellos constituyen obligaciones emanadas del tratado, cuyo sujeto obligado es el Estado y todos sus órganos.

#### *A. Los tratados y las leyes posteriores a su incorporación al derecho interno*

Las relaciones entre normas internacionales válidamente incorporadas al derecho interno y normas internas posteriores, se rigen por el principio

de la aplicabilidad, ya que ni unas ni otras se condicionan en su validez, por tener distintas fuentes formales que determinan esta validez, la Constitución en el caso de las normas internas, el derecho internacional para las normas internacionales.

La consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de buena fe (*bona fide*) y de cumplimiento de los compromisos adquiridos (*pacta sunt servanda*) que constituyen principios de ius cogens codificados por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados a la que hemos aludido reiteradamente y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, constituyendo una limitación implícita en el ordenamiento jurídico a todos los operadores jurídicos internos.

No se trata de un problema de jerarquía de los tratados sobre el derecho interno, incluida la Constitución, ya que el cumplimiento de los tratados, especialmente en materia de derechos humanos, no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior, ello se debe a que las condiciones de validez del tratado vienen impuestas por el ordenamiento jurídico internacional, limitándose el ordenamiento jurídico interno a determinar las condiciones de su aplicabilidad. Una vez autorizada su aplicabilidad por el derecho interno a través del procedimiento constitucional respectivo, es nuevamente el derecho internacional el que determina la forma en que deben ser aplicadas sus normas, siendo aplicable el principio del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que determina “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, disposición que exige la aplicabilidad preferente de las normas internacionales sobre la normas internas.

Así el principio *pacta sunt servanda* determina la aplicabilidad de los tratados que vinculan a los estados-partes mientras no se determine internacionalmente su inaplicabilidad. Por lo que incorporado un tratado al ordenamiento jurídico interno en forma válida, ninguna norma interna puede decidir su ineficacia ni su pérdida de validez.

No son aplicables a las normas internacionales de los tratados los principios aplicados en el derecho interno de que norma posterior deroga a la norma anterior, ni que la norma especial deroga a la norma general, ni que norma jerárquica superior derogue a la inferior, ya que tales principios sólo operan cuando la contradicción eventual producida entre dos normas puede resolverse de acuerdo al criterio de validez, por recibir las

dos normas en conflicto su condición de normas válidas dadas por una norma jerárquicamente superior a ambas, lo que no ocurre con el caso de conflicto de una norma interna con una norma internacional. Para no aplicar la norma de derecho internacional v lidamente incorporada al derecho interno, el Estado parte de buena fe sólo puede denunciar el tratado internacional de acuerdo al procedimiento previsto en el mismo o de acuerdo con los principios y reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Así no hay una relación jerárquica entre normas jurídicas internas y tratados, por lo que ambas ser n igualmente válidas aunque entren en conflicto, el tratado no determina la nulidad de la norma de derecho interno, sino que sólo prevalece la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna, porque así lo determina el derecho internacional, el que a su vez se aplica porque así lo ha decidido los órganos constitucionales pertinentes en el ejercicio de la soberanía nacional (artículo 5o., inciso primero de la Constitución), pero que debe ser aplicado conforme al derecho internacional, una vez que la Constitución haya autorizado su incorporación y aplicabilidad.

De esta forma, una ley interna de quórum especial u ordinaria cede necesariamente, aunque sea posterior, frente al tratado validamente incorporado al derecho interno, lo que no significa afectación de la validez de la ley en el ordenamiento interno, lo mismo ocurre con una norma constitucional posterior, salvo que ella represente una mejor protección y garantía de los derechos fundamentales o humanos.

Por tanto, cuando se desee quedar fuera de la obligación de cumplir las disposiciones de un tratado, no hay que recurrir a la vía legislativa ni a la vía constituyente interna, para cuyo objetivo son ineficaces, sólo cabe recurrir a la vía internacional del procedimiento de denuncia del tratado de acuerdo con las normas del derecho internacional.

La prevalencia del derecho interno sobre la normas del derecho internacional validamente incorporado al derecho interno, por más que se haga efectiva (lo que no implica que se haga válida), constituye una violación de normas internacionales incorporadas al derecho interno, y por ello, una transgresión al derecho interno y a la Constitución, un debilitamiento del Estado de derecho y una afectación de la seguridad nacional como del honor del Estado de Chile.

Celebrar un Tratado Internacional constituye un ejercicio de la soberanía por la autoridades que establece la Constitución, la que limita tanto

la potestad constituyente como legislativa posterior, en algunos casos implica emprender un camino sin retorno, al comprometerse con normas irreversibles como son la referentes al aseguramiento de derecho esenciales o las que constituyen una comunidad económico o política, como es el caso de la Unión Europea. Lo que exige de los órganos constitucionales respectivos conciencia y seriedad en la toma de sus decisiones.

Se ha llegado a sostener por algunos autores<sup>316</sup> que “entre la ley y el tratado no hay una relación de jerarquía, sino más bien una distribución de competencias”. Al respecto cabe señalar que esta situación establecida para las leyes por la Constitución no es extensible a los tratados internacionales ya que éstos no tienen un campo normativo acotado como los diversos tipos de leyes, éstos pueden regular cualquier materia dogmática u orgánica. El constituyente no ha delimitado su campo de acción. De esta manera, como sostiene Ignacio de Otto, “la relación entre el tratado y las leyes posteriores se basa sobre la base de reglas de aplicación”. Un tratado no puede ser modificado por una ley, ciertamente, pero no significa que la ley contraria a un tratado en vigor sea nula, sino tan sólo que el tratado prevalece sobre ella. Por eso la inderogabilidad del tratado por la ley es una particular resistencia en cuanto no conlleva, como la fuerza pasiva propiamente dicha, la nulidad de la ley posterior contraria al tratado,<sup>317</sup> como se reconoce expresamente por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en la sesión 371, pp. 2587 y 2588.

De esta manera, como lo señala gran parte de la doctrina comparada, posición que compartimos con otros autores nacionales, la resistencia de los tratados frente a la ley o el principio de intangibilidad de los tratados hace que estos últimos ocupen una posición superior a la ley, construyendo un escalón supralegal.<sup>318</sup>

316 Fiamma, Gustavo y Mohor, Salvador, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales. Diario el Mercurio*, D, p. 24, domingo 4 de noviembre de 1994.

317 De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, p. 126.

318 Véase Sánchez Rodríguez, L. I. *et al.*, *Curso de derecho internacional público*, España, Oviedo, 1983, pp. 121 y ss.

Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, 3a. ed., Civitas, p. 132: “Los tratados tienen un valor superior a cualquier otra norma de derecho interno, incluida la ley... la aplicación preferente, incluso respecto de las leyes, se traduce en la previsión constitucional de que sus disposiciones no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas, sino en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

### III. LA LIMITACIÓN DE LA SOBERANÍA EXTERNA POR LOS DERECHOS ASEGURADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La concepción de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y su momento trágico, como señala Luigi Ferrajoli,<sup>319</sup> en la primera mitad del siglo XX con la Segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, quedando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional por la Carta de Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde, por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del “estado de naturaleza” al estado de sociedad civil: la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales que son, por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos.

La Carta de Naciones Unidas suprime el *ius ad bellum* que había sido hasta entonces el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juricidad del nuevo ordenamiento internacional.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario y sus protocolos complementarios, como asimismo, por los pactos internacionales de derechos humanos, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo éstos un derecho inmediatamente vinculante para los estados. Comienza a abrirse paso la concepción de que la humanidad es una sola y que se rige por valores y principios comunes, siendo capaz de reaccionar como humanidad en su conjunto, por encima de nacionalismos e in-

319 Ferrajoli, Luigi, *La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

tereses estatales cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos de los seres humanos.

La soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los estados partes.

En esta materia juega un rol significativo la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que reemplaza a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). En efecto, ser la CIJ en el Asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en su fallo del 24 de mayo de 1980, la que determina:

La Corte, por trece votos contra dos, decide que, con el comportamiento demostrado por la República Islámica del Irán ha violado en varios aspectos y continua violando obligaciones que tiene para con los Estados Unidos de América en virtud de convenciones internacionales vigentes entre los dos países y de normas de derecho internacional general consagradas por una larga práctica,<sup>320</sup> dicho incumplimiento por el Estado de sus obligaciones de derecho internacional convencional y consuetudinario genera la respectiva responsabilidad internacional.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, determinó que “...el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles en condiciones penosas a coacción física, es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.<sup>321</sup>

A su vez, la entrada en vigor de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, ratificada por nuestros estados, reconoce la existencia de normas imperativas de derecho internacional general respecto de principios e intereses vitales para la existencia misma de la sociedad internacional. Tales disposiciones constituyen normas im-

320 Naciones Unidas, Asamblea General, Documentos Oficiales, trigésimo quinto periodo de sesiones, suplemento núm. 4 (a/3573), Nueva York, p. 3.

321 *Cit. por Carrillo Salcedo, Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 102.

perativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que constituyen límites a la soberanía estatal, las cuales han sido definidas positivamente como aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo valor”.<sup>322</sup>

Por otra parte, la afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional positivo contemporáneo constituye desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho internacional ya que implica reconocer en el plano de los estados que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio esencial y estructurante del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos,<sup>323</sup> que los estados van asumiendo progresivamente como limitante de su propia potestad estatal, lo cual se va incorporando explícitamente en las propias Constituciones.

En esta perspectiva, entran en crisis los conceptos de los derechos fundamentales entendidos como “auto-obligación” del Estado, como sostenía Jellinek,<sup>324</sup> o como “auto-limitación” del Estado, como sostenía Santi Romano.<sup>325</sup> Así los derechos se transforman en indisponibles para el Estado y los poderes públicos. Los derechos se constituyen en un sistema de vínculos y límites supraordenados al Estado.

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los estados tienen obligaciones frente a la comunidad interna-

322 Artículos 53 de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1968 y 1986.

323 Véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, España, Tecnos, 1995; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999; Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Heliosta, 1995; Dupay, Pierre Marie, *Droit international public*, París, Dalloz, 1993; Zagrebelski, G., *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999; Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.

324 Jellinek, G., *Das System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, 1892.

325 Santi romano, *La teoría dei diritti pubblici soggettivi*, en V. E., Orlando, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano I*, Italia, Società Editrice Librería, 1900, pp. 159-163.

cional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación *erga omnes* respecto de todos los estados.

La persona humana se constituye como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aún, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aún débilmente protegidos.

La ausencia de garantías adecuadas contra la violaciones de los derechos humanos por parte de los estados, hoy debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada, con la finalidad de dar eficacia a tales derechos y proteger efectivamente el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana.

El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de derecho nacional, un Estado de derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases o germen de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de ésta.

Esta perspectiva ha implicado una profunda transformación de la dogmática del derecho constitucional y del derecho internacional público en las últimas décadas: el principio clásico de no intervención que consiste en la prohibición de intervenir en los asuntos de la exclusiva jurisdicción doméstica de otros estados, se relativiza por la posibilidad de intervención colectiva de la comunidad internacional organizada, además de ser el propio derecho internacional el que define cuales son las materias que quedan fuera de la exclusividad de la potestad estatal; las cortes internacionales, principalmente la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ha impuesto progresivamente a los estados obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario y del derecho internacional general que los estados no contribuyeron a formar o que incluso han rechazado, en los casos de prácticas generalizadas o de normas de *ius cogens*, algunas de ellas desarrolladas en tratados de los que dichos estados no son partes (Convención de Viena sobre derecho de los tratados; Convención contra el delito de genocidio; Convención contra la discriminación racial, entre otros); asimismo, pierden sentido las concepciones dualistas o monistas respecto de las relaciones entre derecho interno y derecho interna-

cional, por la preeminencia absoluta del derecho internacional de los derechos humanos en caso de conflicto con el derecho interno, cuando el primero protege en mejor forma el ejercicio de los derechos y sus garantías, no pudiendo el derecho interno desentenderse del derecho internacional de los derechos humanos.

En esta materia, el Instituto de Derecho internacional, en su resolución del 13 de septiembre de 1989, sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los estados, expresa en su artículo 1o.:

Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad que ya proclaman la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta obligación internacional es, según la fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*: incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de los derechos humanos.<sup>326</sup>

Las Convenciones europea y americana de derechos humanos y sus instituciones garantizadoras muestran un avance significativo en la materia en las últimas décadas, determinando con carácter jurisdiccional vinculante la responsabilidad del Estado como persona jurídica por violación de derechos humanos, independientemente del órgano o agente estatal causante de dicha responsabilidad, además de las obligaciones del Estado responsable de garantizar el ejercicio del derecho afectado, como asimismo, cuando corresponda, reparar e indemnizar a las personas afectadas.<sup>327</sup>

326 Cit. por Moyano Bonilla, César, *Soberanía y derechos humanos. Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, 1998, vol. II, pp. 1137 y 1138.

327 Véase, entre otros, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, pfo. 184. Véase asimismo opinión consultiva 14/1994, pfo. 56.

## 1. *La diferenciación de los tratados de derechos humanos por los intereses protegidos*

En esta perspectiva, cabe señalar la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre “Reservas a la Convención sobre Genocidio, donde se aló que los principios de dicha convención son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los estados, aún fuera de toda obligación convencional”, sentencia de 1951, dictada cuando aún no existían los pactos y convenciones internacionales y regionales de derechos humanos.

Los estados por propia voluntad y libremente se someten a un derecho que los supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana tienen un interés superior a las partes que es la dignidad de la persona y los derechos humanos, frente a lo cual los estados se subordinan y están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aún cuando otro Estado los vulnere, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones.<sup>328</sup>

328 Como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en los tratados sobre derechos humanos “los estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención, es en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones” (opinión consultiva, Corte Internacional de Justicia, Recueil 1995, p. 23).

Esta concepción de los tratados en materia de los derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos “no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (opinión consultiva de 1982, serie A, núm. 2, pfo. 29).

Hay así una superación de nociones clásicas que van quedando obsoletas en el derecho interno de los estados y en el derecho internacional, no existiendo dominio reservado ni soberanía estatal ante el atropello o vulneración grave de los derechos humanos, aún con fuerte resistencia de algunos operadores políticos y jurídicos internos de los Estados.

Esta limitación de la soberanía estatal por la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales, poco a poco se abre camino y logra crecientemente una consagración constitucional positiva en las constituciones latinoamericanas.

## *2. El reconocimiento constitucional en América Latina de la limitación de la potestad estatal por el derecho internacional de los derechos humanos*

Al respecto es pertinente sealar algunos ejemplos en la materia.

La Constitución Chilena, en su artículo 5o., inciso 2, determina que “La soberanía reconoce como limitación el respeto de 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 encuentran vigentes”.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas nos dice Verdross, se ha “roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional”.<sup>329</sup> Nuestro país es signatario de la Carta de Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios. No podemos olvidar que Chile, junto a todos los demás estados suscribieron la Declaración de Teherán de 1968, a través de la cual se autovincularon para hacer efectivos los derechos humanos, cuyo artículo sexto señala lo siguiente: “Los estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales”. A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es claramente obligatoria

329 Verdross, *Derecho internacional público*, Madrid, 1967, p. 492.

y vinculante también por la remisión que a ella efectúa el artículo 29 inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Ambas declaraciones son fuentes de derechos materialmente constitucionales.

Si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser personas, y por tanto, tales derechos tienen las características de ser universales, absolutos, alienables e imprescriptibles.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en su sesión 203: “la protección constitucional se refiere no solo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”, como asimismo, se reconoció que tales derechos no sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, “sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. Una afirmación similar hace el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5o., pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores.

Así la Constitución establece en el artículo 5o., inciso 2, en forma expresa dos modalidades de institucionalización de derechos esenciales o humanos, la propia norma constitucional y el tratado internacional; siendo esta última la modalidad que permite incorporar a la Constitución material los derechos esenciales o humanos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.

La primera modalidad implica la introducción de nuevos derechos o fortalecimiento de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma constitucional del capítulo XIV de la Constitución.

La Constitución de Guatemala de 1985, artículo 46, determina: “Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

La Constitución de Nicaragua de 1987, en su artículo 46, integra en la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas, y en la Convención Americana de Derechos Humanos con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Brasil de 1988, en su artículo 4o. señala que la República Federal de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

## II. Prevalencia de los Derechos Humanos.

A su vez, la misma Constitución, ordena en el artículo 5o., numeral 1, que las normas que definen “los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata” los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

Como sostiene Cançado Trindade, “el caso de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en que Brasil es parte, los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5(2) y 5(1) de la Constitución brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno.”<sup>330</sup>

La Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 93, determina que:

Los tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

A su vez, la Constitución de Argentina, modificada en 1994, en su artículo 75, párrafo 22, enumera un conjunto de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que se incluye la Conven-

<sup>330</sup> Cançado Trindade, Antonio, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Costa Rica, IIDH, 1993, p. 240.

ción Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto a otras Declaraciones y Convenciones, los cuales deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución.

La Constitución Ecuatoriana de 1998, artículo 17 precisa:

El Estado garantizar a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Asimismo, el artículo 18 prescribe:

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Finalmente, el artículo 19 agrega: Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.

La reciente Constitución de Venezuela de 1999, artículo 19 determina que:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan.

La misma carta fundamental en su artículo 22, precisa:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Por último, el artículo 23 de la Carta venezolana expresa:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

### *3. Los derechos esenciales o derechos humanos forman parte de un sistema de doble fuente*

Los derechos se aseguran y garantizan en base al sistema constitucional interno de producción de normas y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, de acuerdo a las cartas fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo al principio *favor libertatis, pro cives* o *pro homine*, el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados; así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 5/1985, como órgano jurisdiccional supranacional en materia de derechos humanos, a nivel regional latinoamericano.

Para establecer el contenido esencial de los derechos asegurados en nuestros ordenamientos jurídicos, delimitándolos, es necesario precisar el contenido y frontera de cada derecho con el objeto de resolver los conflictos aparentes o reales de derechos dentro del sistema jurídico, lo que

exige aplicar correctamente el sistema de fuentes del derecho y de hermenéutica o interpretación constitucional y del derecho de los derechos humanos. Puede afirmarse que el derecho de los derechos humanos (con su doble fuente nacional e internacional), tiene prelación no solo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ya ha sido asumido como punto pacífico en las jurisdicciones y en los ordenamientos jurídicos en los estados componentes de la Unión Europea y en una parte de los estados latinoamericanos.

El principio fundamental en materia de derechos humanos o esenciales es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías.<sup>331</sup>

A su vez, cuando en el ámbito regional o internacional se establecen organismos y tribunales internacionales o supraestatales a los cuales se les reconocen competencias de supervigilancia y jurisdiccionales vinculantes para los estados partes que libre y voluntariamente se han sometido a dichas convenciones, el Estado está abdicando de la exclusividad estatal de la potestad jurisdiccional con plena conciencia de ello sin compulsión alguna. La potestad jurisdiccional de un tribunal internacional o supraestatal nace del consentimiento del Estado, al negociar, aprobar y ratificar libremente el tratado; por tanto, dicho Estado, de buena fe, no podrá alegar interferencia o vulneración de una soberanía o potestad estatal, la cual conscientemente y constitucionalmente se ha cedido parcialmente. Así sucede, entre otros casos, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su protocolo complementario que le entregan competencias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para supervigilar y resolver los conflictos jurisdiccionales en la materia.

#### 4. *Los derechos esenciales o derechos humanos constituyen un límite de la soberanía estatal: poder constituyente y poderes instituidos*

La soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige *aggiornarse* culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de

331 Véase Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III: El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 362-369.

finés y valores del derecho constitucional actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la realidad de aldea global o planetaria que ser la realidad del siglo XXI y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

Existe así una incoherencia o “esquizofrenia” mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas a nuestros sistemas jurídicos, para luego de forma incalificable desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como asimismo, vulnerando el derecho válidamente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez incorporados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales supranacionales respectivos, debe cumplirse de buena fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos incorporado válidamente a nuestros ordenamientos jurídicos, sin perder ni transformar su naturaleza de derecho internacional, forma parte del derecho interno con primacía sobre el mismo derecho de fuente interna, no pudiendo el derecho interno disminuirlo en su preferente aplicabilidad, protección y garantía. Ésta es la única perspectiva que fortalece el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Esta perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de derecho constitucional y los principios generales del derecho internacional exige que los tratados solo puedan tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio y quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas del derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de segu-

ridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de tratados.

### 5. *La doctrina del bloque constitucional de los derechos humanos o esenciales*

Así cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se erigen, por decisión del constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la carta fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, nos lleva a plantear necesariamente la doctrina del bloque de constitucionalidad, en el cual se incertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma jerarquía de la Constitución, lo que significa, como señala Bidart Campos, que por imperio de la propia constitución esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, porque la propia carta fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido.<sup>332</sup>

De esta forma, podemos considerar que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros.<sup>333</sup>

Dicho bloque de constitucionalidad sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma.

El bloque de constitucionalidad supera la concepción formal de la Constitución y ésta se elastiza, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la Constitución.

Sea que el bloque de constitucionalidad se le confiere jerarquía supraconstitucional o constitucional (Brasil, Chile, Argentina, Colombia, Nicaragua, Guatemala) o subconstitucional, siempre su elaboración e integración tiene como base y fin su utilización como par metro para realizar el control de constitucionalidad, es decir, como instrumento para interpretar, aplicar o desaplicar desde la carta fundamental las normas de ca-

<sup>332</sup> Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, op. cit., p. 263.

<sup>333</sup> Véase Favoreu, Louis, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1990, núm. 5; LLorente Rubio, Francisco, "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 27, 1989.

rácter infraconstitucional. De forma tal que el bloque de constitucionalidad es uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar y actuar en conformidad con el.

La conciencia jurídica civilizada contemporánea así lo exige. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados no excusa las violaciones o incumplimiento de los tratados.

Al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional, en especial en materia de derechos humanos, como es entre otras, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los estados saben que tiene el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos de acuerdo al artículo 1o. de dicha Convención, el cual establece: “1. Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”, asimismo, de acuerdo al artículo 2o. de la CADH, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarios para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de “otro carácter”, se encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no solo de respetar, sino también de promover los derechos esenciales.

Por otra parte, existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los estados partes, principio que es del todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución española de 1978 y la Constitución colombiana de 1991, entre otras cartas fundamentales contemporáneas iberoamericanas, y como lo asumen las jurisdicciones constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela, entre otras.

#### IV. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

##### 1. *La autoejecutividad de las normas de los tratados sobre derechos humanos*

El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, lo que equivale en derecho constitucional a los preceptos o normas operativas de la Constitución, es decir, las normas que debe considerar en forma directa y en primer lugar el juez o la administración para resolver cualquier asunto sometido a su consideración.

La norma autoejecutable se caracteriza por establecer un derecho en favor de la persona que tiene un interés legítimo en la aplicación del precepto cuya protección es elegible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas.

Como lo sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional, el caso Foster y Neilson, estamos en presencia de normas autoejecutables por sí mismas en un tratado, cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del Estado la aplicación de esa norma en su favor.

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el propio prembulo explícita como fines de ese tratado, el establecer un régimen de “protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos”, ello se refuerza con el artículo 1o. de la Convención que señala:

obligación de respetar los derechos. 1. los estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y plena ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.

Así todos los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos son de autoejecutividad directa, a menos que exista una estipulación expresa en la norma que condiciona el cumplimiento de la norma al desarrollo de leyes subsecuentes.

Por tanto, el artículo 2o. de la Convención Americana, que establece la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención, constituye una obligación complementaria, lo que no releva al Estado de la obligación de respeto y de garantía de los derechos que establece el artículo 1o. de la Convención.

La autoejecutividad de la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión consultiva OC-7 del 29 de agosto de 1986 sobre el derecho de rectificación o respuesta, en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención, a solicitud del gobierno de Costa Rica, en ella la Corte rechazó el argumento de la no autoejecutibilidad del artículo 14.1, en virtud de que “el sistema mismo de la Convención est dirigida a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los estados para hacerlo” por lo que concluye que el derecho de rectificación o respuesta es internacionalmente exigible.

Jiménez de Arechaga ha establecido que, con el criterio antes señalado, confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

solamente carecen de autoejecutividad los artículo 13(4) sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; 17(4) sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derechos del niño a medida de protección; 21 (3) sobre prohibición de la usura, y 26, sobre derechos económicos, sociales y culturales.<sup>334</sup>

Respetar los tratados establece el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado, como asimismo, por todas las personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado. Esta obligación es de carácter *erga omnes* o general, exigible incondicionalmente a todos los agentes y órganos del Estado. Promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y

334 Jiménez de Arechaga, Eduardo, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, *Revista IIDH*, Costa Rica, enero-junio de 1988, p. 35.

agentes, deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impedirían el goce de los derechos.

Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5o. de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre estos del artículo 1o. común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, que establecen el deber de los estados partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario, lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de la Haya en el caso de Nicaragua Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de los Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos convenios “en todas las circunstancias”, lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los convenios dan expresión concreta.<sup>335</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez-Rodríguez, en sentencia del 29 de Julio de 1988,<sup>336</sup> y del caso Godínez-Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989,<sup>337</sup> considero que el artículo 1o., párrafo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece para los estados partes la obligación de “respetar y garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los estados partes están obligados a “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los años producidos por la violación de los derechos humanos”.<sup>338</sup> A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por la “falta

335 Véase Cañado Trinidad, Antonio Augusto, “Desarrollo en las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión, *Revista IIDH*, Costa Rica, núm. 16, p. 52.

336 Sentencia caso Velázquez Rodríguez, serie C, núm. 4.

337 Sentencia caso Godínez Cruz, serie C, núm. 5.

338 Véase serie C, núm. 4, pfo. 166, pp. 68 y 69, serie C, núm. 5, pfo. 475, p. 72.

de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.<sup>339</sup>

Concordamos con Germán Bidart Campos en que el principio es el de presunción de operatividad de las cláusulas del Pacto, y sólo cuando de la redacción de la norma surge en forma clara que es programática, ella lo será.<sup>340</sup> Sin embargo, si la cláusula es programática, obliga al legislador a hacer lo que ella determina, si no lo hace fuera de incumplir una obligación internacional emanada de un Tratado estaría incurriendo en una especie de inconstitucionalidad por omisión.

Que el artículo 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación inmediata de los estados partes de adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” que sean necesarias para hacer efectivos los derechos (compete a los tribunales de justicia a través de sus sentencias, hacer efectivas esas medidas) lo que permite la aplicación gil y eficaz de todo el sistema de derechos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, con su doble fuente de derechos, los reconocidos por vía normativa interna y los reconocidos e incorporados al orden jurídico nacional provenientes de la vía normativa internacional (principio de *jus cogens*, derecho consuetudinario y derecho convencional internacional), dando plenitud al sistema de protección de derechos humanos en el sistema constitucional, permitiendo la retroalimentación y armonización de ambas fuentes de derechos.<sup>341</sup>

## 2. La aplicación de la fuente y solución que mejor proteja los derechos

un tribunal de justicia en un estado Constitucional de Derecho, como lo era el vigente bajo la Carta de 1925 como el actual bajo el imperio de la Constitución de 1980, debe aplicar la regla hermenéutica que permite emplear correctamente la opción preferencial por la fuente y la solución que mejor favorezca la dignidad y los derechos de la persona humana, ya que, como lo sostenían viejos axiomas romanistas, todo el derecho

339 Véase serie C, núm. 4, pfo. 172, pp. 70 y 71; serie C, núm. 5, pfos. 181 y 182, pp. 73 y 74.

340 Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 185.

341 Piza, Rodolfo y Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Costa Rica, 1989, pp. 110, 117 y 125.

está constituido por causa del hombre, y podemos agregar, para su dignificación, lo que implica el respeto, garantía y promoción de los derechos humanos, provenientes tanto de fuente interna, como de la fuente internacional validamente incorporada al derecho interno.

El derecho interno de un Estado, a partir de la Constitución, y por decisión del Constituyente, no podría ser entendido de otra manera, y así en la Carta de 1925, como en la Constitución de 1980, se exige la asimilación del mejor modo posible a la necesidad de congruencia entre la Constitución y el derecho internacional cuando entre ellos no existe contradicción. La interpretación jurídica hecha por el juez en jurisdicción interna debe esmerarse por “cerrar” el sistema “en armonía con la fuente internacional, de modo tal que en cada caso y en cada circunstancia aquella interpretación, auxiliada por la integración coherente de los vacíos normativos, rinda el beneficio más valioso para la persona humana”.<sup>342</sup>

El texto de un tratado sobre derecho humanitario internacional o sobre derechos humanos forma parte de un contexto, “en el que su sentido integral se esclarece con el objeto y el fin del tratado”, principio hermenéutico que ha sido consagrado en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, la cual sistematiza principios interpretativos vigentes con anterioridad a la aprobación de dicho tratado.

Las normas de derecho interno y de derecho internacional de derechos humanos sólo “reconocen” y “aseguran” derechos, no los “constituyen”, no los “crean”, como lo señala expresamente la Constitución de 1980 en sus artículos 5, inciso 2 y encabezamiento del artículo 19, la constancia de los derechos en las normas escritas sólo significa vigencia normológica, la vigencia sociológica radica en su cumplimiento y aplicación práctica, en su efectividad.

La interpretación de las normas referentes a derechos que conforman el orden jurídico puede presentar lagunas o vacíos debe realizarse, por parte de los operadores jurídicos, especialmente por los jueces, mediante una apelación al conjunto de valores y principios, como el contexto histórico que alimentan a dicho ordenamiento jurídico como Estado de derecho constitucional democrático, lo que permite llenar los silencios o las carencias normativas para darle plenitud al sistema de derechos.

<sup>342</sup> Bidart Campos, Germán, *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*, ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 1994, p. 13.

A su vez, el operador jurídico debe siempre optar por la alternativa preferencial por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello, la dignidad de la persona humana. Este principio es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C.7/85, al establecer que si una situación determinada le son aplicables dos normas diferentes provenientes de distintos tratados, debe prevalecer la norma que sea más favorable a la dignidad y protección de los derechos esenciales de la persona humana. Este principio hermenéutico es perfectamente válido para ser aplicable en el caso de normas de derecho interno y de derecho internacional de derechos humanos, debiendo preferirse la que mejor proteja los derechos humanos, porque el sistema en su integralidad lo exige, sea ello una norma explícita o implícita.

De esta fuerza vinculante de los derechos esenciales de la persona se desprende la invalidez de los actos o poderes públicos que los desconozcan o sean resultado de un procedimiento en el curso del cual ellos hayan sido ignorados.

### *3. La intangibilidad de los tratados en materias de derechos humanos*

Así, tanto la Constitución de 1980 se inserta en materia de derecho humanitario internacional y derecho internacional de los derechos humanos, en un contexto internacional que exige al Estado de Chile cumplir sus obligaciones internacionales libremente contraídas a través de las cuales ha autolimitado su soberanía, lo que es propio de todo Estado de derecho, donde el Estado se regula por el derecho, lo que los diferencia de los Estados autocráticos.

Así, los órganos constituidos y el poder constituyente derivado carecen constitucionalmente de competencia para modificar o derogar los tratados de derechos humanitario internacional, como los tratados de derechos humanos, en virtud del principio de intangibilidad de los tratados reconocido por el Constituyente a través de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución.

Abona esta tesis, las expresiones del presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señor Ortúzar, quién encontrando razón al señor Guzmán respecto de la intangibilidad de los tratados internacionales, sealando que le preocupa que en el futuro se interprete la expresión “fuerza de ley” como que el sistema institucional acepta que una norma

legal pueda modificar los acuerdos con otros países, porque se destruiría la firmeza de la defensa chilena respecto a su intangibilidad y serían susceptibles de revisión los límites nacionales fijados por tratados (sesión 317, p. 2587).<sup>343</sup>

Sostenemos que el poder normativo interno, sea en su expresión constituyente y legislativa, no pueden modificar, ni derogar los tratados.

De tal forma, que la reforma de la Constitución por el poder constituyente derivado destinada a privar de eficacia a un tratado internacional o a derogarlo sería inconstitucional, quedando expuesto, previo requerimiento, a la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Chile se encuentra vinculada por la Constitución Política de la República y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo substraerse de tal obligación constitucional establecida en las Bases de la Institucionalidad, artículo 5o, inciso 2o. de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes, como asimismo, exponer la seguridad y el honor del Estado o de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la carta fundamental y de la nación chilena.

#### *4. Características de la constitucionalización de derechos humanos a través de tratados internacionales*

La institucionalización de derechos humanos mediante un tratado es más efectiva y radical que la que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos, ya que puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, el criterio para juzgar tales derechos, no es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado solo protegerlo y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder constituyente derivado.

<sup>343</sup> Fiamma, Gustavo y Mohor, Salvador, “La jerarquía normativa de los tratados internacionales”, *Diario el Mercurio*, Cuarto D, del 4 de noviembre de 1994, p. 25.

Por tanto, a través del tratado puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, asegurados por con normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicará los preceptos que brinden mayor protección a los derechos sobre aquellos que los desconozcan o les otorguen menor protección, en virtud de la norma que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía, siendo deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos. El constituyente ha subordinado el ejercicio de la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana, por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que la propia carta fundamental determina que el Estado debe asegurar y promover tales derechos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución, ya que ello deriva del valor de la dignidad y los derechos de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el tratado en materia de derechos humanos aparece mucha más vinculado al carácter de universal de los derechos humanos y permite, por esa vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humana.

Ello no significa que los tratados en materia de derechos humanos queden fuera del control de constitucionalidad, sino que el criterio de dicho control debe tener como principio rector asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común que es la finalidad de la actuación del Estado.

Así, un tratado en materia de derechos humanos sólo puede ser declarado inconstitucional por atentar o menoscabar la esencia de los derechos humanos, ya que al introducir un nuevo derecho se puede transgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado; por deteriorar los derechos ya incorporados a la Constitución; o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente.

Es así, que la voluntad de las Constituciones es la de otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento, aplicabilidad de preferente aplicación y modalidad de interpretación distinta a los otros tratados internacionales, siendo su jerarquía en el ordenamiento interno,

superior a la ley y al Constituyente derivado, pero subordinado al constituyente originario, que estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos, y especificó que ellos son inherentes al ser humano y limitan la soberanía o potestad del Estado.

Todo ello implica ya sea por norma explícita de incorporación de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado o por la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, la incorporación al derecho interno, de los derechos contenidos, entre otros tratados y convenciones en materia de derechos humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; la Convención Americana de Derechos humanos o Convención de San José de Costa Rica, para solo señalar los más importantes.

Los derechos contenidos en los tratados en materia de derechos humanos forman parte de la Constitución material, constituyendo parte del plejo de derechos garantizados constitucionalmente y constituyen límites al ejercicio del poder constituyente derivado y los poderes constituidos que ejercen las potestades públicas, así estos pueden sólo asegurar, garantizar y promover en mejor forma los derechos esenciales de la persona humana, pero jamás podrán afectar la esencia de los derechos ni disminuir su nivel de actual garantía constitucional, sólo podrán incrementarla hacia el futuro, lo que vale también para el Constituyente derivado o instituido.

El criterio para juzgar la compatibilidad con la Constitución de los derechos institucionalizados por vía de tratado internacional, es el criterio de si con ello se refuerza o se mejora objetivamente la seguridad y garantía de los derechos esenciales, los cuales siendo tales constituyen un límite al poder constituyente y Legislativo, por tanto, el Tribunal Constitucional o la Corte que realiza control de constitucionalidad, sólo podrá declarar si sus normas desmejoran la situación de los derechos esenciales ya asegurados o afectan negativamente el nivel de garantías que ellos ya tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal posición se encuentra una parte mayoritaria de la doctrina chilena, entre quienes puede señalarse a Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido, Santiago Benadava, Cecilia Medina, Rodrigo Díaz Albónico, Paulino Varas, Salvador Mohor, José Luis Cea, Natacha Panatt, Claudio Troncoso, Mario Calderón, Enrique Evans de la Cuadra, entre otros.<sup>344</sup>

344 Silva Bascuñán, Alejandro, "Reformas sobre derechos humanos", *Revista Chilena de*

Un sistema de derecho en un Estado Constitucional debe interpretarse de modo que logre su total plenitud a través de dos fuentes de retroalimentación: la interna de cada Estado y la internacional, lo que es aplicable en la materia que nos interesa tanto a la Constitución de 1925 como a la carta fundamental de 1980.

## V. UNA JURISPRUDENCIA ACORDE CON LA NUEVA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El juez nacional es un órgano del Estado que deriva su función y sus atribuciones del ordenamiento jurídico nacional, debiendo aplicar dichas normas en el desarrollo de su actividad jurisdiccional.

Si el Juez Nacional aplica el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el derecho internacional puede generar un hecho ilícito que comprometa la responsabilidad internacional del Estado. El Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, como lo establece expresamente la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 27, de la cual nuestro país es parte. A ello debemos agregar que si un tribunal internacional es llamado a conocer y fallar la controversia surgida, dicho Tribunal resolver la materia conforme al derecho internacional, para el cual el derecho interno del Estado constituye un hecho cuya validez internacional se aprecia de acuerdo con el derecho de gentes.

Respecto a esta última materia, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió que “es un principio del derecho de gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un Tratado” (serie B, núm. 17, p. 32). Asimismo ha sostenido que: “un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el derecho internacional a los tratados vigentes (Serie A/B N44, p. 24).<sup>345</sup>

En tal sentido, el juez debe intentar armonizar en el mayor grado posible ambos derechos en una interpretación sistemática y finalista. Así lo

Derecho, Universidad Católica de Chile, vol. 16, septiembre-diciembre de 1989.

<sup>345</sup> Llanos Mansilla, Hugo, *Teoría y práctica del derecho internacional público*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 485.

estableció en el caso chileno, un Auto Acordado de la Corte Suprema, del 11 de abril de 1967.

A su vez, el juez debe examinar atentamente la intención de las partes en el tratado, en términos de qué derechos y obligaciones se establecen y si éstos se han o no acordado para ser ejercidos por las personas. Luego debe examinarse si los derechos que otorga el tratado son de aplicación inmediata (operativos o *self-executing*) o si requieren de medidas nacionales de implementación.

En materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección de los derechos de las personas. Dicho juez debe optar siempre por aquella interpretación que protege en mejor forma los derechos de las personas. Las limitaciones deben ser interpretadas en forma restrictiva, como lo dispone específicamente el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

A su vez, los tribunales encargados de aplicar los derechos pueden resolver muchos problemas si tienen la voluntad efectiva de asegurar el respeto de los derechos humanos, especialmente, los que les corresponde ejercer control de la constitucionalidad a petición de parte o de oficio, pueden utilizar el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, determinando la existencia de una vulneración constitucional por la inactividad de algunos órganos del Estado.<sup>346</sup>

Finalmente, los jueces pueden aplicar con suficiente voluntad y en cumplimiento del principio de buena fe, una interpretación que permita siempre la mayor protección de los derechos, incluso llenando las insuficiencias y vacíos, dando completitud que la norma requiere, salvaguardando así el honor y la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional y realizando el fin querido por el ordenamiento constitucional que es el de asegurar, garantizar y promover los derechos humanos, como lo establecen las Constituciones latinoamericanas en su gran mayoría, como ya lo hemos visto anteriormente.

La interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional

<sup>346</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo, “La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad en el orden interno de los estados”, *Revista IIDH*, Costa Rica, núm. 16, julio-diciembre de 1992, p. 108.

respecto de los derechos asegurados por los convenios o tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico chileno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, ha establecido la integración y la complementariedad de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos, al respecto señaló:

En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Pre mbulo se reconoce que los principios que sirven de base a los tratados han sido consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales tanto de ámbito universal como regional” (párrafo 41), agregando que “el propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte igualmente en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión (párrafo 43) la doctrina ha afirmado en forma unánime la misma posición.<sup>347</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que democracia y derechos humanos están vinculados intrínsecamente, en el preámbulo, cuando se sostiene que “el respeto de los derechos esenciales del hombre se ha de realizar” dentro del cuadro de instituciones democráticas. A su vez, el artículo 29 de la Convención Americana, prohíbe toda interpretación de la Convención que excluya otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Ello se ve reforzado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a través de las opiniones consultivas 2 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 31; 5 del 13 de noviembre de 1985, párrafos 41 y 44; 8 del 30 de enero de 1987, párrafo 26, y 9 del 6 de octubre de 1987, párrafo 35.

Así en la OC5/85 se señala que “las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relaciona-

347 Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Los derechos humanos*, Colombia, Themis, 1980, p. 109.

Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos*, su desarrollo progresivo, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, pp. 47 y 48.

das con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas (párrafos 44).

Así, el contenido del literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido como regla hermenéutica que ninguna disposición de un tratado puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados”. Una regla prácticamente idéntica está establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal regla llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a sostener en su opinión consultiva 1/82 que su competencia consultiva puede ejercerse respecto de toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado internacional aplicable en los estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cual sea su objeto principal, o de que sean partes o puedan ser partes del mismo tratado estados ajenos al sistema interamericano.

Hay así toda una estructura de principios y valores que, coordinados con el objeto y fin de los tratados de derecho humanitario (Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos complementarios) y los principios y tratados de derecho internacional de los derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos y Convenciones posteriores complementarias), deben cumplirse de buena fe. Ello implica que los silencios, los implícitos, y el amplio arsenal axiológico que los nutre, tiene un sentido de vigor aplicativo, directo e inmediato en el ordenamiento jurídico, atribuyéndole toda su fuerza y valor normativo.<sup>348</sup>

Dejar de cumplir con las normas internacionales en materia de derechos humanos implica un desconocimiento de esos derechos, que los tribunales, como órganos del Estado, deben respetar y promover.

Los tribunales de justicia no estarían dando cumplimiento al deber de respetar y garantizar los derechos humanos sí por acción o por omisión no aplican la normativa relativa a los derechos asegurados en el ordenamiento constitucional o en los tratados incorporados validamente al ordenamiento jurídico.

<sup>348</sup> García de enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991.

Ello requiere de una formación cultural de los operadores jurídicos que supere los preconceptos y resistencias a la aplicación de las normas de un orden internacional o supra-nacional, dándoles operatividad inmediata. El fantasma de la soberanía sigue ejerciendo su influencia aún cuando las Constituciones especifican que los derechos humanos son parte de ella o constituyen una limitación al poder estatal, como claramente lo establece la Constitución Chilena en su artículo 5o., inciso 2.

Como dice la Corte Constitucional de Colombia, “es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos internacionales” (sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, C-109/1995 y 477/1995).

En el ámbito jurisdiccional interno destaca la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, lo que demuestra lo que pueden hacer los magistrados cuando de buena fe se comprometen efectivamente con los derechos esenciales de la persona humana y existe voluntad efectiva de cumplir las convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado.

Dicha Corte ha sostenido:

Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución (sentencia 3435-95 del 19-V-1995, considerando 6).<sup>349</sup> La misma sentencia citada precisa ...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en el caso contencioso o en una mera consulta, tendrán, de principio, el mismo valor de la norma interpretada.

La Corte Suprema de Uruguay, en sentencia 247 del 18 de abril de 1997 asume el criterio de limitación de la inmunidad de jurisdicción, como consecuencia del principio de soberanía del Estado que la invoca,

<sup>349</sup> *Cit.* por Piza Escalante, Rodolfo, *El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica, op. cit.*, p. 190. Con anterioridad hay sentencias similares: sentencia 3435-92, sentencia 5759-93.

asumiendo un esquema dualista de actividades del Estado en públicas y privadas, entre actos de gobierno como poder político y actos de gobierno como persona jurídica privada, entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, concluyendo que ...los actos que el agente o funcionario diplomático cumple actuando en el ejercicio de sus funciones y que se regulan por el derecho interno del Estado receptor o sede —a vía de ejemplo la contratación del persona administrativo o de servicio para la misión o consulado— están sometidos a la competencia de los tribunales internos. La intervención de éstos puede excluirse en virtud del principio de inmunidad de jurisdicción de los estados, sólo en los casos de actos *iure imperii*.<sup>350</sup>

La misma Suprema Corte de Justicia de Uruguay en sentencia 418 del 17 de diciembre de 1997, respecto del derecho del niño a su propia identidad, que se encuentra asegurado por el artículo 8o. de la Convención de Derechos del Niño, frente al derecho de la presunta madre a saber si determinada persona que vivía en Uruguay, era el hijo que le había sido sustraído en Argentina, durante la época del régimen autoritario militar, a lo cual se negaba el supuesto hijo basado en su derecho a su actual identidad. Frente a esta tensión entre derechos, la Suprema Corte de Uruguay señaló:

que el derecho a la identidad de menos tiene en la Argentina Jerarquía de ley fundamental (artículo 755, núm. 22); en nuestro país también cabe similar solución por la incidencia que tiene el artículo 72 de la Constitución, que permite recepcionar todos los derechos humanos que se consagran —más específicamente— en las convenciones o pactos internacionales, agregando que ...existe contradicción entre dos derechos fundamentales que debe ser decidida conforme con el criterio de razonabilidad..., precisando y concluyendo que ciertamente es muy difícil resolver el punto, pero las peculiaridades del caso llevan a optar por la primacía del derecho del menor (máxime que ahora es mayor) a negarse al examen, porque quiere seguir teniendo la identidad que lo distingue actualmente.<sup>351</sup>

350 Esteva Gallicchio, Eduardo, “Jurisprudencia más relevante establecida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (años 1997-1999)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, núm.3, pp. 320 y 321.

351 *Ibidem*, pp. 323 y 324.

La Suprema Corte Argentina, ya en 1992, en el caso “Ekmekdjian C. Sofovich”,<sup>352</sup> asume el monismo con preeminencia del derecho internacional, al asumir que al haber ratificado el Estado argentino, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, teniendo especialmente en consideración su artículo 27, ello imponía la asignación de primacía al tratado internacional, ante un eventual conflicto con normas de derecho interno. Así se otorgó amparo el derecho de rectificación o respuesta no contemplado expresamente en la Constitución argentina, teniendo como base para ello la Convención Americana de Derechos Humanos. Luego, la carta fundamental, como hemos visto, incorporó con la reforma de 1994, al Pacto de San José de Costa Rica con jerarquía constitucional expresa, en el artículo 75, núm. 22.

A su vez, la Corte Suprema argentina ha desarrollado la doctrina que se ha denominado del “seguimiento nacional”, en base al artículo 67 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, en los casos “Giraldi” y “Bramajo”, argumentando la buena fe internacional, involucrada en el leal cumplimiento del Tratado y la aceptación de la autoridad política y jurídica de los organismos estatuidos por la Convención, sealando que las resoluciones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para todos los jueces argentinos, en la interpretación y aplicación de los derechos humanos.<sup>353</sup>

La Corte Suprema de Venezuela<sup>354</sup> que toca a la autoejecutividad del artículo 25 de la Convención Americana que garantiza la acción de amparo constitucional de todos los derechos y la operatividad del artículo 49 de la Constitución de Venezuela que armoniza con ella, señalando:

la norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación por tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación queda diferida hasta que se dicte la ley especial

352 La ley, 1992-C-543.

353 sobre la materia véase la Ley, 1996-E-409. Asimismo, Sagüés, Néstor, “El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II-745; Bidart Campos, Germán y Albanese, Susana, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Jurisprudencia argentina* 30-6-199.

354 Sala Política Administrativa, caso Andrés Velázquez con Consejo Supremo Electoral, *cit.* por Carlos Ayala Corao, “El derecho de los derechos humanos”, *Lecturas constitucionales andinas*, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1994, núm. 3, p. 61.

que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia Constitución, que establece:

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Considera la Corte que con esta Declaración el Constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquellos meras declaraciones retóricas sin contenido real.

Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los tribunales de la República deben hacer uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 5o. de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de los que provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia.

La Corte Suprema de Venezuela, en reciente fallo de 1999, asume la concepción progresiva de los derechos humanos, al considerar con base al artículo 50 de la Constitución Venezolana de 1961,<sup>355</sup> que asume la existencia de derechos implícitos o no enumerados por el texto constitucional, determinando que:

El referendun previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución, agregando luego que ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino ontológicamente, ya que si se considera que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría este por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la carta fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado *ab initio* al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política.

355 Véase *Ius et praxis*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 5, núm. 2, 1999, pp. 579 y ss.; sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, 19 de enero de 1999.

La jurisprudencia chilena de los tribunales de justicia en materia en la relación entre derecho interno y derecho internacional bajo el imperio de la Constitución de 1925.

Bajo la Carta de 1925, el artículo 43, núm. 5 establecía la atribución exclusiva del Congreso de aprobar o desechar los tratados que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación, los cuales tendrían en el Congreso los mismo trámites de una ley.

El presidente de la República, a su vez, firmaba y ratificaba los tratados. Tal ratificación podrá hacerla sólo después de la aprobación del Congreso.

### 1. *La primacía del derecho internacional consuetudinario*

La Corte Suprema chilena ha reconocido la primacía del Derecho Internacional consuetudinario sobre el Derecho Interno chileno en caso de conflicto, en 1955, en la causa Lauritzen con Fisco. En efecto, en dicho caso la Corte sostuvo en el considerando 49:

Que aún el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del derecho internacional tienen prevalencia en estos casos, a su vez en la sección XI del fallo que trata de la indemnización la Corte Suprema afirmó “este fallo tiene la importancia de reconocer que las normas del Derecho Internacional son de aplicación preferente a las leyes locales”. Finalmente, el fallo en el número 159 expresó Que no es el caso tampoco, como sostiene la defensa del Fisco, pensar que pueden cobrar función jurídica los principios de la mora que establece nuestro Derecho Civil, porque se ha demostrado en este caso, los principios del Derecho Internacional prevalecen sobre el derecho interno.

La misma Corte Suprema en 1959, en un caso de extradición activa consideró: “Que por lo tanto, y de acuerdo con el citado artículo 637 del Código de Procedimiento Penal, es forzoso recurrir a los principios del derecho internacional para obtener un pronunciamiento acerca de la extradición de que se trata, principio que, por otra parte, priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado”.<sup>356</sup>

A su vez, la Corte Suprema en un caso sobre el ejercicio de las profesiones liberales, expresó que “es inaceptable en derecho que un tra-

356 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LVI, segunda parte, sección cuarta, p. 66.

tado internacional puede ser modificado por acto unilateral de uno de los contratantes”.<sup>357</sup>

Estas sentencias muestran que la Corte Suprema ha determinado en variadas oportunidades acerca de la supremacía de los principios del derecho internacional y las normas de derecho consuetudinario como formando parte, en cuanto *jus gentium*, del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas.

El último caso sealado nos muestra que también el derecho convencional internacional prevalece sobre el derecho interno en caso de conflicto, de otra manera se violaría el derecho internacional y se comprometería el honor del Estado chileno.

## 2. *El periodo autoritario bajo la Constitución de 1980* (11 de marzo de 1980-11 de marzo de 1990)

Durante la vigencia de la Constitución de 1980, entre mayo de 1981 y 1989, lapso en que se desarrolla la etapa de transición del régimen de facto y la plena vigencia del ordenamiento constitucional, durante el cual se mantiene un régimen autoritario militar.

Durante este lapso de nueve años, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en materia de aplicación del derecho constitucional internacional que contienen normas de derechos humanos, sin que ello implique que se trata de tratados específicos de derechos humanos, se expresó en forma heterogénea.

En efecto, algunas sentencias aplican preferentemente el tratado sobre la ley:

Así la Corte Suprema, en fallo de 28 de diciembre de 1983, acoge un recurso de queja recaído sobre sentencia de la Corte de Apelaciones, estableciendo en su considerando tercero, lo siguiente:

Que es un hecho no discutido en dicho proceso, que el recargo del 100% de los tributos con que se grabó la patente anual del automóvil reclamante, resultó indebidamente aplicado, toda vez que dicho gravamen respecto de determinados vehículos motorizados no podía ser exigible, por cuanto contravenía lo dispuesto en el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y

<sup>357</sup> Fallo de la Corte Suprema en el caso de un ciudadano costarricense, que invocaba los beneficios concedidos por la convención sobre ejercicios de las profesiones liberales, firmado en México en 1902.

comercio GATT, vigente desde marzo de 1949, tratado internacional que una vez suscrito por Chile no puede sufrir derogaciones, modificaciones o suspensiones por medio de disposiciones contenidas en preceptos legales de orden interno.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1987, en el caso Almeyda, estableció en su fundamento 28:

Que la prevalencia en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta, por lo demás, del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significa permitir la reforma de la carta fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 a 118. De allí que dicha prevalencia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario.

A su vez, la Corte de Apelaciones de Santiago, en Sentencia del 7 de marzo de 1988, concluye en la superior jerarquía del tratado sobre la ley interna, sosteniendo en su consideración cuarto: “Por otra parte, siendo un tratado un acto bilateral, es inaceptable que pueda ser modificado por una ley interna dictada en uno de los países contratantes, no puede aplicarse a las importaciones de productos desde los países que suscribieron el citado acuerdo GATT” (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, segunda parte, sección 2, p. 12).

A su vez, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han sostenido la primacía de la Constitución sobre las decisiones de los Tratados Internacionales.

Finalmente, la Corte Suprema, en sentencia del 14 de noviembre de 1988, en su considerando 13, señaló que:

tratándose de garantías constitucionales, cuyo ejercicio están expresamente amparados con un recurso establecido en la propia Constitución, forzoso es concluir que corresponde entender que las normas de esta última prevalecen en función de lo que disponga una Convención de carácter internacional que jurídicamente tiene valor la ley, y que, por lo tanto, conforme a nuestra jerarquía legal no puede disponer más allá de la Constitución que se reconoce universalmente como a la Suprema Ley, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, septiembre-diciembre de 1988, segunda parte, sección 5, p. 259.

La jurisprudencia de los tribunales emanada después de la reforma de 1989 al artículo 5o., inciso 2 de la Constitución.

Esta jurisprudencia se agrupa en materias diferentes.

Claudio Troncoso es un trabajo inédito consultado, expone algunas de estas sentencias, agrupadas en dos materias que son: libertad provisional y ley de cheques en relación con la prisión por deudas y el tema de la imprescriptibilidad de los derechos humanos que aplican los principios analizados anteriormente.

El autor mencionado cita en su trabajo las siguientes sentencias:

#### A. *Libertad provisional y Ley de Cheques*

Sentencia de la Corte Suprema del 2 de mayo de 1991, que confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que le otorga al procesado la libertad provisional en causa por giro doloso de cheques fijándole una fianza de \$ 500.000.- no cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 44 de la ley antes citada. La Corte estimó que de otra manera se trataría de una prisión por deudas. La Corte señaló: Lo resuelto se encuentra además en concordancia con el artículo 7o., núm 7 de la Convención Americana de Derechos denominado “Pacto de San José de Costa Rica”, aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el *Diario Oficial* del 5 de Enero de 1992, que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5o. de la Constitución Política, que establece que nadie ser detenido por deudas y no cabe dudas que si aceptara la interpretación del recurrente la permanencia en el recinto carcelario (del procesado) habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad.

Sin embargo, en fallo de 25 de junio de 1991 la Corte Suprema cambia de posición, señalando lo siguiente:

En el numerando 7o. el comentado artículo 7 del “Pacto de San José” asegura el derecho que nadie ser detenido por deudas, pero tal norma no resulta contraria del artículo 44 de la ley de cheques, en cuanto la caución que establece, desde que dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil sino de una simple condición legal,

para que los individuos privados de la libertad por los delitos descritos en esta ley puedan obtener su excarcelación, asegurando de ese modo su comparecencia al juicio.<sup>358</sup>

### B. *Sentencia del Juez de Castro: imprescriptibilidad de los derechos humanos*

Resolución del juez de Castro del 2 de Febrero de 1992 por el cual se somete a proceso a un individuo por la responsabilidad que pudiera caberle en los hechos en que resultó muerto Héctor Arturo Hidebrando Santana Gómez, quién fue detenido por efectivos de la Tenencia de Quellón, el 16 de septiembre de 1973.

La resolución señala:

Que es público y notorio que en esa fecha acontecieron actos de muerte similar a los descritos en el fundamento anterior, a raíz de una inflexión institucional, en que las Fuerzas Armadas y de Orden tomaron el control del país, pero que en caso alguno, aún en Estado de emergencia ameritaban lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos. El derecho a la vida, el derecho a un debido proceso tienen el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y en consecuencia, por ninguna razón pueden verse afectados por la acción estatal. Estos derechos, como otros de igual naturaleza, son declarado inderogables, puesto que difaman de la persona, que tiene atribuciones superiores al Estado, el cual debe estar permanentemente al servicio de su defensa. Así por emanar de la esencia misma del ser humano tienen la característica, entre otras, de ser imprescriptibles. No caducan ni se pierden por el transcurso del tiempo, ni por el hecho de no poder ejercerse, de manera que ni el decreto de amnistía 2,191, ni el transcurso del plazo, afectan su plena vigencia.<sup>359</sup>

Esta sentencia fue apelada a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que la confirmó.

Más recientemente han habido otras materias que han sido objeto de sentencia de los tribunales superiores en que se han aplicado directamente los tratados rectificadas por Chile y vigentes en materia de derechos humanos.

358 Fallos del mes, núm. 391, junio de 1991, p. 244; sentencia repetida el 19 de septiembre de 1991.

359 *Cit.* por Troncoso, Claudio, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en abril de 1993, resolviendo un recurso de apelación del “Centro de Salud y Recreación Gunter Mund y Cía. Ltda”, respecto de una multa aplicada por un juez local en fallo de primera instancia al haberse impedido el ingreso al local de una dama de nacionalidad coreana, señala:

El hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar a un lugar público, sea gratuito o pagado, basado en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra circunstancia étnica, social o cultural implican un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en la sociedades modernas relativa a derechos humano, contenidos en la Carta de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos que son leyes de la República en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5o., inciso 2 de nuestra carta fundamental.

Tal acción sostiene el Tribunal, basada en el hecho que:

las costumbres alimentarias de personas de esa nacionalidad hace que tengan mal olor o que grupos de personas de esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menos cierto que, además, de significar la conducta de los responsables del Centro de Salud Gunter Mund una discriminación racial, resulta además injusta y atentatoria a la dignidad humana.

En sentencia Rol N 1561-92, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha dos de julio de 1992, determinó en un recurso de protección interpuesto por el Intendente de la Región Metropolitana en favor de personas que se encontraban en huelga de hambre, lo siguiente:

1) Que el artículo 5o. de la Constitución en su inciso segundo establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución entre los cuales se encuentra fundamentalmente el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas.

2) Que es un hecho restablecido en estos antecedentes que las personas referidas en la presentación se encuentran en un Estado de grave peligro para su vida por cuanto voluntariamente se han negado a ingerir alimentos en forma sistemática desde el día 5 del mes pasado en el lugar señalado en lo expositivo de este fallo.

3) Que en esta contingencia de este fallo haciendo uso de esta Corte de sus facultades conservadores resuelve lo siguiente:

a) Se instruye al Director del Servicio de Salud Metropolitano Central para que disponga el traslado inmediato de las personas mencionadas en el recurso a un establecimiento asistencial médico a fin de que se les suministre la atención médica necesaria para su recuperación.

b) Que para el evento de producirse oposición se decreta ya el auxilio y fuerza pública para el cumplimiento de lo decretado.

En causa rol núm. 983-93, de recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 31 de mayo de 1993, luego de confirmado por la Corte Suprema, por fallo del 15 de junio de 1993, aplicando directamente los pactos internacionales en materia de derechos humanos, señaló:

9) Que lo concluido en los considerandos anteriores en plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigente en nuestro país, siendo suficiente para esa magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19, números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permite la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar al respecto a los derechos o a la reputación de los demás y también la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de auto.

Todavía más, el artículo 4o. de este pacto permite en circunstancias excepcionales, que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión o información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.

También cabe mencionar los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que aún cuando contempla el derecho a la libertad de expresión en forma amplísima, pues no permite ninguna forma de censura previa, ésta debe interpretarse en los términos sealados en el considerando 7, teniendo presente que en la especie no se trata de medidas restrictivas dispuesta por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la ley y que corresponden al rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia.

Sin perjuicio de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en nuestra opinión, lo que ha sido ratificado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, existe una mala interpretación de la Convención, olvidando el Tribunal chileno la prohibición de restricciones y censuras preventivas en materia de libertad de información.

Respecto de la libertad provisional de menores, hay una cantidad importante de sentencias de Cortes de Apelaciones que se fundamentan en la Convención de Derechos del Niño, cuyo razonamiento es similar al que se transcribe a continuación:

Que tratándose de una menor de edad que delinquiró a los 17 años, mayor motivo tienen aún los jueces para inclinarse en favor de la excarcelación, sobretodo, si se considera que de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre Derechos del Niño —publicada en el *Diario Oficial* del 27 de septiembre de 1990—, la prisión de un niño y se entiende por tal al menor de 18 años de edad (artículo 1) se utilizar tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que procede. Disposición que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con el artículo 51 inciso segundo de la Constitución Política de la República que ordena respetar y promover los derechos establecidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (sentencia Rol núm. 19558-94. Corte de Apelaciones de Santiago).

Así, hoy es indiscutible que los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son parte del derecho chileno y aplicables de inmediato si se trata de derechos civiles y políticos. Esto constituye una obligación para todos los órganos del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales a los que les cabe un rol fundamental en esta materia.

En fallo Rol núm. 43.488-9, consultada la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de una sentencia penal que condenaba a LVC, fundado en confesión extrajudicial previo apremios ilegítimos que le provocaron lesiones por cuerpo contundente, determinados por los correspondientes informes médicos, la Corte de Apelaciones declara nula tal confesión, absolviéndolo de la acusación que se le había formulado. A estos efectos, los considerando en que se invocan y aplican los tratados de derechos humanos son los siguientes:

2. Que el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte, el artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma y a confesarse culpable.

Todavía más, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes define como tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión ...cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas... (artículo 1o.). Obliga a todo Estado parte a mantener en examen los sistemas, métodos y prácticas de interrogatorio de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión, precisamente con el fin de evitar todo caso de tortura (artículo 11). Y además, compete a los Estados parte a asegurarse de que ninguna declaración que se demuestre haber sido hecha como resultado de tortura.

3. Que todas las disposiciones que vienen de recordarse son vinculantes para los jueces de la República, por cumplir plenamente las condiciones a que se refiere la frase final del inciso 2 del artículo 5 de la Constitución Política.

Por lo demás, hoy se entiende formar parte del debido y racional procedimiento penal y, por tanto, también obligan a los tribunales por la vía del artículo 19 de la misma Carta Principal, en lo que hace a su numeral 3 inciso 5.

4. Que así las cosas, descartado el único elemento de cargo que la pesquisa logró reunir en contra del L.V.C., no queda sino concluir que, apreciada como en este tipo de asuntos corresponde evaluarla, no logra la prueba convencer respecto de su participación criminosa en el delito por el que se le acusó, debiendo los jueces seguir en este particular la sabia regla del artículo 456 bis del Código Procesal.<sup>360</sup>

El fallo transcrito aplica directamente las normas del derecho internacional de los derechos humanos y entiende que ellos se incorporan a la Constitución entendiendo, en este caso específico, que forman parte del artículo 19, núm. 3, inciso 5.

360 *Gaceta Jurídica*, abril de 1995, pp. 136-138.

También, en materia de tratados clásicos (no referentes a derechos esenciales), la Corte Suprema ha determinado la prevalencia de los tratados en el siguiente caso, confirmado jurisprudencia anteriormente citada:

En recurso de protección interpuesto por la Compañía Chilena de Fósforos en contra de la Comisión Nacional de Distorsión de Precios, en cuanto esta última no había dado curso en la denuncia de dumping por la incorporación de encendedores desechables provenientes de varios países asiáticos, al considerar la Comisión Nacional de Distorsión de precios que de acuerdo con el tratado del GATT y su interpretación, los fósforos no son “productos similares” a los encendedores desechables, ya que “producto” similar es según el tratado del GATT el que tiene similitud física y no de finalidad.

Así, en fallo de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1994, rol núm. 3.396-94, se determinó en los considerando respectivos, lo siguiente:

3. Que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32 núm. 17 y 50, núm. 1 de la Constitución, y luego de su promulgación y publicación en el *Diario Oficial*.

4. Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, vigente en el país desde el 27 de enero de 1980, debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del Tratado.

5. Que la convención internacional en consideración se aplica preferentemente frente a la ley interna, mientras el Tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional.

Tal fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia por unanimidad de los cinco ministros que integraron la Primera Sala, el 11 de enero de 1995, rol núm. 24.244. Fallos publicados en Gaceta Jurídica de marzo de 1993. pp. 165-168.

La misma Corte Suprema en sentencia del 26 de octubre de 1995 en recurso de queja núm. 5566, determina en su considerando 14: que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se desataca en la sentencia recurrida, si este Tribunal

efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que la naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente de producirse debilitaría el Estado de derecho.

Asimismo, diversas sentencias de la Corte Suprema han determinado que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, como asimismo, que en el caso de pactos o convenciones internacionales que persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tienen aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5o. de la carta fundamental se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son “superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos” (*Revista Fallos del Mes*, núm. 446, sección criminal, p. 2066, considerando 4).

Asimismo, la Corte Suprema en fallo rol 459-98 de septiembre de 1998, recurso de casación penal, en su considerando décimo determina:

en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones (tratado internacional) importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del derecho internacional los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos.

## VI. EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS ES UNA CUESTIÓN DE JURISDICCIÓN CONCURRENTES O COMPARTIDA ENTRE LA INTERNA DE CADA ESTADO Y LA INTERNACIONAL

Ello obliga al Estado a resolver las materias de derechos humanos de conformidad con el sistema internacional (universal o regional) del que el Estado es parte, lo que impone el deber a este último, de que tales derechos se hagan efectivos en su jurisdicción interna como lo exige tam-

bién nuestro artículo 5o., inciso 2 de la Constitución. Así, es en el ámbito del Estado donde los derechos deben lograr efectividad, pero es el derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos el que determina las directrices dentro de las cuales el derecho interno tiene que resolver la materia concreta referida de derechos de la persona humana, en lo que se refiere a las personas que se encuentren sometidos a su jurisdicción.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas nos dice Verdross, se ha “roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional”.<sup>361</sup>

## VII. MEDIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el caso que los medios jurídicos internos de reparación de los derechos humanos no existan, se hayan agotado sin tener éxito o no sean tales medios efectivos, la protección de los derechos puede hacerse a través de los mecanismos internacionales.

Hay en este ámbito una fuerte interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público.

Aquí debemos insistir en que el sistema internacional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario del correspondiente a los tribunales nacionales. En todo caso, cuando intervienen los organismos internacionales verifican la conformidad de todas las normas estatales, todo el derecho interno (desde la Constitución, pasando por las leyes, actos administrativos hasta llegar a las sentencias de los tribunales internos), a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, especialmente en materia de pactos internacionales o tratados en materia de derechos humanos.

En esta perspectiva, una sentencia de cualquier tribunal nacional puede comprometer el honor y la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno, si falla un

<sup>361</sup> Verdross, *Derecho internacional público*, Madrid, 1987, p. 492.

asunto ignorando el derecho internacional de los derechos humanos o realizando una interpretación violatoria de un tratado en la materia. Ello se debe a que los tribunales nacionales ya no son los interpretes finales de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Para citar un solo ejemplo, la determinación de si un precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos es de ejecución inmediata (*self executing*) o no, ello está determinado por el derecho internacional y su órgano de aplicación que es la Corte Interamericana del Derechos Humanos a través de sus opiniones consultivas y de sus sentencias, al respecto los tribunales nacionales deben seguir esa interpretación, ya que si no lo hacen comprometen gravemente la responsabilidad internacional y el honor del Estado, además de su responsabilidad interna de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado respectivo.

Así, los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes, constituyen los interpretes últimos en relación a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos.

El valor jurídico de las “recomendaciones” de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicha Convención junto con ser norma de derecho internacional obligatoria para los estados parte y todos sus órganos, es también norma de derecho interno, incorporada válidamente a nuestro ordenamiento jurídico, que debemos respetar y cumplir de buena fe de acuerdo con las normas de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados de 1969, especialmente su artículo 26 que determina “Todo tratado en vigor obliga a las partes y deben ser cumplido de buena fe”, lo que se complementa con el artículo 27 que precisa la prohibición de invocar disposiciones de derecho interno con el objeto de no cumplir las obligaciones emanadas del tratado.

La Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso Qatar *versus* Bahrein (1994) estipuló que: “Un Estado no puede invocar una disposición de su derecho interno como justificación para no cumplir con una

obligación internacional, lo que constituye un principio general de derecho internacional”.

Tratándose la Convención Americana de Derechos Humanos de un tratado dedicado a los derechos humanos, los estados partes del mismo “se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia las personas bajo su jurisdicción”, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 2/82 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente sus párrafos 29 y 30.

La misma Corte Interamericana ha sostenido que:

las disposiciones del sistema interamericano le han encomendado a la Comisión la promoción de los derechos humanos, ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ (artículo 11 de la Carta de la OEA) como lo recoge textualmente el artículo 41 de la convención. Es esta en la función principal de la Comisión y la que condiciona y regula todas las demás que ella tiene, en particular las que le atribuye el artículo 41 y cualquier interpretación que de ellas se haga tendr que estar sujeta a este criterio (OC 13/93 del 16/07/93, sobre ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

En el ejercicio de esta función principal de promoción y defensa de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emite recomendaciones como una de sus atribuciones, no solamente para los estados parte sino también para todos los estados miembros de la Organización de Estados Americano (OEA). De esta forma, el artículo 41 de la CADH regula la función principal de la Comisión.

A su vez, los artículos 50 y 51 establecen las atribuciones de la Comisión en el contexto de la sección 4, relacionada con el desarrollo procesal frente a las comunicaciones en que se alegue la violación de uno o más derechos de aquellos asegurados por la CADH.

Las recomendaciones de la Comisión, de acuerdo con los artículos señalados, constituyen la fase final del procedimiento específico que se inicia con las comunicaciones o peticiones presentadas a la Comisión.

Las recomendaciones o resoluciones de la Comisión, en virtud del artículo 51 de la CADH, deben entenderse dentro de las obligaciones de los estados parte de la CADH de acuerdo con el artículo 1o. de dicho tratado, la de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos asegurados

por dicha Convención en forma libre y plena a todas y cada una de las personas sujetas a su jurisdicción. La Corte Interamericana en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29/07/1988, determinó que el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos.

El Estado parte tiene el deber jurídico de reparar adecuadamente las violaciones de los derechos por él cometidos, ya sea por responsabilidad de actos del gobierno o de decisiones jurisdiccionales de los tribunales. El Estado que no cumple las recomendaciones dictadas por la Comisión, vulnera los artículos 50.3 y 51.2, no solamente en virtud de las normas imperativas generales de derecho internacional *pacta sunt servanda* y *bonna fide* del artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1968, sino, además, porque viola las normas convencionales per se, como precisa Bidart Campos.<sup>362</sup>

En efecto, el artículo 50 y 51, como estableció la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 13/93, se han inspirado de los artículos 31 y 32 de la Convención Europea: “Como en el sistema interamericano no fue establecido un órgano similar al Comité de Ministros, la Convención Americana atribuyó a la Comisión la facultad de determinar si somete un caso a la Corte o si continua conociendo del mismo” (párrafo 46 y 47).

Al sustituir la Comisión Interamericana al Comité de Ministros, al tener las decisiones de este último efectos vinculantes nada impide que lo tengan las resoluciones de la Comisión, si el objetivo de estas es que los Estados cumplan sus obligaciones de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos. Que efecto útil tendría las recomendaciones de la Comisión si no es obligatorio cumplirlas. El artículo 51 de la CADH determina que la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijar un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada.

En el caso de Chile que ha reconocido la jurisdicción supraestatal establecida en la CADH, si no se quiere concluir en un resultado interpretativo absurdo o irrazonable (artículo 32 de la CADH), es necesario concluir que las recomendaciones de la Comisión, emitidas en virtud de los artículos 50 y 51 de la CADH, tienen carácter vinculante y deben cumplirse, de lo contrario, todo el procedimiento ante la Comisión no serviría de nada, sería un gasto de tiempo y actividad procesal inútil.

362 Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 20.

El incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en virtud de los artículos 50 y 51 de la CADH, constituye un omisión de parte del gobierno de adoptar las medidas legislativas a que obliga el artículo 2 de la CADH, y en el caso de los tribunales chilenos, en la omisión de la obligación de adoptar “las medidas de otro carácter” que son las resoluciones judiciales. Los órganos del Estado constitucionalmente tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales asegurados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes de acuerdo con el artículo 5o. de nuestra Constitución. Todos los órganos estatales nacionales tienen el deber de darle efectividad a los derechos conculcados señalados en las resoluciones de la Comisión Interamericana enmarcadas en el ámbito de los artículos 50 y 51 de la CADH.

Los tribunales nacionales a través de sus resoluciones y sentencias deben, de acuerdo con las obligaciones derivadas de los artículos 1o. y 2o. de la CADH, que son parte de nuestro ordenamiento jurídico y de aplicación preferente, hacer efectivos los derechos asegurados por la CADH que forman parte del bloque constitucional de derechos y que fueron violados de acuerdo a lo determinado por la Comisión Interamericana en uso de sus funciones y atribuciones expresamente reconocidas por el Estado de Chile.

En el ámbito comparado, la Corte Suprema de Justicia Argentina en los casos “Giroldi” (fallos 318-514) y “Bramajo” (fallos 319-1840),<sup>363</sup> ha determinado que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”.

A su vez, cuando la violación de uno o más derechos asegurados por la CADH que forman parte de nuestro bloque constitucional de derechos esenciales, se debe a una sentencia judicial de un tribunal chileno, se configura la situación de nulidad de la cosa juzgada por sentencia írrita o arbitraria, vulneradora de derechos esenciales, los cuales de acuerdo a nuestra carta fundamental constituyen límites a la soberanía y, por tanto, a todas las potestades de los órganos instituidos (artículo 5o., inciso 2 de la Constitución). El error judicial vicia la sentencia y afecta gravemente el racional y justo procedimiento asegurado por el artículo 19, núm. 3

363 Véase Sagüés, Néstor, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

inciso 5 de la carta fundamental, como asimismo, los artículos 1o., 2o. y 8o. de la CADH.

Las sentencias de los tribunales deben ser revisadas cuando ellas constituyen vulneración de derechos, así declarados por la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Incluso, si el recurso de revisión no existiera debiera admitirse ante una aparente *vacatio legis* por imperativo de justicia natural.

Las principales cortes internacionales admiten la revisión de sentencias firmes con el objeto de evitar una situación de evidente injusticia que muestra un vicio sustancial de la sentencia, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Genie Lacayo, revisión sentencia del 21/1/97, resolución del 13/1/97). Tal revisión la contempla también la Corte Internacional de Justicia (artículo 61), el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (artículo 12), la Corte Europea de Derechos Humanos (Reglamento B, artículo 60).

Como lo señala con claridad el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el magistrado Cañado Trindade: “Mientras no prevalezca en todos los estados parte de la Convención Americana una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, de que la responsabilidad internacional de un Estado puede configurarse por cualquier acto u omisión, de cualquiera de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), muy poco se avanza en la protección de los derechos humanos en nuestro continente (CIDH, resolución del 13/9/97, párrafo 24).

Si lo establecido es predicable de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, ello adquiere mayor fuerza en el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales son “definitivas e inapelables” (artículo 67 de la CADH), estando el Estado chileno obligado a cumplir tal veredicto (artículo 68 de la CADH).

Las obligaciones del Estado de Chile de adoptar las “medidas legislativas” o de “otro carácter”, entre las que se encuentran las resoluciones judiciales, de acuerdo con el artículo 2o. de la CADH, implican adoptar los procedimientos de revisión de la legislación y de las sentencias que sean motivos de violación de la CADH.

Tal perspectiva constituye un imperativo de nuestro Estado de derecho constitucional democrático en cumplimiento de las obligaciones que libre y voluntariamente hemos adquirido en ejercicio de la soberanía, compromiso que debemos respetar y garantizar. Así lo exige también el bien

común internacional y la honestidad y buena fe que deben regir el derecho internacional y supranacional.

En tal perspectiva, es necesario que el Estado de Chile arbitre un procedimiento expedito para el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, procedimiento que debería ampliarse o aplicarse también a la ejecución de las sentencias de los Tribunales Internacionales o Supranacionales en materia de derechos humanos o materia penal a los que el Estado de Chile haya reconocido jurisdicción y competencia.

Ello tiene por objeto evitar la situación de que sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como asimismo del futuro Tribunal Penal Internacional, instancias a las cuales el Estado de Chile les reconoce jurisdicción y competencia, queden sin ejecución, como ocurre hoy día también con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto hay varias alternativas posibles que han sido seguidas en países europeos. Así por ejemplo, el artículo 441 del Código de Procedimiento Criminal de Bélgica, establece que el fiscal general, por instrucciones del ministro de Justicia, puede denunciar ante el Tribunal de Casación (Corte Suprema) sentencias definitivas de los tribunales belgas que sean contrarios al ordenamiento jurídico, pudiendo dicho tribunal decidir la reapertura de la causa. A su vez, el artículo 1088 del Código de Enjuiciamiento civil, permite que el fiscal general pueda denunciar, a instancia del ministro de Justicia ante el Tribunal de Casación, sentencias realizadas con exceso de poder de jueces o contrarias al ordenamiento jurídico. Dicho procedimiento ha sido utilizado en Bélgica para la revisión de procesos penales en los cuales se declaró por sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vulneración de la Convención Europea de Derechos Humanos, dando ejecución a la sentencia del caso “Piersack” ( A-53; sentencia del Tribunal de Casación del 18 de mayo de 1983).

En el caso de Austria, también se establece el que el fiscal general ejerza de oficio o a iniciativa del ministro federal de Justicia, su facultad de interponer ante el Tribunal Supremo una demanda de nulidad de la sentencia penal impugnada en el interés de la aplicación del ordenamiento jurídico, cuando haya habido violación o incorrecta aplicación del derecho, al amparo del artículo 33.2 del Código de Procedimiento Criminal. Así el Tribunal Supremo puede casar la sentencia original o modificar la

pena. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Unterpetinger y Windisch” se ejecutaron siguiendo esta modalidad (sentencia del Tribunal de Justicia de Austria del 21 de julio de 1987 en ejecución de STEDH, A 110; Sentencia del Tribunal Suprema de Justicia de Austria del 23 de agosto de 1990, en ejecución de la STEDH 186).

En el caso de Suiza la ley de revisión de la administración federal de justicia del 29 de mayo de 1985, en su artículo 139 (a) se establece que “serán admisibles las demandas de revisión de una sentencia del Tribunal Federal o de un Tribunal inferior si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Ministros del Consejo de Europa hubiera aceptado las alegaciones de una reclamación individual denunciando una infracción al Convenio o a uno de sus protocolos, y si la reparación no pudiera ser obtenida por otros medios. La revisión debe ser solicitada y se trata de un mecanismo subsidiario. El plazo para presentar esta demanda es de 90 días desde que se notifica las partes la resolución del órgano europeo. Procedimientos similares de revisión se contemplan en el artículo 66.1.b) de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; en los artículos 229.4 y 278 bis de la Ley de Procedimiento Criminal y en el artículo 200.1.f) de la Ley de Procedimiento Criminal Militar.

El modelo más perfeccionado es el del Estado de Malta, el cual establece un mecanismo especial para ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, toda sentencia del TEDH afectada por la declaración de reconocimiento de su jurisdicción puede ser ejecutada por el Tribunal Constitucional, de la misma forma que las sentencias dictadas por este Tribunal y ejecutables por el. A tal efecto debe formularse una demanda ante el Tribunal Constitucional, que debe notificarse al fiscal general solicitando que se ordene la ejecución de la sentencia.

En el caso de Luxemburgo, dicho ordenamiento jurídico contiene una normativa especial para ser posible la revisión de un proceso penal cuando una persona ha sido condenada con violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La ley del 30 de abril de 1981 que reformó el Código de Procedimiento Criminal, introdujo el artículo 443.5 en el que se establece que una persona tiene derecho a que se revise su causa cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que su condena ha sido formulada en contravención del Convenio.

De las alternativas reseadas nos parece más conveniente el establecimiento de disposiciones similares a las existentes en los Estados de Luxemburgo y de Malta.

Éstas son algunas ideas de alternativas y disposiciones que podrían tenerse en consideración para la ejecución de sentencias de instancias internacionales jurisdiccionales a los cuales el Estado de Chile les haya reconocido competencia, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el futuro próximo a la Corte Penal Internacional, las que podrían incorporarse en el ámbito respectivo correspondiente al Nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual regir en el próximo siglo, donde la internacionalización del derecho y la operación de los tribunales internacionales ser cada vez más habitual y normal.

### VIII. RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DE LA CORTE INTERAMERICANA Y COSA JUZGADA INTERNA

En esta materia, debe señalarse que la cosa juzgada no constituye una garantía del debido proceso en la CADH ni en el texto de nuestras constituciones por regla general. Además, consideramos que la cosa juzgada no existe en sentencias írritas, las cuales no son propiamente sentencias y carecen de validez jurídica. La doctrina comparada ha asumido la revisión de la cosa juzgada nula. Ejemplos de ello es cuando se ha vulnerado el derecho a un tribunal objetivo e imparcial; cuando se ha vulnerado el derecho a defensa jurídica técnica eficaz; cuando se ha vulnerado la racional y justa investigación o proceso, cuando se ha vulnerado el debido proceso por dolo o fraude, por sentencia arbitraria, por pruebas o testimonios falsos; entre otras materias.

El cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o supranacional que ha determinado que la sentencia de carácter nacional no cumple con el carácter de sentencia válida y respetuosa de los derechos antes señalados, es fundamento suficiente para revisar o rehacer el proceso.

La Corte Interamericana ha admitido la revisión de sus propias sentencias firmes, aún cuando el artículo 67 de la CADH determina que sus sentencias son definitivas e inapelables. En tal sentido cabe señalarse la revisión de la sentencia en el caso Genie Lacayo de fecha 29 de enero de 1997, resolución del 13 de septiembre de 1997, párrafo décimo. La revisión de sentencias írritas constituye una norma común en materia de tribunales tanto nacionales como internacionales. En el caso de los tribunales internacionales, podemos señalar la Corte Internacional de Justicia (artículo 61); la Convención de La Haya sobre solución Pacífica de con-

troversias internacionales (artículo 83); el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (artículo 12), y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

El destacado jurista y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Profesor Cançado Trindade, ha determinado que el recurso de revisión, aunque restrictivo, debe admitirse ante una aparente *vacatio legis* por imperativo de justicia natural.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 8/86, párrafo 29, ha determinado que no corresponde invocar razones de orden público para sostener la cosa juzgada cuando ella implica vulneración de derechos esenciales, ya que el objetivo esencial del orden público es precisamente, la protección de los derechos esenciales y las condiciones de progreso material y espiritual del conjunto de las personas que forman parte de una sociedad política.

Existen en el derecho comparado diversos casos de revisión de sentencias pasadas en cosa juzgada formal y material, que han sido revisadas luego de decisiones en las cuales se ha constatado la vulneración de derechos esenciales, por parte de judicaturas internacionales.

Un ejemplo en el ámbito del derecho europeo, está constituido por el caso “Bultó”, en España, 1992, donde en un proceso penal el señor. Bultó fue condenado a cumplir una pena de prisión, la cual fue confirmada por el Tribunal Supremo Español, frente a lo que se interpuso un recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, el cual también confirmó la sentencia del Tribunal Supremo. La persona afectada recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que determinó que se habían vulnerado las garantías del debido proceso. Dicha sentencia fue enviada al Tribunal Constitucional Español, el cual en base al fallo de la Corte Europea anuló su propia sentencia y la del Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de realizar un nuevo proceso. Además el Tribunal Constitucional Español solicitó a los órganos colegisladores que dictarán la normativa correspondiente para la ejecución de las sentencias internacionales emanadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual los órganos colegisladores españoles no han concretado.

Por otra parte, en Argentina, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, luego de diversas instancias, la Corte Suprema determinó su condena por el delito de desacato por haber injuriado a un ministro de Corte. El afectado recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual utilizando el procedimiento de solución amistosa contem-

plado en el artículo 48, párrafo primero, literal f) de la CADH, determinó que frente a la clara vulneración de los derechos del señor Verbitsky a un Tribunal independiente e imparcial, a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley, por parte del Estado argentino, posibilitó que ese último enmendara su conducta, lo cual fue facilitado por parte del señor Verbitsky, quién presentó un recurso de revisión ante la Corte Federal de Buenos Aires, Sala primera, la que, con el informe del fiscal, hace lugar al recurso, después de ello, la Corte Nacional de Casación Penal absuelve al señor Verbitsky en sentencia del 24 de febrero de 1994 (J. A. 1995-II-592), dejando sin efecto la pena. Además de ello, los órganos colegisladores argentinos derogaron la figura de desacato de la Ley 24.198 considerada contraria al derecho de igualdad ante la ley por el sistema interamericano de protección de los derechos.

En el contexto latinoamericano, diversas salas constitucionales de Corte Suprema y Tribunales Constitucionales dan ejecución a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siguen los principios emanados de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta es la única perspectiva compatible con la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado en una concepción coherente y una interpretación sistemática y finalista. Si se deja sin ejecución las resoluciones del tribunal internacional o supranacional en materia de derechos humanos se vulnera el derecho a la protección jurisdiccional asegurados en nuestras constitucionales en armonía con el artículo 8o. de la CADH, integrados en una interpretación sistemática y finalista.

No tiene sentido ni utilidad alguna otorgar competencia a un tribunal supranacional o internacional para pronunciarse sobre la protección de derechos esenciales si luego tal sentencia no se refleja de manera adecuada y no se lo reconoce imperio por los órganos jurisdiccionales internos. El órgano jurisdiccional interno debe dejar de aplicar por sí mismo, cuando resulte necesario, cualquier norma estatal opuesta al derecho internacional convencional de los derechos esenciales sin necesidad de esperar que tal norma estatal sea derogada o reformada, guiéndose por el principio de dotar de fuerza aplicativa preferente a la norma del derecho internacional que mejor protege el derecho esencial o que lo afecta menos y el principio del “efecto útil” como criterio interpretativo aplicado a las resoluciones judiciales supranacionales. En tal sentido, cabe recordar las resoluciones judiciales antes mencionadas en el ámbito latinoamericano de

las Cortes Supremas de Argentina, Costa Rica, Uruguay y Venezuela, como asimismo, de los tribunales constitucionales de Colombia y España, solo para citar algunos ejemplos.

Así la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa del derecho internacional y del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno, del derecho comunitario naciente y del derecho internacional, constituyéndose en el germen de la parte dogmática de un constitucionalismo regional.

## IX. CONCLUSIONES

De los diversos aspectos expuestos anteriormente, se pueden extraer las siguientes conclusiones, en la materia:

1. Las concepciones dualistas y monistas han dominado la discusión de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional. En los países con mayor tradición dualista, los derechos humanos incorporados por la correspondiente cláusula de recepción son de un rango infraconstitucional, mientras que aquellos países con tradición de carácter monista, tienen la tendencia de otorgar al derecho internacional de derechos humanos un rango similar o superior a la Constitución.
2. Los Derechos Humanos en derecho internacional pueden ser considerados *ius cogens* o principios generales del derecho internacional, derecho consuetudinario o derecho convencional. Los tribunales superiores en Chile han reconocida la aplicación directa y automática, del derecho internacional convencional luego de someterse a los trámites de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial. (artículo 50, núm. 1 de la Constitución).
3. Una gran cantidad de autores en el plano doctrinal y jurídico sostienen que los derechos humanos asegurados en la Declaración Universal y en los Pactos Internacionales, al menos en sus aspectos medulares comunes, constituyen *ius cogens*, existiendo consenso en que, forman parte de esta categoría el genocidio, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, la piratería, los crímenes contra la humanidad y el principio de no discriminación, entre otros, los que, como tales, siempre

deben ser aplicados por el Estado de Chile y sus órganos, aún cuando no hay jurisprudencia nacional al respecto.

4. En el derecho chileno, el sistema de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, tiene los siguientes aspectos importantes:
  - a) El derecho consuetudinario se incorpora automáticamente y con preeminencia al derecho interno, tal como lo reconoce la variada jurisprudencia citada, si bien es necesario reconocer la existencia de algunos fallos en sentido contrario.
  - b) El derecho convencional internacional en general, y dentro de éste, el derecho convencional de derechos humanos requiere de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial para incorporarse al derecho chileno.
  - c) La Constitución no determina expresamente el rango de los tratados internacionales en ninguna de sus disposiciones. La Constitución sólo sostiene que los tratados deben someterse a los trámites de una ley, pero no dice que tengan rango de ley. Así el problema corresponde dilucidarlo al intérprete de la Constitución. En general, la jurisprudencia ha sido variada, pero existe, una tendencia a considerar de aplicación preferente el tratado que contiene derechos esenciales en relación con el derecho interno.
  - d) En Chile, los derechos humanos se consideran cómo límites a la soberanía estatal (artículo 5o., inciso 2), protegiendo nuestro ordenamiento jurídico los derechos que “garantiza la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.
  - e) En Chile, como en otros estados, los derechos humanos y las normas que los contienen constituyen la expresión de la idea de derecho sostenida por el Constituyente, la que no puede ser afectada por el poder constituyente instituido o derivado. Este último sólo puede mejorar la situación de los derechos y sus garantías, pero no disminuirlos o destruirlos, no pudiendo nunca afectar la esencia o sustancia de los derechos asegurados (artículo 19, núm. 26 de la Constitución).
  - f) Nuestro derecho constitucional ha reconocido la existencia de normas que contienen derechos, los que al limitar la soberanía, se ubican sobre la potestad constituyente derivada, constituyendo

normas que se imponen a éste, siendo de alguna manera derechos supraconstitucionales.

- g) Consideramos que las normas del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, se incorpora a la Constitución material, en cuanto ella reenvía directamente a tales tratados como normas que contienen los derechos que limitan la soberanía estatal. Por tal razón, las normas internas que contravengan los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, pueden ser objeto de requerimiento ante el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 de la carta fundamental o de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 80 de la ley fundamental. Las normas en materia de derechos humanos de los tratados se integran al bloque dogmático de la Constitución.
5. Los órganos del Estado deben garantizar los derechos introducidos por los tratados internacionales incorporados a la Constitución vía artículo 5o. y adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que se requiera para ese fin y tienen prohibida toda acción u omisión que lesione tales derechos.
  6. Si por un hecho imputable al Estado se ha vulnerado un derecho protegido, el Estado tiene la obligación internacionalmente exigible de restablecer el derecho infringido, indemnizar los daños y sancionar los responsables.
  7. Si el Estado no cumple con esta obligación queda abierto el camino de la protección internacional.
  8. Las decisiones judiciales internas del Estado, al interpretar en forma incorrecta las normas de un tratado de Derechos Humanos, dejan de cumplir con la obligación internacional del Estado y comprometen su responsabilidad, ya que los tribunales nacionales no son los últimos intérpretes de la obligación de los estados en materia de derechos humanos. Los últimos intérpretes en esta materia son los tribunales internacionales en materia de derechos humanos a los cuales se les ha reconocido competencia jurisdiccional vinculante; en el ámbito americano, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
  9. La protección internacional opera con carácter subsidiaria o complementaria, en casos de incumplimiento por el Estado de los compromisos asumidos, teniendo, en el caso de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, un carácter jurisdiccional sancionatorio respecto del Estado infractor.

El análisis efectuado muestra una tendencia creciente al reconocimiento de la insuficiencia del Estado para cumplir sus fines, como asimismo, la supremacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, afectando el sentido y alcance de la soberanía estatal. Así se bosqueja una nueva estructura de poder supranacional y supraestatal, generándose un orden público internacional y supraestatal cada día más evidente. Éste tiene como sujeto básico la dignidad de la persona, y tiene como fin el reconocimiento, garantía y promoción efectiva de los derechos humanos, tal como los ha definido la comunidad internacional y los órganos reguladores de los sistemas de protección del derecho internacional de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos trasciende así el ámbito nacional existiendo un consenso sobre la necesidad de su garantía supranacional, conjugándose en forma creciente el derecho internacional y el derecho interno en la protección de la dignidad y de los derechos de la persona humana, todo lo que obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos.